

ano 18 - n. 72 | abril/junho - 2018
Belo Horizonte | p. 1-300 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v18i72
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

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

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às 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, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Integridad y diseño institucional: estrategias para enfrentar la corrupción en el sector público en Argentina*

Integrity and Institutional Design: Strategies to Face Corruption in the Public Sector in Argentina

Juan M. Mocoroa**

Universidad Siglo 21 (Argentina)
Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)
jmmocoroa@gmail.com

Recibido/Received: 02.03.2018 / March 2nd, 2018
Aprovado/Approved: 15.08.2018 / August 15th, 2018

Resumen: Es usual aceptar que la corrupción está presente en la totalidad de los países existentes. De ahí que exista un persistente interés por prevenirla y reprimirla. Principalmente porque se acepta que la corrupción daña las instituciones democráticas. A partir de lo cual en el trabajo analizo las cuestiones que deben considerarse para la adecuada arquitectura del diseño institucional que intente combatir la corrupción. A partir de ello, en esta investigación se ofrecen consideraciones generales sobre por qué deben perseguirse los hechos corruptos. Además, se señalan algunos elementos muy básicos

Como citar este artículo/*How to cite this article:* MOCOROA, Juan M. Integridad y diseño institucional: estrategias para enfrentar la corrupción en el sector público en Argentina. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 147-174, abr./jun. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i72.931

* Este texto fue realizado en base a la intervención del autor en las Jornadas de Investigación "Ciencia 21" llevadas a cabo en la Ciudad de Córdoba el 14 de noviembre de 2016, en la Universidad Empresarial Siglo 21. Un agradecimiento especial a los Dres. Alfonso Buteler, Alejandro Nieva y Alejandro Perez Hualde por los comentarios y observaciones formuladas.

** Docente de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Córdoba, Argentina) y de la Universidad Empresarial Siglo 21 (Córdoba, Argentina). *Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy* por Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Università Degli Studi di Genova (Génova, Italia). Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Córdoba, Argentina). Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación Tipo I "La Constitución Nacional ante el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: Control de Constitucionalidad e Interpretación Constitucional" financiado por la Universidad Siglo 21. *E-mail:* <jmmocoroa@gmail.com>.

que debería tener en cuenta todo diseño institucional destinado a enfrentar la corrupción. También insisto en que es necesario no solo reprimir la corrupción, sino que, en particular, las acciones deben estar dirigidas a su prevención. Por último, se realizan algunas modestas propuestas y se analizan los avances efectuados en los últimos años en Argentina sobre el tema.

Palabras clave: Corrupción. Diseño institucional. Prevención. Transparencia. Integridad.

Abstract: It is usual to accept that corruption is present in all the existing countries. Hence, there is a persistent interest in preventing and repressing it. Mainly because it is accepted that corruption damages democratic institutions. From which in the work I analyze the issues that must be considered for the proper architecture of the institutional design that tries to fight corruption. Based on this, this investigation offers general considerations on why the corrupt facts should be prosecuted. In addition, some very basic elements that should consider any institutional design aimed at tackling corruption are pointed out. I also insist that it is necessary not only to repress corruption, but that actions must be aimed at preventing it. Finally, some modest proposals are made, and the advances made in recent years in Argentina on the subject are analyzed.

Keywords: Corruption. Institutional design. Prevention. Transparency. Integrity.

Sumario: **1** Introducción – **2** La corrupción como problema (conceptual, normativo e institucional) – **3** ¿Qué es lo malo de la corrupción? – **4** Diseño institucional – **5** Conclusión – Referencias

1 Introducción

La corrupción es un hecho que corroe las instituciones democráticas. Es que, en líneas, generales deslegitima el propio régimen político. En cuanto es usual que la generalización de estos hechos, y la ineficacia de la democracia para prevenirla y castigarla, repercute directamente sobre la confianza ciudadana en la propia democracia *qua* sistema. En este breve trabajo, entonces, analizo algunas cuestiones que deben considerarse para la adecuada arquitectura del diseño institucional que intente combatir la corrupción.

A partir de ello, en esta investigación haré lo siguiente. Primero, ofreceré unas pocas consideraciones generales sobre por qué debemos perseguir los hechos corruptos y me referiré a algunas regulaciones existentes en Argentina sobre este punto. Luego, buscaré delinear algunos elementos muy básicos que debería tener en cuenta todo diseño institucional destinado a enfrentar la corrupción. Más tarde, explicaré que estas finalidades no solo pueden tener incidencia sobre la represión del fenómeno; sino que, en particular, deben estar direccionados a su prevención. El trabajo culmina con unas breves conclusiones personales respecto del trayecto y propuesta realizada.

2 La corrupción como problema (conceptual, normativo e institucional)

La corrupción es un fenómeno universal y permanente.¹ Se encuentra disperso tanto desde un punto de vista temporal como geográfico. Existe desde siempre en la historia de la humanidad, está generalizada en todos los países de nuestro planeta y, además, ni discrimina respecto de diferentes niveles de desarrollo –i.e., está presente tanto en países desarrollados como subdesarrollados– ni distingue a los regímenes políticos que corroe –i.e., está presente tanto en sistemas autoritarios como democráticos–. Por lo general, cuando esto ocurre –i.e., generalización de las prácticas corruptas– se dificulta tanto su prevención como su represión. En particular, dado el “elevado grado de persistencia” que presentan estas prácticas –i.e., se trata de conductas difíciles de erradicar–.²

Además, una de las características casi paradójicas de la corrupción es que, básicamente, es una forma de acción que aparece como técnicamente racional. Al menos desde un punto de vista conceptual y sin consideración al marco ético en el que se enmarca ese análisis. Aquello es así porque debe aceptarse que resulta adecuada para un cierto individuo para alcanzar determinados fines –autointeresados–. Vale decir, existe una relación adecuada entre los medios elegidos y los fines –autointeresados– propuestos por un agente racional. El punto es que, en definitiva, la corrupción implica un uso instrumental de los recursos por parte de los agentes corruptos. En tanto ellos estén enderezados a la satisfacción de sus propios intereses a los que destina esos recursos.³

Sin perjuicio de esto, la cuestión a analizar es si este es el criterio que debemos emplear para evaluar cualitativamente cada acto. Es decir, si debiéramos poner entre paréntesis la cuestión moral de ese accionar. Desde ya, me parece que ese no es el enfoque correcto. Por el contrario, el análisis debe ser moral y, desde allí, derivar la reprochabilidad de toda conducta autointeresada que tenga por destino la satisfacción de los propios intereses en desmedro de los intereses de la comunidad política.

¹ Sobre esto, en líneas generales, consúltese GARZÓN VALDEZ, Ernesto. “Acercas del concepto de corrupción”. En: LAPORTA, Francisco y ÁLVAREZ, Silvina (Comp.) *La corrupción política*, Madrid: Alianza, 1997; GARZÓN VALDEZ, Ernesto. “La corrupción”. En: Id., *Calamidades*, Barcelona: Gedisa, 2004; MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos económicos, políticos, jurídicos y éticos*, Barcelona: Gedisa, 2002; y, por último, VÁZQUEZ, Rodolfo. “Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, p. 205-216.

² Resaltan este punto FERNÁNDEZ DÍAZ, Andrés y FERNÁNDEZ CORNEJO, José A. “La economía de la corrupción y el control externo”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 1, N° 3, 1999, p. 26.

³ Sobre esta interpretación, véase MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos económicos, políticos, jurídicos y éticos*, Barcelona: Gedisa, 2002.

En este análisis diferenciado sobresale una alternativa. Según la cual debiéramos priorizar un examen enderezado a determinar la corrección de esos actos, a partir de un marco estable (“framework stable”) en el que se incluyan un conjunto de ideales políticos relevantes normativamente. Estos no son otros que aquellos que se identifican con la tradición republicana: (i) libertad como no dominación, (ii) virtud cívica, (iii) autogobierno democrático y colectivo; y, por último, (iv) ideal de liberación. Volveré sobre este punto. Sin embargo, por ahora, solo basta con su presentación.

Las características que describí de la corrupción –i.e., fenómeno universal, permanente, persistente, *prima facie* racional–, nos hacen pensar a la corrupción como un “hecho” casi inescapable. No obstante, advertir el “hecho de la corrupción” y su generalización temporal y geográfica no nos dice nada respecto de tres problemas sumamente relevantes. Estos, aunque independientes, están estrechamente vinculados y resultan fundamentales:

- a) de *qué* hablamos cuando hablamos de corrupción –i.e., aspecto conceptual–
- b) *por qué* debiéramos combatirla –i.e., aspecto normativo–; y, por último,
- c) *cómo* debiéramos, o lo que es lo mismo *de qué manera*, debiéramos enfrentar la corrupción –i.e., aspecto institucional–.

El primer problema –punto (a)–, a decir verdad, surge porque no existe un consenso teórico sobre el alcance semántico de este término. En efecto, en la prestigiosa *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, por ejemplo, Seumas Miller sostiene que aun cuando al concepto no se le prestó la suficiente atención, lo cierto es que, además, muchas de las definiciones elaboradas son insatisfactorias.⁴ Tal vez sea por eso usualmente los autores que se ocupan del análisis conceptual del concepto recurren a su operativización. En este sentido, lo que suelen hacer es hacer presentar su utilidad práctica. Un buen ejemplo de esta posición puede ser la adoptada por Rodríguez Arana Muñoz. Para este autor la corrupción “... supone un atentado grave a la misma esencia del servicio público en la medida en que supone que el funcionario o político deliberadamente traiciona el sentido de la gestión de los intereses colectivos actuando en contra del bien común. Se produce, por tanto, una conversión del interés público en interés personal. Esa es su malicia y su peligro”.⁵ Volveré sobre estas interpretaciones, de todos modos lo

⁴ Específicamente, Miller sostiene: “the concept of corruption has not received much attention. Existing conceptual work on corruption consists in little more than the presentation of brief definitions of corruption as a preliminary to extended accounts of the causes and effects of corruption and the ways to combat it. Moreover, most of these definitions of corruption are unsatisfactory in fairly obvious ways” (citas omitidas). Vid. MILLER, Seumas. “Corruption”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en <https://plato.stanford.edu/entries/corruption/>, 2011 (revisado por última vez el 05/01/2017), p. 1.

⁵ Conf. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime. *Ética, Poder y Estado*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2004, p. 151.

relevante resulta sostener que se señalan los siguientes elementos: (i) elemento subjetivo –deliberada traición al bien común o deslealtad–, (ii) elemento objetivo –atentado grave a los intereses que le han sido confiados– y (iii) elemento causa –hay una relación causal entre (ii) y (i), según el cual (ii) es consecuencia de (i)–.

El segundo aspecto de los identificados –i.e., normativo–, tampoco resulta obvio. Piénsese que, por ejemplo, un conjunto importante de autores sostuvo que, desde un punto de vista económico, existían beneficios indirectos en la generalización de esta práctica que debían considerarse. Según esta posición si nos enfocamos sobre la corrupción como un hecho individual deberíamos tener en cuenta que una acción corrupta puede considerarse una acción instrumentalmente adecuada –i.e., racional– para alcanzar los objetivos egoístas y autointeresados predispuestos por un agente. Por otra parte, cuando se la analiza desde un punto de vista colectivo, siempre para estos autores, tendría una potencialidad positiva. A partir de ello concluyen que las acciones corruptas deberían tolerarse no solo por razones de conveniencia y pasividad. Sino que, antes bien, existirían argumentos teóricos para analizarla positivamente:

- (i) En el contexto de una regulación económica altamente distorsionada, puede facilitar sortear las rigideces impuestas por la propia política económica (se trata del llamado a “engrasar la rueda administrativa”);
- (ii) La competencia de los propios agentes corruptores para obtener la satisfacción del agente público generaría que las empresas pujen por la satisfacción de sus intereses y esto, en sí mismo, logrará la imposición de un resultado eficiente;
- (iii) El pago de sobornos, etc. permitiría mejorar la eficiencia burocrática dado que facilitaría la aceleración de los tramites existentes.⁶

En suma, el punto es que la corrupción podría evitar que la existencia de marcos normativos y regulatorios complejos y dificultosos impidan, dificulten o desincentiven la obtención de un determinado resultado. Por ejemplo, el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública establece un conjunto de procedimientos destinados a la celebración de una determinada contratación entre la Administración Pública y un proveedor que se encuentre interesado en vincularse contractualmente con ella. No obstante, la necesidad de satisfacer una contratación no puede ser realizada de cualquier modo. Esto, por supuesto, tiene costos. El tiempo es uno de ellos. El régimen de contrataciones vigentes, a partir de la necesidad de satisfacer un cúmulo de principios destinados a asegurar la

⁶ . Sobre todos estos argumentos, y cuáles son las razones para rechazarlos, véase FERNÁNDEZ DÍAZ, Andrés y FERNÁNDEZ CORNEJO, José A. “La economía de la corrupción y el control externo”, Revista Española de Control Externo, Vol. 1, Nº 3, 1999 y HODGSON, Geoffrey y JIANG, Shuxia (2008), “La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista”, Revista de Economía Institucional, Vol. 10, No. 18, 2008, pp. 55-80.

mayor transparencia, dificulta que la celebración de contratos pueda ser efectuada de un día para el otro.⁷ Estos principios tienen características tanto positivas como negativas. En efecto, dificultan el ejercicio de la discrecionalidad del agente público y obstaculizan la selección de un contratista sin seguir el procedimiento predispuerto –i.e., negativas–. Pero, al mismo tiempo, imponen una vinculación positiva a la Administración para que, en cualquier, esté sometida al llamado *principio de transparencia*. Ciertamente, así lo dispone el artículo 8º del Decreto N° 1023/01: “La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas”.

Ahora bien, rechazar esta posición es muy simple. Los mismos objetivos que resultan, de un punto de vista económico beneficiosos pueden obtenerse por otros medios sin necesidad de vulnerar de modo ostensible los marcos jurídicos y morales que determinan el accionar de los agentes públicos. Por lo tanto, no puede aceptarse esta justificación económica de la corrupción.

Finalmente, las alternativas institucionales direccionadas a enfrentar la corrupción tampoco gozan de un consenso generalizado.

Aquí debemos tener en cuenta algunos elementos esenciales en las propuestas alternativas de un diseño institucional adecuado. Estas consideraciones no se limitan al caso de la corrupción, se refieren a cuestiones que *todo* diseño institucional debe enfrentar. Entre ellas, por ejemplo, José L. Martí expresa las siguientes:⁸

- (i) Coherencia interna con los presupuestos que se pretende alcanzar,
- (ii) Un buen encaje en el entorno y, además,
- (iii) La adecuación a unos principios externos de carácter normativo.

Por tanto, existe un triple orden de consideraciones que deben tomarse en cuenta. Más allá del orden en el que los expuse, en lo que sigue invierto el orden en los que explicaré de que tratan cada uno. Y, además, cuáles son las acciones que deben emprenderse para su adecuado cumplimiento.

⁷ Véase artículo 3º, Decreto 1023/01, en el que se establecen los principios generales a los que deberá someterse la gestión contractual de la Administración Pública con terceros. Estos son: a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; c) Transparencia en los procedimientos; d) Publicidad y difusión de las actuaciones; e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

⁸ MARTÍ, José L. La republica deliberativa. Una teoría de la democracia, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 280.

En (iii) deben identificarse los principios normativos que es deseable poner en práctica. Aquí el arquitecto de un determinado diseño institucional lo que deberá realizar es identificar qué tipo de principio es lo que justifica las reglas que pretende imponer. Por ejemplo, en el caso de la corrupción todo diseño institucional debe tender a la implementación de los principios de transparencia, publicidad, integridad política, efectividad en el control del ejercicio de la gestión pública, etc. Una aplicación concreta de esta interpretación, a mi criterio, tuvo un correlato institucional en la posición de la Procuración del Tesoro en *Dictámenes*, 301:049.⁹ Recuérdense que el máximo órgano asesor sostuvo en esa oportunidad que la decisión del Legislador de dar preeminencia al Derecho Privado no conduce necesariamente a excluir por completo al Derecho Público. En cualquier caso, el análisis para determinar si las normas de este subconjunto normativo resultan excluidas, es necesario identificar cuáles son los principios constitucionales que están en juego. Luego, deberá determinarse si aquellos principios pueden ser observados mediante el derecho privado. Si la respuesta fuere negativa, resultará plausible acudir a otras normas de derecho administrativo. Adviértase que la metodología propuesta resulta semejante al razonamiento efectuado por el ex Procurador del Tesoro de la Nación Carlos Balbín. Ambos razonamientos tienen un nivel escalonado que principia por la identificación de las reglas que resultarán los criterios para analizar el punto sometido a tratamiento. La diferencia es que, en mi propuesta siguiendo a Martí,¹⁰ propongo que el análisis sea efectuado en un escalón más alto de abstracción. Esto es, no solo a los principios constitucionales que pudieran resultar relevantes, sino que, antes bien, a los principios normativos de filosofía política que justifican una determinada institución.

Una vez efectuada esa operación en un nivel suficiente de abstracción, en (ii) será necesario determinar si las instituciones propuestas son instrumentales a la realización de los principios normativos que las justifican. Es decir, en este segundo estadio del procedimiento de justificación de un arreglo institucional de lo que se trata es de analizar *cómo* y *si* las reglas precisas que conforman la institución propuesta resultan adecuadas para satisfacción de los principios normativos identificados en (i). Vale decir, la tarea no es otra que analizar cómo las propuestas innovadoras se relacionan con los principios identificados en (iii) o sí, por el contrario, los socavan.

⁹ Véase, PTN, *Dictámenes*, 301:049 (IF-2017-07159004-APN-PTN) El dictamen se refiere a la “naturaleza jurídica” (sic) del Grupo Aerolíneas y a la aplicación en ese ámbito del régimen de control dispuesto por la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156.

¹⁰ MARTÍ, José L. *La republica deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid: Marcial Pons, 2006.

Del mismo modo, preciso es advertir cuáles son las condiciones fácticas sobre las que se intenta influir, cómo congenian los dos primeros y, por último, si es posible y factible llevarlos a la práctica.¹¹ Además, es necesario considerar una dificultad adicional: la cultura política de la comunidad sobre la que se quiere influir. Si las propuestas de diseño institucional son efectuadas en el “vacío” –i.e., desvinculadas de las condiciones de cultura política existentes–, todo *input* dirigido a incidir sobre las prácticas existentes puede ser irrelevante o redundante. Lo que debe evitarse es que las propuestas institucionales puedan parecerse a “ideas fuera de lugar”.¹² Es decir, situaciones en las que el contexto de cultura política no sólo lleva a considerar impracticable la instauración de un determinado diseño institucional, sino que debe considerarse con “potencialidad auto-destructiva”. El objetivo es evitar que se empleen instituciones pensadas para un lugar y contexto determinado y que, sin embargo, sean llevadas e importadas a lugares y contextos distintos. Esto genera obvios *problemas de encaje*, pero, también, la posibilidad de un problema específico: la “contrafinalidad”.¹³ El riesgo a evitar es, entonces, o bien instituciones que no pueden coordinar sus pretensiones, acciones y cometidos con el resto de las existentes, o bien que generen consecuencias no deseadas debido a dificultades en su diseño.

Pero, antes de analizar detenidamente este punto, voy a explorar las razones normativas que están detrás de la prevención y castigo del fenómeno de la corrupción. A eso dirigiré mi atención en el próximo apartado.

3 ¿Qué es lo malo de la corrupción?

La corrupción –*qua* fenómeno– tiene implicancias económicas, jurídicas y morales. En este sentido, no es correcto asumir posiciones restrictivas, reducciones,

¹¹ Como dice Martí: “[l]a actividad del diseño institucional tiene que ver, por tanto, con un ajuste mutuo entre principios normativos y selección de circunstancias empíricas relevantes bajo la condición de factibilidad de tales principios. Se trata de una actividad que se construye sobre actividades empíricas y normativas”. Conf. MARTÍ, José L. *La republica deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 281. Esto, por otra parte, tiene importantes consecuencias metodológicas para evaluar las instituciones. Aquí, podrían identificarse dos posiciones: (i) análisis únicamente centrados en los principios normativos a los que debe responder una determinada institución; o bien (ii) investigaciones direccionadas solo a responder sobre la posibilidad de instaurar una determinada institución –i.e. su factibilidad–. Véase, sobre esto y algunas cuestiones colaterales, NINO, Carlos S. *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 2da. Reimpresión, Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 11/14.

¹² Tomo esta expresión de PALTÍ, Elías. *El tiempo de la política. El siglo XIX reconsiderado*, Buenos Aires: Siglo XIX Editores, 2007. Sin embargo, no se trata ni del mismo concepto ni es utilizado de la misma forma. Este autor hace referencia a que el término es utilizado por Roberto Schwartz. De todos modos, critica la noción por cuanto o es trivial –las ideas siempre se vinculan con un contexto– o equivocada –todas las ideas, *by definition*, carecen de lugar–. No obstante, utilizo la expresión como una forma gráfica de referirme a las situaciones enunciadas en el cuerpo del trabajo.

¹³ Sobre este concepto, véase ELSTER, Jon. *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de la Ciencias Sociales*, Barcelona: Gedisa, 1990, p. 99.

monocausales o monoexplicativas. Esto es, existen serias dificultades para reducir su relevancia a un único aspecto. Advuértase bien, si un aspecto central –desde un punto de vista conceptual– es que en la una acción corrupta existe un “pago”, este no necesariamente debe ser económico. En efecto, existen diversas situaciones a las que no dudáramos de concebir como “corruptas” y, sin embargo, la principal motivación del agente corrupto no se limita a cuestiones económicas.¹⁴ Por eso, si tuviéramos que optar decididamente respecto de si se trata de un fenómeno jurídico, económico o moral, no tengo dudas que es este último aspecto el más relevante. Es decir, debemos aceptar que la corrupción es un asunto fundamentalmente moral.¹⁵ Y lo es porque, por lo general, independientemente de la existencia de normas jurídicas contingentes estaremos en condiciones de reprochar una conducta como inmoral cuando resulta contraria a los intereses de la comunidad toda, sirviéndose de la función pública para la obtención de beneficios personales extraposicionales.

Las acciones corruptas –i.e., la obtención de beneficios extraposicionales en ocasión, con motivo o en ejercicio de una posición de decisión pública–, deben ser consideradas ilegales –siempre que, contingentemente, existan normas que establezcan su prohibición–, inmorales e ineficientes. Vale decir, son actos que contradicen (i) determinados deberes, específicos y expresos, impuestos por el sistema normativo jurídico relevante y aplicable –en líneas generales, tanto disposiciones normativas penales como administrativas–; (ii) obligaciones impuestas por la moral crítica o ética;¹⁶ y, además, (iii) establecen, en general, costos no previstos o superiores a los predispuestos para llevar a cabo un intercambio de bienes y/o servicios. Advertir este último punto, quizás, sea el menos característico o explorado para criticar la corrupción. Es que, en líneas generales, es más simple e intuitivo pensar que la corrupción es un acto ilegal e inmoral. En gran parte de los sistemas normativos de los países, sean desarrollados o subdesarrollados, existen normas imperativas que prohíben estas acciones y tienden a su represión.

Más allá de eso, debemos recordar algunas cuestiones obvias. En particular, las consecuencias perniciosas que conlleva la corrupción para (i) el sistema económico y (ii) el sistema institucional. En efecto, respecto de (i), como correctamente sostienen Fernández Díaz y Fernández Cornejo, la corrupción:

¹⁴ Insiste en este punto MILLER, Seumas. “Corruption”, Stanford Encyclopedia of Philosophy, en <https://plato.stanford.edu/entries/corruption/>, 2011 (revisado por última vez el 05/01/2017), p. 2.

¹⁵ Resalta este punto Miller, para quien: “corruption is not at bottom simply a matter of law; rather it is fundamentally a matter of morality”. Vid. MILLER, Seumas. “Corruption”, Stanford Encyclopedia of Philosophy, en <https://plato.stanford.edu/entries/corruption/>, 2011 (revisado por última vez el 05/01/2017), p. 2.

¹⁶ En efecto, como dice Garzón Valdez el sistema democrático es un sistema legítimo desde un punto de vista moral y, por ello, “la violación de las obligaciones por parte de sus decisores... es siempre no solo intrasistémicamente disfuncional, sino también inmoral”. Conf. GARZÓN VALDEZ, Ernesto. “La corrupción”. En: Id., Calamidades, Barcelona: Gedisa, 2004, p. 225.

- a) Distorsiona los mercados de forma tal que reduce la eficiencia –i.e., distorsiona los incentivos al generar que los individuos dediquen sus esfuerzos a actividades corruptas o de búsqueda de rentas privadas– y corroe la asignación de recursos –i.e., genera la imposición de una especie de impuesto arbitrario y dificulta la imposición de controles regulatorios consistentes a largo plazo–;
- b) Incrementa la desigualdad en la distribución de la renta;
- c) Suele perjudicar más a las pequeñas empresas;
- d) Complica y limita la aplicación de una correcta política fiscal y tiende a generar unos elevados déficits públicos en la medida en que dichas prácticas aumentan el gasto público;
- e) Limita o distorsiona el papel de garante de las reglas del juego económico que le corresponde al Estado;
- f) Puede contribuir a que se deteriore la percepción de la población acerca de la legitimidad de la economía de mercado e incluso a la democracia.¹⁷

Esta última cuestión, además, nos enfrenta a las consecuencias perniciosas de la corrupción sobre (ii). Es que, en rigor, estas no se limitan a que algunos inescrupulosos aumenten su fortuna personal a costa de las arcas del Estado. Es usual reconocer que el “hecho de la corrupción” repercute sus efectos sobre la confianza ciudadana en las instituciones y deslegitima las bases de nuestra democracia. En efecto, tal como reconoce en su Preámbulo la Convención Interamericana contra 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”. Por eso dispone 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”. En idéntico sentido, la Constitución de la Nación Argentina califica a estos actos como un “atentado a la democracia” (Art. 36, CN)

Y esto porque, como explicara Ernesto Garzón Valdez, en el caso de la corrupción existe una mera adhesión retórica al sistema normativo.¹⁸ Ahora bien, si esta adhesión es solo retórica, implica la negación de lo que Hart llamó el punto de vista interno –i.e., la aceptación del sistema en el sentido fuerte de justificación última de las obligaciones de todo decisor–. Por lo tanto, “si... se admite que el punto de vista interno de los decisores es condición necesaria para la estabilidad y hasta la existencia de un sistema normativo, no cuesta inferir

¹⁷ Conf. FERNÁNDEZ DÍAZ, Andrés y FERNÁNDEZ CORNEJO, José A. “La economía de la corrupción y el control externo”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 1, N° 3, 1999, p. 27-29.

¹⁸ Véase, en este sentido, y su énfasis en el “ocaso de la virtud” SIMONETI, José. *El Ocaso de la Virtud*, Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1998

que el acto o la actividad corrupto(a) es directamente anti-sistémico, es decir, es siempre disfuncional para el sistema normativo relevante”.¹⁹ Lo que ocurre es que pareciera ser que “...el soborno de un funcionario público me afecta solo indirecta y remotamente, pero me amenaza directamente con un daño en la medida en que pone en peligro el funcionamiento del sistema de gobierno en cuyo funcionamiento normal y eficaz estoy interesado”.²⁰ En suma, los hechos corruptos, en general, derraman sus efectos sobre la confianza en el sistema democrático y, en particular, quien los comete efectúa actos de deslealtad y traición a las bases del sistema.

Todo esto porque la corrupción es un caso paradigmático de abuso del poder público para obtener beneficios para sí o para terceros. De ahí que sea un supuesto claro de deslealtad.²¹ Porque para que estemos ante este fenómeno deben darse algunas condiciones; como ser: (i) violación de un deber institucional; (ii) esos deberes deben ser impuestos por un sistema normativo determinado; (iii) los actos de corrupción deben estar vinculados a la expectativa de obtener un beneficio extra institucional aprovechando la posesión de su cargo;²² (iv) tienden a realizarse en secreto, opacidad al público o discreción.²³ En efecto, desde un punto de vista conceptual, la corrupción no implica otra cosa que “la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal o extraposicional del agente que lo(s) soborna o a quien extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornador o el extorsionado que superan los costes del soborno o del pago o servicio extorsionado”.²⁴

El segundo aspecto arriba mencionado –i.e., *cómo* debiéramos enfrentar este “hecho”– es parasitario de lo dicho sobre el primero. Por eso, ni es posible su análisis monocausal ni enfrentarla eficazmente de modo unilateral. Exámenes parcializados (y no integrales) del fenómeno dificultan su prevención y posterior sanción. Adviértase bien: enfocar con exclusividad el elemento subjetivo –i.e., sobre quiénes cometen actos de corrupción– no considera sistémicamente los

¹⁹ Conf. GARZÓN VALDEZ, Ernesto. “La corrupción”. En: Id., *Calamidades*, Barcelona: Gedisa, 2004, p. 209.

²⁰ Conf. FEINBERG, Joel, Harms to others. *The moral limits of criminal law*, Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 64 citado por GARZÓN VALDEZ, Ernesto. “La corrupción”. En: Id., *Calamidades*, Barcelona: Gedisa, 2004, p. 215.

²¹ Resaltan este punto, FERNÁNDEZ DÍAZ, Andrés y FERNÁNDEZ CORNEJO, José A. “La economía de la corrupción y el control externo”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 1, N° 3, 1999, p. 13.

²² Objeciones a esta condición conceptual en HODGSON, Geoffrey y JIANG, Shuxia (2008), “La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista”, *Revista de Economía Institucional*, Vol. 10, No. 18, 2008, pp. 55-80.

²³ Conf. GARZÓN VALDEZ, Ernesto. “Acerca del concepto de corrupción”. En: LAPORTA, Francisco y ÁLVAREZ, Silvina (Comp.) *La corrupción política*, Madrid: Alianza, 1997, p. 39 y ss.

²⁴ Sobre esta interpretación, véase GARZÓN VALDEZ, Ernesto. “Acerca del concepto de corrupción”. En: LAPORTA, Francisco y ÁLVAREZ, Silvina (Comp.) *La corrupción política*, Madrid: Alianza, 1997 y GARZÓN VALDEZ, Ernesto. “La corrupción”. En: Id., *Calamidades*, Barcelona: Gedisa, 2004. En un sentido semejante, VÁZQUEZ, Rodolfo. “Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, p. 209. Véase, además, MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos económicos, políticos, jurídicos y éticos*, Barcelona: Gedisa, 2002.

efectos de la corrupción y, quizás, promueve un enfoque solo represivo. Para evitar estos defectos, característicos de reduccionismos y parcializaciones, es necesario uno integrado y complejo que asuma la totalidad del fenómeno. Particularmente si se acepta que, en algún sentido, es un “hecho” inescapable y permanente.²⁵

En efecto, si aquellas características son ciertas, debiéramos agudizar el ingenio para crear instituciones en condiciones de cumplir dos objetivos: prevención y control. Importante aquí sería generar los desincentivos adecuados para que los que están en posesión de un cargo público la rechacen; o, de lo contrario, sean sancionados ejemplarmente. Lo primero, entre otras cosas, requiere generar una cultura política comprometida con valores públicos; básicamente, promover “virtudes cívicas”.²⁶ En este sentido, como sostuvo Nino, el sistema institucional debe favorecer que las dinámicas de interacción auto frustrante estén respaldadas por normas morales que no sean aceptadas por cálculos de costos y beneficios.²⁷ Pero, también, puede asegurar la generación de los incentivos adecuados; o, lo que es lo mismo, es necesario que existan “estructuras institucionales que determinen dinámicas de acción colectiva que produzcan los resultados deseados, aunque los actores se propongan fines diversos”.²⁸ Este punto podríamos denominarlo, “estrategia moralizadora”.

Ahora bien, un interrogante interesante aquí es si es posible que el diseño institucional tenga alguna incidencia sobre las referidas “virtudes cívicas”. Esto es, si es posible que el diseño institucional las promueva. A mi criterio, sólo puede lograrse con un buen diseño institucional. Respecto de esto, me ocupo en el próximo apartado.

4 Diseño institucional

Un diseño institucional adecuado contra la corrupción debe promover instancias de prevención y control, eficientes y eficaces. Para lograrlo es necesario contar con un planeamiento estratégico; adecuado e idóneo. Según el cual las instituciones debieran prepararse organizadamente para los próximos años teniendo en cuenta la situación actual –nacional e internacional– y las tendencias

²⁵ Sobre esto, MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos económicos, políticos, jurídicos y éticos*, Barcelona: Gedisa, 2002.

²⁶ Véase DAGGER, Richard. *Civic virtues*, New York-Oxford: Oxford University Press, 1997. En el mismo sentido, PEÑA, Javier. “Ciudadanía republicana y virtud cívica”. En BERTOMEU, María Julia, DOMÈNECH, Antoni y DE FRANCISCO, Andrés. *Republicanismo y democracia*, Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005, p. 231-256.

²⁷ NINO, Carlos S. *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires: Emecé, 1992, p. 216.

²⁸ NINO, Carlos S. *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires: Emecé, 1992, p. 216.

previsibles en el futuro. Este planeamiento debiera contar, con un programa anticorrupción comprehensivo. Este debería estar preparado para:

- (i) Mejorar las condiciones de prevención en los campos jurídico, administrativo y económico;
- (ii) Aumentar la resistencia a la corrupción de las ramas del gobierno; y
- (iii) Prevenir, antes que reprimir, este fenómeno.

El punto aquí es que, en algún sentido, la corrupción es un fenómeno parasitario de un ecosistema institucional que crea las condiciones adecuadas para su ejercicio siempre que se den las siguientes condiciones:

- (i) monopolio de las decisiones;
- (ii) mayor discrecionalidad; y, por último,
- (iii) menor transparencia.²⁹

En efecto, para Klitgaard³⁰ la corrupción puede representarse con la fórmula:

$$C = M + D - T$$

Según la cual, corrupción (C) es igual a monopolio de la decisión (M) más discrecionalidad (D) menos transparencia (T). Si esto es así, entonces, podríamos pensar que las “condiciones de la corrupción” están dadas por los baremos que se señalan en la fórmula: mayor discrecionalidad y menor transparencia. De ahí que pueda inferirse que tanto la discrecionalidad del decisor como la posibilidad de la toma de decisiones en ámbitos de opacidad generan la posibilidad de acciones corruptas. Por lo tanto, y si todo esto es así, para afrontar este fenómeno un diseño institucional debería reducir la discrecionalidad y aumentar la transparencia. Es que, para algunos autores, “...la posibilidad de llevar a cabo la violación de una obligación será tanto mayor cuanto mayor sea el poder de discrecionalidad del decisor, puesto que ello aumenta las posibilidades de ganancias extrapositionales”.³¹

Ahora bien, no creo que sea deseable en términos genéricos la reducción del ejercicio de potestades discrecionales hasta el punto de hacerlas desaparecer. Adviértase bien, si los elementos a tener en cuenta para la generación de las condiciones de la corrupción son los elementos a los que me referí, la desaparición de uno de esos elementos, por razones conceptuales, implicaría la reducción al

²⁹ Sobre esto, véase KLITGAARD, Robert. *Controlando La Corrupción*, Emilio M. Sierra Ochoa (Trad.), Buenos Aires, Sudamericana, 1994. También, Conf. PEREYRA, Sebastián. *Política y Transparencia. La corrupción como problema público*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013.

³⁰ KLITGAARD, Robert. *Controlando La Corrupción*, Emilio M. Sierra Ochoa (Trad.), Buenos Aires, Sudamericana, 1994, p. 85 (los elementos de la fórmula son los “ingredientes fundamentales de la corrupción” para este autor)

³¹ Conf. GARZÓN VALDEZ, Ernesto. “La corrupción”. En: *Id., Calamidades*, Barcelona: Gedisa, 2004, p. 213.

mínimo de la posibilidad de ocurrencia de hechos corruptos. Las razones por las que se arriba a aquella conclusión descansan sobre dos presupuestos. Primero, se asimila, al menos *prima facie*, el ámbito discrecional con la posibilidad de adoptar decisiones arbitrarias. Segundo, se presume que las decisiones discrecionales carecen de control. Si esto es así, solo cabe concluir que se apoyan en consideraciones o bien falsas, o bien erróneas. Esto es así porque, como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “frente al reconocimiento de que no existen actos reglados o discrecionales cualitativamente diferenciales sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa... al no poder hablarse hoy en día de dos categorías contradictorias y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos sino más bien de una cuestión de grados”.³² Entonces, si solo existe una diferencia cuantitativa –ie., de grado – en la forma en que el ordenamiento jurídico predispone la decisión de la autoridad, se presenta como falsa la equiparación de discrecionalidad con arbitrariedad. Es decir, por razones conceptuales, sólo podría afirmarse que el ejercicio de estas potestades es más arbitrario que las que se realiza en el marco de potestades regladas. Pero, si esto es así, carece de sentido alguno afirmar que se trata de una decisión arbitraria, pues cualquiera lo sería.

Además, la jurisprudencia ha rechazado de plano que la discrecionalidad pueda subsumirse en un ámbito no sujeto a control alguno: “...la esfera de discrecionalidad... no implica en absoluto que estos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquellas no resulten fiscalizables”. En suma, no podemos equiparar “actividad administrativa discrecional” con “actividad administrativa incondicionada jurídicamente”.³³ Respecto del segundo punto –i.e., la supuesta falta de control– no puede dar cuenta de la práctica desarrollada, al menos, en los últimos treinta años por parte de nuestros tribunales.

No obstante, insisto, no creo que sea deseable generalizar la eliminación de la discrecionalidad. Se sabe, por ejemplo, que para muchos autores el Derecho Administrativo no es otra que la lucha por el control de la discrecionalidad. Sin embargo, del hecho de que sea necesario que existan adecuados controles jurídicos para el ejercicio de estas potestades, no se deduce que ellas deban desaparecer. Es que bien entendida, y mejor ejercida, el ejercicio de potestades discrecionales es una necesidad al momento de que la autoridad tome decisiones.

³² CSJN, *Fallos*: 315:1361 (1992) “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”.

³³ Conf. COMADIRA, Julio R. “Actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”. En *Id.*, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo y otros estudios*, Segunda Edición, Actualizada y Aumentada, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003, p. 508.

Eso no significa que debamos aceptar, so pretexto de ese ejercicio, la adopción de decisiones arbitrarias.

Entiendo que antes que exigir la reducción de ámbitos de discrecionalidad, sería menester que en aquellos supuestos en los que la autoridad puede hacer uso de potestades discrecionales la carga de la motivación del acto sea mayor. En este sentido, entonces, podría pensarse que a mayor discrecionalidad, mayor deber de motivación. Esto es muy sencillo: cuando se trata del ejercicio de potestades regladas, la autoridad solo debe mostrar a la ciudadanía que la decisión a la que arriba no es otra cosa que la derivación deductiva de las normas que regulan el caso. Esto es así porque, en estos 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”.³⁴ En cambio, cuando se trata de ejercer potestades discrecionales, la motivación del acto debe estar dirigida a demostrar que la decisión a la que se arriba es la que más, y de mejor modo, favorece el interés público comprometido en el asunto. Es que en estos supuestos la autoridad cuenta con un plus de libertad para su determinación delegada por el propio ordenamiento jurídico. Vale decir, la autoridad deberá exteriorizar en el acto su causa y su finalidad.

Además, pienso, para asegurar una adecuada posibilidad de control racional de los presupuestos de esa decisión, según análisis de costo y beneficio para concluir su razonamiento. Esto es, debería demostrar que la opción a la que arriba es una de aquellas que pueden considerarse derivada de las reglas aplicables al caso, que la decisión a la que se arriba es factible para la concreción del ordenamiento jurídico y, además, demostrar fundadamente que la decisión es la más beneficiosa y la menos costosa.³⁵ Aquí este último, “autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completara 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”.³⁶

Este último punto es esencial. Tan es así que fue tomado como un elemento indisociable de la actividad de prevención contra la corrupción por parte de instituciones comparadas dedicadas al control. En especial, si se asume que

³⁴ CSJN, *Fallos*: 325:3435 (2002) “González, Alejandro Daniel y otros c/ M^o de Cultura y Educación s/ proceso de conocimiento”.

³⁵ Un análisis interesante respecto de la posibilidad de obtener “decisiones razonables” en el ámbito de la Administración, en BOULIN VICTORIA, Ignacio. *Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2014.

³⁶ CSJN, *Fallos*: 325:3435 (2002)

debiera enfatizarse la prevención de la corrupción; antes que la represión –i.e., castigo–. El objetivo, en todo caso, es generar destrezas coordinadas y efectivas. Para eso, debiéramos evaluar cómo las instituciones existentes en Argentina podrán coadyuvar en una eficaz prevención de la corrupción. Volveré sobre este punto.

En Argentina, y según la oportunidad en la que se ejerce el control, podríamos diferenciar los siguientes supuestos: (a) previo; (b) concomitante; y, por último, (c) posterior.³⁷ Respecto de (a), es aquel que se practica antes de la emisión del acto administrativo definitivo. Podríamos incluir aquí toda la actividad consultiva de control que busca comprobar la conformidad del procedimiento decisorio y de la decisión generada con las reglas que las rigen y también son sus exigencias de eficiencia y de comprobación del grado de eficacia alcanzado.³⁸ El ejemplo típico en estos casos, puede ser la intervención del servicio jurídico permanente de cada jurisdicción que, entre sus cometidos, se encuentra habilitado a intervenir a fin de ejercer el control de legalidad del accionar de cada cartera ministerial. En lo que hace a (b), se trata de la realización de una actividad de contralor en forma simultánea con la gestión. Se trata, en rigor, de un accionar sumamente excepcional en la administración pública. Un ejemplo que podemos identificar es la actuación de la Auditoría General de la Nación sobre las obligaciones emergentes de los contratos de concepción de servicios públicos (artículo 7, Ley Nº 24.156) Por último, y relativo a (c), advertimos que el accionar de control puede darse una vez ejecutados los actos administrativos. La Sindicatura General de la Nación, por ejemplo, desarrolla sus competencias de este modo. En efecto, se trata de un órgano normativo, de supervisión y coordinación (artículo 100, Ley Nº 24.156), dependiente del Presidente de la Nación (artículo 97, Ley Nº 24.156) y que tiene a su cargo el desarrollo del control interno. Por otra parte, podemos encontrar a la Auditoría General de la Nación que es el órgano rector del control externo del sector público nacional (artículo 85, CN) Ambas instituciones, en conjunto, nuclea el sistema de control en Argentina; ya sea desde dentro de la organización controlada (control interno) o desde fuera (control externo)³⁹

Ahora bien, si casi por definición las prácticas corruptas son secretas u ocultas, podríamos pensar que una tarea más sencilla es reprimirlas; antes que prevenirlas.⁴⁰ Esta, quizás, fue la política pública más consistente en el área

³⁷ Sobre esto, véase Conf. PEREYRA, Sebastián. *Política y Transparencia. La corrupción como problema público*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013.

³⁸ Conf. BARRA, Rodolfo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abaco, Tomo III, 2006, p. 744.

³⁹ Un desarrollo descriptivamente exhaustivo sobre todas estas variantes puede encontrarse en IVANEGA, Miriam. *Control público. Administración. Gestión. Responsabilidad*, Buenos Aires: Rap y Astrea, 2016.

⁴⁰ Como dice Jorge Malem la corrupción al implicar una actitud de deslealtad tiene una carga negativa que determina su realización sustraída de la mirada del público. Sin embargo, de esto no se sigue que toda acción desleal sea inmoral. Piénsese, por ejemplo, las acciones corruptas en regímenes totalitarios, como

desarrollada en Argentina en los últimos años. En efecto, a fin de enfrentar la corrupción en Argentina podemos identificar que las acciones estuvieron vinculadas a: (i) la reforma del Estado; (ii) respuesta punitivista; (iii) delimitar el abuso de prerrogativas del Poder Ejecutivo y, finalmente, (iv) políticas de transparencia.⁴¹

Respecto de (i) parece una estrategia sencilla y reposa sobre una intuición poco problematizada. La estrategia, como dije, es simple: una forma de lucha contra la corrupción eficiente es reducir el Estado. Este punto de vista presupone que los hechos corruptos son un derivado o una consecuencia de la presencia del Estado en muchos sectores. Si esta presunción fuera correcta, la dimensión de la corrupción en términos cuantitativos vinculados a sus alcances en el sector público al menos sería una función del tamaño del Estado y de su intervención en la económica. En este razonamiento, entonces, a mayor tamaño del Estado, mayor cantidad de hechos de corrupción Y, a la inversa, a menor tamaño del Estado, menor corrupción. La asunción que hace esta posición es obvia, al menos si se la morigera para mostrarla a su mejor luz. De lo que se trata, en rigor, es que, si el Estado interviene en menor medida con actos regulatorios sobre la actividad privada, lo cierto es que las condiciones de posibilidad de hechos de corrupción serán menores. Esto es obvio y difícil de contrarrestar. Si la autoridad no tiene incidencia sobre la actividad económica es difícil, si no imposible, la ocurrencia de estos hechos de corrupción. Pues la posibilidad de obtener beneficios extrapositionales será nula o muy difícil.

La fortaleza de este razonamiento radica en su coherencia conceptual. Las conclusiones a las que arriba son parasitarias o derivadas de adoptar una vinculación conceptual entre el tamaño del Estado y la corrupción. No obstante, tiene algunos problemas que vale la pena resaltar. Pareciera que confunde las condiciones en las que los hechos corruptos pueden tener lugar, con la definición del concepto. En el siguiente sentido: puede ser cierto que la mayor presencia regulatoria del Estado genere la *ocasión* para la corrupción. Y si el argumento se lleva al extremo la única forma de combatirla seriamente sería discutir el tamaño del Estado. Pero esto no nos dice nada de cómo estar pertrechados para enfrentar los hechos corruptos cuando aceptamos que la presencia del Estado es una necesidad para evitar disfuncionalidades del mercado y redistribuir recursos escasos. Pero además el argumento parece circular y no enfrenta el verdadero

podría ser el caso de Oscar Schindler. Claramente, el régimen nazi estuvo sustentado en la violación de nuestras intuiciones morales más básicas, las acciones de Schindler eran desleales a ese régimen; pero no por eso eran acciones inmorales. Conf. MALEM SEÑA, Jorge. La corrupción. Aspectos económicos, políticos, jurídicos y éticos, Barcelona: Gedisa, 2002.

⁴¹ Sobre estas etapas y cómo las políticas públicas estuvieron direccionadas a afrontar el fenómeno de este modo, véase Conf. PEREYRA, Sebastián. Política y Transparencia. La corrupción como problema público, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013.

problema. Parece circular porque reduce la corrupción a ser una función del tamaño del Estado. Y sería la dimensión de este último el que generaría las condiciones de la corrupción. Pero, por otra parte, no enfrenta el verdadero problema: los hechos corruptos son un fenómeno universal, permanente y persistente en las instituciones dado que, *prima facie*, resulta un acto del todo racional. Aun cuando, como ya expliqué, puede ser ilegal –según lo que disponga un determinado sistema jurídico– y claramente inmoral.

En lo que hace a (ii) –i.e., la posición punitiva– básicamente consistió en la creación de nuevas figuras jurídico-penales a los efectos de estar en condiciones de alcanzar una mayor cantidad de hechos que, en términos generales, importan hechos corruptos. Por otro lado, quizá la más generalizada de las posiciones, consiste en el aumento de penas en los delitos contra la Administración Pública. En cualquier caso, lo que se busca es una mayor descripción fáctica de hechos punibles y la conminación en abstracto de un mayor pronóstico punitivo. A partir de lo cual podemos concluir que aquí lo que se buscó fue utilizar como herramienta contra la corrupción su represión. La prevención, por el contrario, no es puesta en el seno de la escena.

Por otra parte, si analizamos el enfoque de la prevención sobresalen algunas instituciones creadas hace poco tiempo. Aquí podemos identificar a la Oficina Anticorrupción (OA); encargada de elaborar y coordinar programas de lucha contra la corrupción y, en forma concurrente con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, quien ejerce las competencias y atribuciones establecidas en los artículos 26, 45 y 50 de la Ley Nº 24.946 (Ley 25.233). Además, sobresale en este mismo mecanismo la obligación de presentar declaraciones juradas patrimoniales a determinados funcionarios públicos. Aun cuando mecanismos como estos, nos colocan frente a un nuevo modo de enfrentar el hecho de la corrupción con una clara finalidad preventiva. En términos generales, se puede hablar aquí de políticas de transparencia. Se trata del conjunto de estrategias y prácticas basadas en una amplia apertura y disponibilidad de información que coadyuvan a la gobernabilidad y a la rendición de cuentas.⁴²

En verdad lo que se busca es determinar un marco normativo que esté (i) dirigido a modificar las estructuras de incentivos que favorecen los actos de corrupción y (ii) disminuya las posibilidades de punición eficaz y eficiente de los actos de corrupción. Para eso es necesaria la adopción de un enfoque holístico y sistémico que permita, antes que enfocarse sobre las instituciones individuales o prácticas separadas, efectuar un análisis de todos los elementos relevantes en conjunto.⁴³

⁴² Sobre esta forma de entender las "políticas de transparencia", véase Conf. PEREYRA, Sebastián. Política y Transparencia. La corrupción como problema público, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013.

⁴³ Conf. PEREYRA, Sebastián. Política y Transparencia. La corrupción como problema público, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013, p. 236.

Si nos pudiéramos a analizar con detenimiento y en forma generalizada nuestro sistema jurídico, deberíamos concluir que se trata de un sistema hiperreglado. En efecto, no es muy dificultoso comprender que estamos ante un caso de hiperinflación de reglas. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico argentino teníamos reglas que determinaban desde cómo deben ser confeccionadas las tarjetas personales de los funcionarios públicos y quiénes estaban autorizados para su uso hasta la percepción de regalos y/u obsequios por parte de funcionarios públicos. El punto aquí no es criticar su existencia. De lo que se trata, en rigor, es de reflexionar si se trata de regulaciones inteligentes y simples. Y si ellas están dirigidas a crear incentivos adecuados sin generar condiciones para saltarlas. Pues, quizás, existe una proliferación de regulaciones que hacen dificultoso el seguimiento honesto de la ley.

Además, esa hiperregulación e hiperinflación normativa resulta en ciertos casos contradictoria e ineficiente. Piénsese en un caso simple: hasta no hace mucho tiempo un funcionario público distinto de aquellos autorizados por el decreto 333/85 solicita la entrega de tarjetas personales para ser empleadas en su desempeño profesional. Aun cuando ese funcionario no hubiera tenido intenciones de obtener de modo directo beneficios extraposicionales, el exceso regulatorio puede generar incentivos para su uso como herramienta de extorsión política.

En rigor, quizás, podría resumirse la cuestión a dos corolarios. Al menos, si se presupone que la superposición de agencias y organismos encargados del ejercicio del control y de la lucha contra la corrupción no es necesariamente una cuestión que favorecerá la eficacia en su ejercicio. Sino que, antes bien, ello depende de otra cuestión. Por un lado, uno puede pensar que “la eficacia del control no depende de las cantidades de funcionarios y organismos que lo encarnen, sino de la honestidad, eficiencia e independencia de ellos”.⁴⁴ Por otro, puede ponerse el foco de atención en su estructura y diseño. Vale decir, lo que se debe buscar es que las instituciones funcionen *gracias a su diseño y no pese a él*.

Este simple hecho lo que hace pensar, también, es el constante uso político que se hace de la corrupción.⁴⁵ Tanto porque se lo construye en un espectáculo público cuanto se lo emplea con escasa seriedad y precisión en el ámbito de los medios periodísticos. Quizás, la denuncia de la corrupción como problema público se resume en un reclamo de re-moralización de la actividad política y de

⁴⁴ Conf. SANCHEZ, Alberto M. “Mitos y verdades del control político”. En: AGUILAR VALDEZ, Oscar R. Control público y acceso a la justicia, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Astrea, Rap, p. 206.

⁴⁵ Conf. PEREYRA, Sebastián. Política y Transparencia. La corrupción como problema público, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013, *passim*.

la función pública.⁴⁶ Este reclamo remoralizador tiene una doble interpelación: a la ciudadanía para defenderse de la política y a la política para auto-depurarse y conciliarse con la ciudadanía.

Las políticas de transparencia, como dije, tuvieron un fuerte desarrollo en el último tiempo. Así, podemos identificar los siguientes hitos que resaltan:

- (i) La postergada reglamentación legislativa del derecho de acceso a la información pública, según lo dispuesto por la Ley N° 27.275 y su decreto reglamentario N° 206 del 27 de marzo de 2017;
- (ii) Políticas destinadas a garantizar la rendición de cuentas de los funcionarios públicos;
- (iii) Políticas de control del patrimonio público;
- (iv) Regulación detallada de los casos de conflictos de interés en los asuntos que se refieren a procesos judiciales en trámite. En este marco, sobresale el decreto N° 201 del 21 de marzo de 2017 que establece que el “Estado Nacional será representado y/o patrocinado en forma directa por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en los procesos de cualquier naturaleza en que sea parte un organismo o entidad comprendida en el Sector Público Nacional”, en los que el Presidente, el Vicepresidente, el Jefe de Gabinete o cualquier Ministro o autoridad de igual rango, tenga en relación a una de las partes en el proceso algún tipo de vinculación que se considera relevante.⁴⁷ A fin de garantizar los más altos estándares de transparencia previo a formular allanamientos y desistimientos, otorgar quitas y esperas, transigir, conciliar, o rescindir convenios, “deberá comunicar la voluntad de actuar en alguno de aquellos modos, con una antelación no menor a 10 días hábiles de la presentación o celebración del acto pertinente, a la Oficina Anticorrupción, a la Sindicatura General de la Nación, y a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración del Congreso de la Nación”.
- (v) Regulación detallada de los casos de conflictos de interés en los asuntos que se vinculan con el régimen de contrataciones con la administración

⁴⁶ Conf. PEREYRA, Sebastián. Política y Transparencia. La corrupción como problema público, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013, p. 293.

⁴⁷ En este sentido, destaca el artículo 1° del Decreto N° 201/2017: (i) Parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad; (ii) Sociedad o comunidad; (iii) Pleito pendiente; (iv) Ser deudor o acreedor; (v) Haber recibido beneficios de importancia; (vi) Amistad pública que se manifieste por gran familiaridad y frecuencia en el trato; (vii) En el caso de las personas jurídicas, cualquiera de los vínculos anteriores en relación a un director, accionista o socio que posea participación, por cualquier título, idónea para formar la voluntad social o que ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas. Para el caso de sociedades sujetas al régimen de oferta pública conforme a la Ley N° 26.831 la vinculación se entenderá referida a cualquier accionista o socio que posea más del CINCO POR CIENTO (5%) del capital social. .

pública. En efecto, el decreto N° 202 del 21 de marzo de 2017 dispone que quien se presente en un procedimiento de contratación pública debe presentar una “Declaración Jurada de Intereses” en la que deberá declarar si se encuentra o no alcanzada por alguna vinculación relevante respecto del presidente y vicepresidente, Jefe de Gabinete, ministros y autoridades de igual rango en el Poder Ejecutivo. Resulta interesante esta exigencia porque debe efectuarse aun cuando no tuvieran competencia para decidir sobre la contratación o acto de que se trata. Idéntica declaración deberá presentarse cuando la vinculación exista en relación al funcionario de rango inferior a ministro que tenga competencia o capacidad para decidir sobre la contratación o acto que interese al declarante. En caso de que exista esa vinculación se deberá (i) comunicar la “Declaración Jurada de Intereses” a la OA y a la SIGEN; (ii) Arbitrar los medios necesarios para dar publicidad total a las actuaciones; (iii) Adoptar, de manera fundada y dando intervención a la OA y a la SIGEN, al menos uno de los siguientes mecanismos: a. Celebración de pactos de integridad; b. Participación de testigos sociales; c. Veeduría especial de organismos de control; d. Audiencias Públicas; (iv) El funcionario con competencia para resolver y respecto del cual se hubiera declarado alguno de los vínculos precedentemente señalados, deberá abstenerse de continuar interviniendo en el referido procedimiento, el que quedará a cargo del funcionario al que le correspondiera legalmente actuar en caso de excusación; (v) Cuando se tratase de un procedimiento de contratación directa, la oferta podrá ser declarada inadmisibile.

- (vi) En el marco del Plan de Modernización del Estado, aprobado por el decreto N° 436 del 1 de marzo de 2016, se aprobaron los siguientes ejes: 1. Plan de Tecnología y Gobierno Digital; 2. Gestión Integral de los Recursos Humanos; 3. Gestión por Resultados y Compromisos Públicos; 4. Gobierno Abierto e Innovación Pública; 5. Estrategia País Digital. Es en este marco en el que se aprueba la instauración del módulo conocido como Gestión de Documentación Electrónica (GDE) La implementación de este sistema, además de estar direccionado a la despapelización de la administración, busca “facilitar la gestión documental, el acceso y la perdurabilidad de la información, la reducción de los plazos en las tramitaciones y el seguimiento público de cada expediente”.

Ahora bien, la descripción del marco normativo existente pareciera brindar una imagen lo suficientemente sólida como para augurar ambientes estables frente a posibles hechos de corrupción. Sin embargo, la percepción ciudadana brinda una imagen contraria. En el sentido que, aun a partir de aquel *framework*

es posible encontrar un margen de percepción en los que los niveles de integridad parecieran no ser lo suficientemente sólidos.

En función de ello, mi propuesta no es ni novedosa ni revolucionaria.

Tengo la impresión de que existen en la administración pública central y descentralizada los mecanismos suficientes como para desincentivar hechos de corrupción. Tanto por las perniciosas consecuencias normativas con las que se los amenaza como por la facilidad con la que podrían ser puestos de sobreaviso sus propios pares.

Para ejercer un profundo cambio en esas percepciones pienso que podrían diseñarse mecanismos más simples y ágiles para ejercer el control. Estos procedimientos podrían tener una incidencia inmediata en la eficiencia y eficacia de los controles. Pero, además, debiéramos pensar en la implementación de mecanismos que aseguren la independencia del controlado respecto del controlador. Vale decir, asegurar que quien ejerce el control posee la suficiente autonomía e independencia de criterio a fin de brindar la máxima seguridad en el ciudadano para aventar cualquier sospecha en la seriedad de los criterios de control.

Primero, y en este sentido, sería recomendable la transformación de la Oficina Anticorrupción. Más allá de la excepcional tarea que cumplen sus funcionarios en la actualidad, lo ideal para asegurar la apariencia de la buena práctica del control respecto de los funcionarios actuales sería asegurar de algún modo su independencia respecto del Poder Ejecutivo. Esto es, debiera asegurarse su autonomía en el ejercicio funcional, con garantías suficientes para el desempeño de sus tareas. Para esto, en una futura legislación comprehensiva de integridad pública, podría establecerse la selección de su titular por concurso público de antecedentes y oposición. De lo contrario, podría regularse que previo a la designación por parte del titular del Poder Ejecutivo debiera abrirse un periodo público y abierto de impugnaciones y conocimiento público de los antecedentes relevantes. Además, podría preverse la celebración de audiencias públicas en las que Organizaciones No Gubernamentales dedicadas al tratamiento de la corrupción efectuaran consultas y opiniones que deberían ser consideradas al momento de su designación. Por otra parte, y para despolitizar absolutamente este cargo, debería incluirse una normativa que impida la utilización instrumental de esta posición para obtener apoyo electoral futuro. De esta manera, podría incluirse la prohibición de postulación para cargos públicos electivos durante su mandato y en las elecciones inmediatamente posteriores a su finalización.

Segundo, sería altamente recomendable que en el ámbito de la administración central y descentralizada se creen órganos desconcentrados que tengan como responsabilidad primaria entender en el control de estándares de integridad en cada uno de esos ámbitos. En este sentido, se propone la creación de Direcciones

de Integridad y Transparencia destinadas a (i) diseñar, (ii) desarrollar y (iii) implementar acciones que fortalezcan la integridad y ética pública, rendición de cuentas, gobierno abierto, acceso a la información, transparencia y prevención de la corrupción. Una medida adoptada recientemente en este campo que resulta sumamente elogiable es la creación de la Secretaría de Fortalecimiento Institucional en el ámbito de la Jefatura de Gabinete por medio del Decreto N° 6 del 5 de enero de 2018 cuyas acciones se enderezan al logro de los objetivos recién referidos.

Además, sería altamente recomendable la creación de Departamentos o Gerencias de *Compliance* en las sociedades en las que el Estado Nacional tiene mayoría accionaria, 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 (artículo 8° inciso b Ley N° 24.156) Recientemente, y por Decisión Administrativa N° 85 del 9 de febrero de 2018, se aprobaron los “Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina”. En la senda indicada puede destacarse los Lineamientos N° 1 y N° 2 destinados a establecer los principios vinculados a la transparencia e integridad. En ellos se destaca que, respectivamente, “el Estado promueve el rol activo de las empresas en la publicación de información financiera y no financiera vinculada a su desempeño” y que “el Estado como accionista promueve la adopción y cumplimiento por parte de las empresas de políticas destinadas a prevenir y castigar el fraude. Es nuestro deseo como Estado accionista que las empresas de mayoría estatal sean ejemplo de integridad en el uso de sus recursos.” En cualquier caso, resulta sumamente positivo que ambos lineamientos sean vistos como direccionados directamente a mejorar la gestión de esas empresas.

Por otra parte, resultaría relevante revalorizar los procesos de auditoría. Estos, por sus especiales características, permiten acopiar información y detectar situaciones y comportamientos que permitirían observar detalladamente la actuación y funcionamiento de un organismo en particular. De este modo, se facilitará la generación adecuada de garantías institucionales para prevenir ambientes de corrupción.⁴⁸

El compromiso de la gestión pública con la transparencia resulta fundamental. En particular porque estas acciones por lo general son llevadas a cabo en secreto. Esto, a su vez, dificulta generar parámetros cuantitativos precisos sobre la

⁴⁸ Sobre esto, en general, véase FERNÁNDEZ DÍAZ, Andrés y FERNÁNDEZ CORNEJO, José A. “La economía de la corrupción y el control externo”, Revista Española de Control Externo, Vol. 1, N° 3, 1999, p. 34/36.

corrupción.⁴⁹ Dadas estas dificultades es usual que organizaciones e instituciones preocupadas por su prevención/sanción realicen índices de percepción; cuya finalidad es, justamente, proporcionar información sobre la apreciación que tienen los afectados respecto de la existencia de buenas prácticas administrativas y gobernanza. Por ejemplo, un índice prestigioso empleado a tales efectos es el realizado por la ONG *Transparency International*; indicado por algunos especialistas como un “índice de índices” dadas sus características especiales. Se trata del *Corruption Perceptions Index* que no mide grados específicos de corrupción sino que, antes bien, combina datos de distintas fuentes que permiten conocer las percepciones de sus empresarios y especialistas respecto al nivel de corrupción existente en el sector público. Para esto, busca estandarizar las fuentes de datos según una escala de 0 a 100, donde 0 equivale al *nivel más alto* de percepción de corrupción, y 100 implica el *nivel más bajo*. Según los resultados de este informe, Argentina en el año 2014 se ubicó en el ranking número 107 de 175 países que fueron parte de la muestra. Argentina obtuvo una calificación equivalente a 34 sobre 100.⁵⁰ En el año 2017 ascendió al puesto 85 y su calificación fue de 39.

Entiendo que podría emplearse en los procesos de auditoría un sistema semejante de medición que coadyuve al objetivo de lograr una efectiva prevención de situaciones de corrupción. Todo esto en el marco de un Programa Nacional Anticorrupción dirigido a asegurar condiciones de transparencia, clarificar y desarrollar las regulaciones destinadas a mejorar la claridad y transparencia de los negocios; en particular, las vinculadas a conflictos de intereses, otorgamiento y verificación de declaraciones de los activos concernientes a los empleados de la administración pública. Subyace a esta política tanto en lo que se refiere a su justificación como a su implementación la necesidad de asegurar que el gobierno sea más simple, más eficiente, más transparente.⁵¹

Al igual que en experiencias comparadas podrían emplearse diversos índices destinados a la creación de mapeos de riesgo. En Hungría, por ejemplo, se emplean los siguientes:

- (i) índice de vulnerabilidad inherente;
- (ii) índice de factores de aumento de riesgos; y,
- (iii) índice de la existencia de controles.

⁴⁹ Véase FERNÁNDEZ DÍAZ, Andrés y FERNÁNDEZ CORNEJO, José A. “La economía de la corrupción y el control externo”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 1, Nº 3, 1999, p. 29.

⁵⁰ Para acceder a los resultados completos del índice referido, consúltese: <http://www.transparency.org/cpi2014/results>. Respecto de la metodología empleada, véase la “Breve nota sobre la metodología empleada” a la que puede acceder en el mismo sitio web.

⁵¹ Sobre estos objetivos y su vinculación con la actividad regulatoria, véase SUNSTEIN, Cass. (Más) Simple, Guillermo Frutos y Javier Frutos (Trads.), Buenos Aires: Marcial Pons.

Tanto (i) como (ii) son índices de riesgos; aun cuando podemos advertir diferencias entre ellos. Según (i) se busca identificar situaciones en las que una organización particular estaría expuesta a la corrupción sobre la base de su propio estatus y rol jurídico administrativo. Intenta determinar las actividades más expuestas y a merced de mayores potenciales factores de riesgo. Para eso, por ejemplo, se interroga a los funcionarios de las reparticiones públicas auditadas con preguntas como las que siguen: ¿Su organización, o quien está al frente de ella, ejerce algún poder directamente conectado con la legislación? ¿Su organización ejerce o tiene algunos poderes oficiales? ¿Su organización provee servicios públicos?

Mientras que (ii) pretende señalar las características institucionales o legales de una organización que incrementan los riesgos de corrupción. Se presume que esto se daría cuando existen (1) frecuentes cambios en el entorno regulatorio; (2) alta incidencia de cambios sobre la regulación; (3) mala legislación. También representa los efectos de actividades tradicionales que podrían estar *prima facie* vinculados con esos riesgos: (a) contratos con organizaciones externas en orden a proveer actividades básicas; (b) ser beneficiario de subsidios, nacionales o internacionales; (c) ejecución de proyectos de inversión de cierta envergadura económica; (d) contrataciones públicas. Ejemplos de interrogantes vinculados a este aspecto serían: ¿Se modificó sustancialmente la legislación regulatoria del ambiente al que se refiere la actividad de su organización en los últimos tres años? ¿Cuántas veces cambió la estructura organizacional en los últimos tres años?

Y, finalmente, (iii) se refiere a la existencia de controles y su incidencia en la percepción por parte de los interesados. Se procura identificar la madurez de los sistemas de control existentes en las organizaciones administrativas auditadas. Para eso es necesario tener en cuenta la calidad de las reglas internas y regulaciones fijadas por estas últimas. Un caso especial de este supuesto sería, sin dudas, la presencia de medidas y sistemas anti-corrupción internos; más allá de los programas y reglas generales existentes. También podría ser relevante identificar las estrategias institucionales y políticas de publicidad sobre la actividad de la institución y su vínculo con el público. En el mismo sentido, sería posible evaluar la existencia y relevancia de los sistemas de control internos de cada organismo. Para la determinación de estos parámetros se recurre a interrogantes como los siguientes: ¿tiene su organización una política especial para fijar la publicidad de las audiencias realizadas por sus autoridades con personas externas? ¿Tiene su organización una estrategia para exponerse al público? ¿Su organización aplica algún principio que importe una doble mirada en algún campo de su actuación?

5 Conclusión

En este trabajo realicé un análisis parcial de un fenómeno sumamente complejo. Me interesó en verdad proponer un abordaje institucional integral, completo y complejo de la corrupción como hecho a erradicar. La finalidad será advertir la generalización de las situaciones de riesgo que la posibilitan o que generan una disposición a ella, enfocada sobre su prevención; con particular énfasis en los distintos organismos que poseen, en mayor o menor medida, potestades jurídicas para la resolución de conflictos administrativos; generar instancias de control de integridad eficientes y orientadas a las características particulares de cada organismo. Y, finalmente, obtener resultados que promuevan la integridad ética de los organismos que componen la estructura administrativa de nuestro Estado.

Este enfoque, y esta propuesta, deben considerarse un elemento más dentro de un conjunto de medidas destinado al logro de objetivos con los que todos, pienso, estamos de acuerdo. Para ello, debemos sopesar adecuadamente dentro de cada organización la integralidad de los controles y los riesgos de la corrupción generados contextualmente por las propias potestades del organismo y/o la situación en la que se colocan quienes están al frente de ellos. Básicamente, debemos propender a elaborar una política de integridad sustentada sobre un marco administrativo eficiente y direccionado al análisis de la situación de los riesgos –o amenazas– de corrupción. Por último, estas medidas, en conjunción con otras, promoverán reglas de procedimiento que aseguren un monitoreo continuo de situaciones de vulnerabilidad administrativa desde un punto de vista ético.

Básicamente las pocas propuestas institucionales que aquí se efectuaron, estuvieron direccionadas a alertar que no siempre es beneficioso la eliminación de potestades discrecionales en la autoridad y su reemplazo por decisiones mecánicas. Del mismo modo, insistí en que antes que reprimir, mejor es prevenir. Pero para eso el sistema institucional debe estar en condiciones de dar respuestas adecuado a estas circunstancias. Por otra parte, procuré mostrar que la justificación de los particulares diseños institucionales para afrontar la corrupción debe tener en cuenta principios tales como publicidad, transparencia y control efectivo.

Referencias

BARRA, Rodolfo. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Abaco, Tomo III, 2006.

BOULIN VICTORIA, Ignacio. Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa. Buenos Aires: Marcial Pons, 2014.

COMADIRA, Julio R. "Actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial". En *Id.*, Derecho Administrativo. Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo y otros estudios, Segunda Edición, Actualizada y Aumentada, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003.

DAGGER, Richard. Civic virtues, New York-Oxford: Oxford University Press, 1997.

ELSTER, Jon. Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de la Ciencias Sociales, Barcelona: Gedisa, 1990.

FERNÁNDEZ DÍAZ, Andrés y FERNÁNDEZ CORNEJO, José A. "La economía de la corrupción y el control externo", *Revista Española de Control Externo*, Vol. 1, N° 3, 1999, pp. 9-38.

GARZÓN VALDEZ, Ernesto. "Acerca del concepto de corrupción". En: LAPORTA, Francisco y ÁLVAREZ, Silvina (Comp.) La corrupción política, Madrid: Alianza, 1997.

GARZÓN VALDEZ, Ernesto. "La corrupción". En: *Id.*, Calamidades, Barcelona: Gedisa, 2004.

HODGSON, Geoffrey y JIANG, Shuxia (2008), "La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista", *Revista de Economía Institucional*, Vol. 10, No. 18, 2008, pp. 55-80.

IVANEGA, Miriam. Control público. Administración. Gestión. Responsabilidad, Buenos Aires: Rap y Astrea, 2016.

KLITGAARD, Robert. Controlando La Corrupción, Emilio M. Sierra Ochoa (Trad.), Buenos Aires, Sudamericana, 1994.

MALEM SEÑA, Jorge. Globalización, comercio internacional y corrupción. Aspectos económicos, políticos, jurídicos y éticos, Barcelona: Gedisa, 2000.

MALEM SEÑA, Jorge. La corrupción. Aspectos económicos, políticos, jurídicos y éticos, Barcelona: Gedisa, 2002.

MARTÍ, José L. La republica deliberativa. Una teoría de la democracia, Madrid: Marcial Pons, 2006.

MILLER, Seumas. "Corruption", Stanford Encyclopedia of Philosophy, en <https://plato.stanford.edu/entries/corruption/>, 2011 (revisado por última vez el 05/01/2017)

NINO, Carlos S. Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino, Buenos Aires: Emecé, 1992.

NINO, Carlos S. Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, 2da. Reimpresión, Buenos Aires: Astrea, 2002.

PALTI, Elías. El tiempo de la política. El siglo XIX reconsiderado, Buenos Aires: Siglo XIX Editores, 2007.

PEÑA, Javier. "Ciudadanía republicana y virtud cívica". En BERTOMEU, María Julia, DOMÈNECH, Antoni y DE FRANCISCO, Andrés. Republicanismo y democracia, Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005, p. 231-256.

PEREYRA, Sebastián. Política y Transparencia. La corrupción como problema público, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013.

RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime. Ética, Poder y Estado. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2004.

SANCHEZ, Alberto M. "Mitos y verdades del control político". En: AGUILAR VALDEZ, Oscar R. Control público y acceso a la justicia, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Astrea, Rap, p. 201-208.

SIMONETI, José. El Ocaso de la Virtud, Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1998.

SUNSTEIN, Cass. (Más) Simple, Guillermo Frutos y Javier Frutos (Trads.), Buenos Aires: Marcial Pons.

VÁZQUEZ, Rodolfo. "Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, p. 205-216.

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

MOCOROA, Juan M. Integridad y diseño institucional: estrategias para enfrentar la corrupción en el sector público en Argentina. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 147-174, abr./jun. 2018.
