

## EFFECTIVIDAD DEL CONTROL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Dra. Miriam Mabel Ivanega

### I. Introducción

La *buena administración*, es uno de los derechos de los ciudadanos, consagrado en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales del año 2000, que también implica un deber en cabeza de la propia Administración.

Dos efectos importantes tiene esta formulación: es determinante de la calidad de la organización pública, y también es una especie de rompiente frente a prácticas administrativas corruptas. Ello sin perjuicio de otras consecuencias que muestran la robustez del sistema, en la medida que genera confianza en los ciudadanos, legitima las actuaciones públicas, incrementa el rendimiento democrático<sup>1</sup>.

Una larga nómina de principios y derechos le dan sustento: ubicada cerca del ciudadano, ese modelo exige calidad de la organización pública, ética, eficacia, eficiencia, transparencia, comunicación con la sociedad, objetividad, responsabilidad de los funcionarios, rendición de cuentas y así podemos continuar con una extensa nómina de componentes que adquirirán significado, en la medida de que la actividad administrativa se proyecte hacia el individuo y los núcleos sociales que éste conforma.

Por ejemplo, en el Documento “Gestión Pública Iberoamericana para el Siglo XXI”, aprobado en el 2010 en el seno del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)<sup>2</sup>, se analizan cinco aspectos que se entienden constitutivos: 1. Democratización de la gestión pública; 2. Profesionalización de la función pública; 3. Nuevas tecnologías de gestión; 4. Gestión por resultados orientados al desarrollo; 5. Mecanismos de gobernanza.

Este instrumento se une a otros, que en los últimos años han formado un marco referencial para los Estados; y son las Cartas Iberoamericanas de: Participación Ciudadana-adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana, Portugal, diciembre de 2009-;

---

<sup>1</sup> Nevado-Batalla Moreno Pedro T., Legalidad y buena administración, Pontificia Universidad Javeriana-Colección Internacional N°19, Bogotá, 2009, p. 29. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, El buen gobierno y la buena administración de Instituciones Públicas, Ediciones Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, p. 17.

<sup>2</sup> Aprobado por la XL Reunión Ordinaria del Consejo Directivo del CLAD Santo Domingo, República Dominicana, 8-9 de noviembre de 2010.

Calidad en la Gestión Pública –XVIII Cumbre Iberoamericana, El Salvador, octubre de 2008-; Gobierno Electrónico -XVII Cumbre Iberoamericana, Chile, noviembre de 2007-; Código Iberoamericano de Buen Gobierno -adoptado por la XVI Cumbre Iberoamericana, Uruguay, noviembre de 2006- y Carta Iberoamericana de la Función Pública -adoptada por la XIII Cumbre Iberoamericana, Bolivia, noviembre de 2003-; la Carta Interamericana Democrática -aprobada en el Vigésimo Octavo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, Perú, 2001-

En las últimas décadas, de la mano de la primacía de los tratados de derechos humanos, las reformas estatales junto a las nuevas tecnologías en la era de la globalización, obligaron a los Estados a adoptar de políticas dirigidas modificar las organizaciones administrativas, sus estructuras y procedimientos, atendiendo –entre otros aspectos- a prevenir y combatir la corrupción.

El control de la Administración Financiera no fue ajeno a estos propósitos; por el contrario, se tendió a intensificar la función de los organismos competentes y en algunos casos se revisaron los sistemas de control y los mecanismos aplicados, a fin de hacerlos más efectivos para cumplir con aquellos objetivos.

Sin embargo, la realidad nos muestra cierto grado de descontento y de fracaso a la hora de evaluar los resultados de los controles practicados.

## **II. Corrupción, ética y transparencia públicas.**

### **1. Transparencia Pública**

La transparencia debe instituirse como política pública, en la que se concrete la congruencia entre Ética y Política. Deberá atender a la pertinencia, la honestidad, la eficiencia y la eficacia, como sus elementos mensurables.

Es por lo tanto, un principio bajo el cual podemos incluir otros, que encuentran en él su esencia: la transparencia supone publicidad, información, participación, rendición de cuentas, ética, responsabilidad, control; aun cuando cada uno de ellos tiene un alcance propio y se plasman en derechos que se ejercen con independencia.

La actuación pública transparente es “una herramienta para mejorar la calidad de vida de las personas”<sup>3</sup>.

Estamos frente a un derecho humano como el sentido del “derecho a la no corrupción”<sup>4</sup>. Su consagración en instrumentos internacionales, en la Constitución -aún cuando no contiene una disposición específica- y en normas legales, convierte a aquel principio en un imperativo de actuación pública.

Con ello se protege una esfera de libertad esencial para el ser humano relacionada con la seguridad jurídica, con una nota de universalidad distintiva de los derechos humanos, “puesto que predica de todo individuo por el simple hecho de ser tal”. Se trata de un derecho subjetivo público a favor de los gobernados, que impone deberes a los órganos estatales, de realizar su gestión pública en el ámbito administrativo, con apego a la legalidad<sup>5</sup>.

Tiene un estrecho vínculo con otros derechos subjetivos: la vida, la propiedad, la libertad, la seguridad jurídica, la igualdad, compartiendo el núcleo de las libertades públicas que se reserva el individuo frente a la sociedad. Por ello, requiere de un contorno de garantías jurisdiccionales con el objetivo de que sea aplicado<sup>6</sup>.

El enfoque que venimos exponiendo no es pacífico; algunos autores entienden que la transparencia no es un derecho humano, en particular cuando se pretende supeditar, a ella, el acceso a la información. De tal suerte que la crítica se centra en que la transparencia tiene diversos significados, cuya comprensión se centra en la idea de que es un medio en un relación entre gobernantes y organizaciones responsables de proporcionar información a los gobernados, para conocerla, sin que se aplique sanción alguna en los casos que los responsables no la suministren<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Villanueva Ernesto, Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica, UNAM, México 2003, p. XXIV.

<sup>4</sup> Marquez Daniel, El derecho humano a la no corrupción, en Derechos Humanos en Ibero-América (coord. José R.Olivos Campos), Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán, México 2010, p.189 y ss.

<sup>5</sup> Marquez Daniel, El derecho humano...op.cit., p.217/8.

<sup>6</sup> Marquez Daniel, El derecho humano...op.cit., p.218.

<sup>7</sup> Olivos Campos José R., El derecho de acceso a la información en Derechos Humanos en Ibero-América (coord. José R.Olivos Campos), Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán, México 2010, p.319 en Derechos Humanos en Ibero-América (coord. José R.Olivos Campos), Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán, México 2010, p.189 y ss..

En materia de regulación, la República Argentina muestra una importante normativa de distinto rango legal<sup>8</sup>. La Constitución histórica no incluyó reglas específicas en esta materia, solo fijó algunas pautas vinculadas a la función pública, por ejemplo la *igualdad de oportunidades* para acceder al cargo y la *idoneidad* como condición de ingreso, que se entiende que abarcativa del desempeño ético del funcionario. Posteriormente, la modificación constitucional de 1957 se agregó la *estabilidad* del empleado público, garantía para el agente y para la propia función pública, al preservarlos de los cambios en la conducción política del Estado<sup>9</sup>.

Con la reforma de 1994, además de la aplicación de los tratados, pactos y convenciones en los términos del artículo 75 inc. 22, se incorporó el artículo 36 que, en su parte pertinente, regula: *...Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.*

En esta disposición no aparece claramente tipificado el delito de corrupción, dejándolo librado a la reglamentación legal, entendiéndose que en la Constitución Nacional reformada, la defensa contra las distintas formas de corrupción en perjuicio

---

<sup>8</sup> A título de ejemplo pueden citarse: 1. Las leyes que aprobaron la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) –N° 24.759- y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción –N° 26.097; 2. Ley 25.319 que aprobó Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; 3. La Ley 25.188 de Ética en la Función Pública y su reglamentación por el decreto 164/99<sup>8</sup>; 4. Ley 25.246, que sustituyó la rúbrica del Capítulo XIII, Título XI del Código Penal -pasó a denominarse: "Capítulo XIII: Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo"-, modificó varios artículos del Código incorporando el encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo y creó la Unidad de Información Financiera (UIF); 5. Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, N° 25.164; 6. El Código de Ética de la Función Pública aprobado por Decreto 41/99, aplicable a los funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional; 7. Ley 25.233, cuyo artículo 13 se creó la Oficina Anticorrupción en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; 8. El Decreto 1172/03, mediante el cual se aprobaron los Reglamentos Generales para el Poder Ejecutivo Nacional, sobre: 1) Audiencias Públicas; 2) Publicidad de la Gestión de Intereses; 3) Elaboración Participativa de Normas; 4) Acceso a la Información Pública y, 5) Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos.

<sup>9</sup> Said, José Luis, La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y del reglamento, en Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, p.489

del Estado asume formas menos severas que las fijadas para luchar contra quienes atenten por la fuerza, contra las instituciones democráticas<sup>10</sup>.

Ahora bien, frente al avance de la corrupción y sus efectos “globalizantes”, un modelo ético en la gestión pública constituye una herramienta fundamental en el logro de la transparencia de los actos de los funcionarios públicos.

En este campo, cabe recordar el pensamiento del profesor argentino Julio Rodolfo Comadira: la ética no es un mero análisis lingüístico, ni puro empirismo psicológico o sociológico; “es ciencia teórica porque su objeto reside en la fundamentación teórica del orden práctico humano y supone, por ende, un conocimiento cierto y sistemático de la debida ordenación de los actos humanos; es práctica precisamente porque se refiere a algo que el hombre ha de realizar con arreglo a la razón y es normativa porque estudia las reglas que fijan lo debido para la acción de éste”<sup>11</sup>.

La ética pública es entendida como *el conjunto de normas morales que rigen la conducta del hombre en cuanto integrante de un pueblo o ciudad –en cuanto ciudadano, sea o no funcionario, y en orden al bien común, bien público o bienestar general*<sup>12</sup>.

La idea central está puesta en el *servicio a la colectividad*, es decir en la realización del bien común<sup>13</sup>.

La experiencia moral del ciudadano como funcionario y del particular en tanto colaborador de la Administración, constituyen el punto de partida de la investigación en la ciencia de la ética pública; su resultado es la determinación del sentido de aquella experiencia con base en los principios universales que proporciona la razón. Ello supone la exigibilidad de ciertos valores deseables, respecto de la conducta de los agentes públicos. La conducta de éstos, será ética si se exteriorizara el cumplimiento de los deberes y pautas que derivan de aquellos valores<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Gelli María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, 4ta. Edición ampliada y actualizada, T.I, La Ley, 2008, p. 513

<sup>11</sup> Comadira, Julio Rodolfo, “La regulación jurídica de la ética pública”, en Revista de Derecho Público, 2002-2: La emergencia económica, segunda parte, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, 598 y sigs

<sup>12</sup> González Pérez, Jesús, La ética en la Administración Pública,”2da.edición, Madrid, 2000, 40.

<sup>13</sup> Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, La dimensión ética, Madrid, 2001, p. 293.

<sup>14</sup> Comadira Julio R., La ética pública y el ciudadano común, [www.eldial.com](http://www.eldial.com) -DC242.

Ética pública y ética privada, no son diferentes, sino que la primera es la proyección en el ámbito público de los principios éticos comunes<sup>15</sup>; por ello y en idéntico sentido se entiende que no existen dos morales o éticas, sino que dos manifestaciones distintas de una misma realidad: dos dimensiones diferentes de un mismo fenómeno<sup>16</sup>.

*La ejemplaridad y la honradez son virtudes que deben presidir la actuación de los servidores públicos. El político y el funcionario deben respetar los estándares de conducta de la sociedad, la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas.*<sup>17</sup>

Como ciencia, se apoya entre lo que se puede y lo que se debe hacer. Y con igual sustento, aplicada a la función pública la ética tiene su eje central en la idea de servicio<sup>18</sup>.

Incluso Max Weber realiza una distinción en cuanto a la acción éticamente orientada, la que puede ajustarse a dos máximas distintas entre sí e irremediamente opuestas: “puede orientarse conforme a la ‘ética de la convicción’ o conforme a la ‘ética de la responsabilidad’ (...). Cuando las consecuencias de una acción realizada conforme a la ética de la convicción son malas, quien la ejecutó no se siente responsable de ellas, sino que responsabiliza al mundo, a la estupidez de los hombres o la voluntad de Dios que lo hizo así. Quien actúa conforme a una ética de la responsabilidad, por el contrario, toma en cuenta los defectos del hombre medio. (...) no se siente en situación de poder descargar sobre otros aquellas consecuencias de su acción que él pudo prever. Se dirá siempre que esas consecuencias son imputables a su acción”<sup>19</sup>.

Con todo lo dicho, retomamos el criterio de que ser transparente es incursionar en diversos terrenos, la publicidad de los actos de gobierno, la participación, el control social, la eficiencia y la eficacia, la exigencia de rendición de cuentas, pues sin perjuicio

---

<sup>15</sup> Rodríguez Arana Muñoz Jaime, Principios de ética pública –corrupción o servicio-, Montecorvo, Madrid, 1993, 24/25. Ver también Caputi María C., La Etica Pública, Buenos Aires, 2000.

<sup>16</sup> González Pérez, Jesús, La ética...op.cit., 27/28

<sup>17</sup> González Pérez, Jesús, “La ética...”, op. cit., p. 42 y s.. “Una cosa es una ética pública no confesional y otra muy distinta que sólo sea relevante la conducta delictiva o la que ponga en peligro los caudales públicos y secretos oficiales”.

<sup>18</sup> Rodríguez Arana Muñoz Jaime, Ética, Poder y Estado, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, 7 y 35/36

<sup>19</sup> Weber Max, El político y el científico, Alianza, México, 1997, p. 164

de constituir individualmente un derecho a ser ejercido en forma plena, todos abrevan en el principio de transparencia.

## **2. Corrupción**

Lo contrario a la transparencia suele identificarse como corrupción: “utilización de potestades públicas para intereses particulares”<sup>20</sup>, figura que encuentra su semejanza en el vicio de la desviación de poder, esto es, “el uso del poder con violación de la finalidad –de interés público– que inspiró el otorgamiento de las facultades pertinentes al órgano; un uso que deriva en provecho directo de quien lo ejerce o de quien gestiona una conducta determinada”<sup>21</sup>.

Desde los años ochenta del siglo XX, tanto en Europa como en países de otros continentes se tomó conciencia de que la corrupción operaba como un verdadero “meta-sistema”, de mayor efectividad incluso que los aparatos oficiales sobre los que se había asentado y de los que se alimentaba<sup>22</sup>.

Se manifiesta de diferentes formas -tal como lo demuestran los catálogos de actos corruptos que incluyen los ordenamientos jurídicos- y responde a una multiplicidad de causas.

Según el Libro de Consulta de Transparencia Internacional (año 2000) hay elementos que contribuyen al desarrollo de la corrupción, por ejemplo: la coerción estatal; el poder; la burocracia; el formalismo y rigidez de la ley; las regulaciones vagas sobre conflictos de intereses; una falsa noción de eficiencia; la inequidad. Incluso, la eficiencia no está exenta de ser un instrumento de prácticas corruptas. Por ejemplo, algunos investigadores opinan que la corrupción representa simplemente la operación de las fuerzas del mercado dentro de los programas estatales y que, frente a la necesidad de que el mercado sea eficiente, debería tolerarse. Pero esta observación es inaceptable, desde el momento que los programas públicos pueden verse afectados

---

<sup>20</sup> González Pérez, Jesús, *La ética en la Administración pública*, Madrid, Civitas, 2000, 2ª edición, pp. 63-64.

<sup>21</sup> Jeanneret de Pérez Cortés, María, “Función Pública, Ética pública y corrupción”, en AA VV, *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas Organizadas por a Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005, p. 649.

<sup>22</sup> García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1997, 3ª edición ampliada, p. 82 y sigs.

negativamente si los funcionarios asignan los recursos escasos a un licitante que ha pagado el soborno más alto, y no al más competitivo. A su vez, “los sobornos inducen a los funcionarios a generar condiciones artificiales de escasez, lentitud y trámites innecesarios para presionar su pago”<sup>23</sup>.

La Convención de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)<sup>24</sup> son el resultado de la creciente preocupación por estas prácticas, que afectan las transacciones internacionales y los gobiernos de todo el mundo.

Estos instrumentos jurídicos tienen elementos comunes con otras convenciones, como la de Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) para el Combate contra el Soborno a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>25</sup>.

Estamos frente a un fenómeno que sobrepasa los límites geográficos de los países y afecta al sector público y al privado; pues su existencia en el ámbito estatal supone la actuación de un particular que con su actuación coadyuva a la formación de relaciones corruptas<sup>26</sup>.

Según el diccionario de la Lengua Española -Vigésimosegunda edición- la corrupción en las organizaciones es una práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquéllas en provecho económico o de otra índole de sus gestores.

En el ámbito estatal, supone “la utilización de potestades públicas para intereses particulares”<sup>27</sup>, identificándose con la figura de la desviación de poder, es decir “el uso del poder con violación de la finalidad –de interés público- que inspiró el otorgamiento

---

<sup>23</sup> Libro de Consulta de Transparencia Internacional, año 2000.

<sup>24</sup> Artículo III, incs. 5º y 11.

<sup>25</sup> En nuestro país

<sup>26</sup> En ese sentido puede verse también Comadira Julio R., Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, Cap.XXIII y Klitgaard Robert, Combatiendo la corrupción. Información e incentivos, en Nueva Sociedad N° 145, Venezuela, septiembre-octubre 1996, p. 56-65 y julio 2000.

<sup>27</sup> González Pérez, Jesús, “La ética...”, op. cit., p. 63/64.

de las facultades pertinentes al órgano; un uso que deriva en provecho directo de quien lo ejerce o de quien gestiona una conducta determinada”<sup>28</sup>.

Convertido en un “verdadero asesino...que destruye las reglas de juego.”<sup>29</sup>, los mecanismos para contrarrestar sus efectos deben siempre partir del reconocimiento del flagelo y sus consecuencias negativas; y de la necesidad de su erradicación.

Señala García de Enterría que desde los años ochenta del Siglo XX, tanto en Europa como en países de otros continentes, se tomó conciencia de que la corrupción operaba como un verdadero “meta sistema”, de mayor efectividad incluso que los aparatos oficiales sobre los que se había asentado y de los que se alimentaba<sup>30</sup>.

Sin distinción entre países ricos y pobres, se manifiesta de diferentes formas, tal como lo demuestran los catálogos de actos corruptos que incluyen los ordenamientos jurídicos. Vemos incluso las Convenciones internacionales, que han identificado el soborno, la extorsión, el uso indebido de cargos con fines no oficiales, el tráfico de influencia, el nepotismo, el fraude, la malversación de fondos públicos, etc.

Se la considerara, incluso, como causa de la inestabilidad en América; y en América Latina por lo menos, como un problema grave, preocupante, presente en la vida diaria. Es un hecho de la realidad que responde a una multiplicidad de causas las cuales no pueden ser todas removidas por el derecho, a pesar que éste sí “puede elaborar una batería de instrumentos que tiendan a hacer reprimible lo que hasta ahora parece impune; y tiendan a prevenir lo que hasta ahora sólo parece algo destinado a una inocua represión”<sup>31</sup>.

Resulta indiscutible que el procedimiento administrativo es objeto de tramitaciones y decisiones poco transparentes. Así, se presentan procedimientos que visten de manera formal la atención a intereses particulares, clientelistas, ajenos a todo interés público, lo que supone un grado de agresión al ordenamiento y a los derechos de los ciudadanos. En realidad se utiliza el derecho y la legalidad como coartada de un

---

<sup>28</sup> Perez Cortes Maria Jeanneret de, *Función Pública, Ética Pública y Corrupción en organización administrativa, función pública y dominio público*, RPA, Buenos Aires, 2005, p. 649.

<sup>29</sup> Klitgaard Robert, *Controlando la corrupción*, Sudamericana, Buenos Aires, 1994.

<sup>30</sup> García de Enterría Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 3ra. edición ampliada, Madrid 1997, p. 82 y ss.

<sup>31</sup> Vanossi Jorge R., *Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción*, ED 149:745

fenómeno de corrupción, en particular en la selección del personal público y en los contratos administrativos<sup>32</sup>.

En el primer supuesto, la exigencia constitucional de idoneidad además de los requisitos establecidos reglamentariamente –basados en la capacitación, el mérito– están dirigidos a que lograr que los mejores sean los que puedan acceder a formar parte de la Administración. De ahí que la imparcialidad en los procesos de selección deba estar asegurada a través de la exigencia de parámetros objetivos. Sin embargo, la realidad suele mostrar desvíos, cuyo análisis no es ésta la oportunidad para abordar, aun cuando es evidente que el “direccionamiento” de los concursos, para favorecer a personas determinadas, suele ser la modalidad tradicional en estos procedimientos.

Estas prácticas causan un impacto negativo en la sociedad y en la propia organización (que deja de priorizar el buen servicio), aspectos que merecen recordar a Macarel en el siglo XIX, cuando se dirige a jóvenes estudiantes enviados por el Virrey de Egipto, para ser formados conforme al modelo de la civilización europea, las siguientes palabras: “Pero un principio que no solo debe tener lugar en las leyes secundarias, sino también en la Constitución misma, es el que declara la igualdad de todos los ciudadanos para desempeñar los empleos públicos. En efecto, nada ofende más al ciudadano que los privilegios y parcialidad en la distribución de esta especie de favores y el único medio de no llamar a su lado sino hombre dignos y capaces, es no vender los empleos sino la precio de los talentos y las virtudes (...)”<sup>33</sup>.

El segundo ámbito en el que la corrupción está presente, es el de las contrataciones administrativas, cuyo impacto económico-financiero lo reviste de una trascendencia particular. Incluimos tanto el procedimiento de formación del contrato, como su ejecución.

En el campo contractual, la legitimidad de cualquier decisión debe examinarse considerando, por un lado la obligación que pesa sobre la Administración de no incurrir en prácticas que impliquen comprometer intereses superiores, que ella misma debe preservar; y por el otro, que el contratista se comporte con diligencia, prudencia y

---

<sup>32</sup> Conf. Nevado-Batalla Moreno Pedro T., *Legalidad y buena administración...op.cit.*, p. 56 y ss.

<sup>33</sup> Extraído de Nevado-Batalla Moreno Pedro T., *Legalidad y buena administración...op.ci.*, p. 61/62

buena fe, en atención a su condición de colaborador de aquella en la realización de un fin público<sup>34</sup>

A título de ejemplo, en la República Argentina a nivel nacional, el Decreto 1023/01 estipula que es causal determinante del rechazo de una propuesta u oferta, en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno 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 descripta, a fin de que éstos 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 descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

*Son considerados sujetos activos de esta conducta quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, ya sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, factores, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos, o cualquier otra persona física o jurídica. Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aun cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa.*

Con similar temperamento, la Ley 25.188<sup>35</sup>, de Ética en Ejercicio de la Función Pública, exige entre los deberes y pautas de comportamiento ético, *observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia, razonabilidad* (art. 2 inc. a).

A su vez establece la incompatibilidad con el ejercicio de la función pública *dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga*

---

<sup>34</sup> Ivanega Miriam M., El principio de buena fe en los contratos administrativos, Revista de la Administración Pública N° 360, RAP, Buenos Aires, 2008. En ese sentido, respecto a una rescisión contractual: Causa “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentino SA y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo” del 18 de julio de 2002.

<sup>35</sup> B.O. 01/11/99

*competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades;* (artículo 13 inc. a)

Los actos emitidos por los sujetos alcanzados por la ley, dictados en violación de ese régimen, serán nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Y consecuentemente *las firmas contratantes o concesionarias serán solidariamente responsables por la reparación de los daños y perjuicios que por esos actos le ocasionen al Estado.*

Todos los países han dictado normas, con el objeto de regular conductas y sanciones en la materia con base en las convenciones internacionales contra la corrupción. Sin embargo, es indudable que la regulación jurídica no es suficientes, lo que ha llevado a que dentro de la doctrina argentina se llegara a considerar que la normativa también puede incidir negativamente sobre la corrupción.

En esa línea de pensamiento el profesor Hector Mairal señala de que el derecho además de ser instrumento a un sistema económico que fomenta el flagelo, “también puede actuar independientemente como factor de corrupción”. Esta paradójica situación, muestra que si bien la misión del régimen jurídico es coadyuvar en la lucha contra el fenómeno, en no pocas ocasiones obra de aliado<sup>36</sup>.

Base de esta tesitura son los cambios continuos normativos, que impiden conocer cual es el texto vigente; por la existencia de normas oscuras –o de validez oscura- que admiten varias interpretaciones; muchas veces es difícil o imposible cumplir con la norma o su costo de cumplimientos es muy elevado, poniendo en riesgo la continuidad de la conducta privada; la admisión por parte de la autoridad de que un sector social viole las normas y sancione un porcentaje reducido de incumplidores; en ciertos casos (como en materia ambiental) es más económico afrontar las multas que imponer las tareas que impone la ley. A esto suma, la magnitud de la discrecionalidad para actuar que se otorga a los funcionarios, lo que hace dificultoso su control y sanción<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Mairal Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción*, Cuadernos Res Pública Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007 p. 18

<sup>37</sup> Mairal Héctor A., *op.cit.*, p. 21/22

Las opiniones contrarias que se levantaron contra este criterio, apuntan a lo destructivo que implica desestimar la importancia de las normas. Se entiende que debe ser superada toda tendencia a la “anomia”, que facilita la corrupción; por eso debe insistirse “en la necesidad del *sometimiento a la ley*, que debe ser *igual para todos*”<sup>38</sup>.

Así, es imprescindible que la comunidad *en su conjunto* supere esa anomia y se comprometa con el cumplimiento de las normas, el respeto de las pautas y los principios éticos, “y que *asuma como propio* el objetivo de un bien común realizable, de una mejor sociedad posible. De otro modo no será factible enfrentar a la corrupción y a un entramado que incluye -como cómplices- a miembros de la clase política, funcionarios, empresas y particulares”<sup>39</sup>.

Pero es insoslayable que la conducta corrupta del agente estatal es interactiva con la del particular. Por ese motivo, “cuando se digitan licitaciones o concursos, se negocian indebidamente contratos, se eluden multas o inspecciones, se medra con las limitaciones financieras del tesoro público y las expectativas de los más necesitados, se evaden impuestos o de cualquier otra manera se consuman vínculos jurídico públicos espurios en perjuicio del bien común, la ética pública se viola, sin duda, por el funcionario, pero también por el ciudadano que compite en la licitación o concurso, negocia indebidamente el contrato, elude las sanciones, lucra insolidariamente a expensas del presupuesto público o evade la carga impositiva”<sup>40</sup>.

### III. Del control en general<sup>41</sup>

Poder y responsabilidad suponen control. Éste encuentra parte de la necesidad de garantizar el buen uso del poder, encargándose de hacer materialmente

---

<sup>38</sup> Jeanneret de Pérez Cortés, María, “Función Pública, Ética pública y corrupción”, en AA VV, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Jornadas Organizadas por a Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005, p. 649.

<sup>39</sup> Pérez Cortés María J. de, Función pública, op.y p. cit.

<sup>40</sup> Comadira Julio R., La Ética y el ciudadano común, elDial.com DC242

<sup>41</sup> Ivanega Miriam Mabel, Mecanismos de control y argumentaciones de responsabilidad, Ábaco, Buenos Aires, 2003, capítulo II.

comprobables los desvíos o transgresiones, permitiendo la asignación de responsabilidades personales concretas<sup>42</sup>.

Como el control y el poder son correlativos<sup>43</sup> e interdependientes, el primero constituye un límite del segundo; sin perjuicio de que constituya un poder en sí mismo.

Controlar al poder contiene cierta paradoja, pues como señala Diego Valadés la idea misma del poder parece no dejar mayores espacios para pensar en su control<sup>44</sup>.

El citado autor explica que la estructura constitucional de los controles debe atender tanto a las demandas reales de la sociedad como a las posibilidades efectivas del Estado y ello es posible en un sistema democrático en el cual el poder debe: a) estar distribuido; b) ser regulados en base a patrones de racionalidad; c) estar limitado temporalmente; d) ser accesible; e) ser predecible; f) ser eficaz; g) estar controlado. Condiciones todas, que deben estar equilibradas, cuya presencia permite contestar, en forma afirmativa, la pregunta de si es posible el control del poder<sup>45</sup>.

En ese sentido y partiendo de un concepto amplio, el control es un "...vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder"<sup>46</sup>.

Existe siempre un denominador común el control evita abusos. Pero, limitación y control no son lo mismo; están fuertemente implicados, en cuanto el segundo garantiza la vigencia del primero, poder limitado es poder controlado, pero son distintos, lo que se verifica en la existencia de diversos tipos de control, que abarcan sujetos, métodos y objetivos distintos<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup>Cortés de Trejo Lea Cristina, citando a Cayetano Licciardo en Tribunales de Cuentas, Contribuciones para un análisis crítico de la Ley 24.156, Municipalidad de Córdoba.

<sup>43</sup> Coincidimos con Márquez Gómez Daniel, Función Jurídica de control de la Administración Pública, UNAM, México, 2005, p. XVII

<sup>44</sup> Valadés Diego, El control del poder, Universidad Porrúa-UNAM, 3ra.edición, México, 2006, p.1. Señala el autor que la historia nos muestra que así como ha sido intensa la lucha por el poder, lo fue la lucha contra el poder. En el primer caso, se reconocen tres modalidades: el predominio del más viejo, del más fuerte y del más hábil; el segundo se caracteriza por manifestaciones diferentes pues o se procura la modificación del aspecto y contenido del poder, o se plantea su dilución, o la sustitución de un poder por otro mediante un desplazamiento violento. En una tercera dimensión se presenta la lucha interna, en el poder.

<sup>45</sup> Valadés Diego, El control..., op. cit., p.9

<sup>46</sup>Aragón Reyes, La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional citado por Jorge Lozano Miralles en Control, auditoría y fiscalización, Revista Auditoría Pública N° 3, España, 1995.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 64 y ss.

El control no forma parte solamente de un concepto político de la Constitución, como lo sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, “de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésa como norma”<sup>48</sup>.

Con prescindencia de sus variadas clasificaciones, el control público tiene un fundamento democrático y así para referirse al sistema de control de un país, es necesario partir de su realidad constitucional.

Como se expuso anteriormente esta función de control se manifiesta a través de diversos procedimientos y actos, que involucran un denominador común: la comparación de la actuación debida, con la real o efectiva.

Vigilancia, intervención, mando, veto, dirección, fiscalización, verificación, dominio, inspección, revisión, son algunos de los términos utilizados.

Sin perjuicio de que se pueda hacer alusión al control en general, lo cierto es que tenemos tantos tipos de control como calificaciones y normas legales existan; a lo que debe sumar las particularidades de cada país, que pueden identificarlo con una modalidad o mecanismo determinado<sup>49</sup>.

Por eso, a ese término le corresponden diversas voces con interpretación diferente<sup>50</sup>.

El fenómeno del control escapa al corsé una definición única conceptual, aunque no significa que posea una pluralidad de sentidos.

Complementario con ello, en las últimas décadas se ha tendido a reconocer dos cuestiones vinculadas con el control. La primera, señala que éste debe tender fundamentalmente a asegurar que las actividades de un ente público se lleven a cabo de la forma no solo debida, sino además deseada y que contribuyan a la consecución de los objetivos globales. En segundo término, se concibe que de una perspectiva racional

---

<sup>48</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>49</sup> Ivanega Miriam M., Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad, Edit. Ábaco, Buenos Aires, 2003 Cap.II

<sup>50</sup> Márquez Gómez Daniel, Función Jurídica...op.cit., p. 11 y ss

en la cual el control debe realizarse a través de mecanismos formales, se ha pasado a una macrosocial, en el cual aquel es el resultado de un entorno social y cultural<sup>51</sup>.

**Ahora bien, la experiencia nos indica que *a mayor cantidad de organismos de control, menores son los resultados óptimos que se obtienen de dicha función. Es decir, existiría una relación inversa entre “cantidad” de organismos y “producto”.***

Hablamos de “resultados óptimos”, porque no alcanza con la producción en masa de resoluciones, informes o formulaciones de cargo que luego no pueden concretarse; es imprescindible que el control cumpla con sus objetivos y utilice los medios idóneos para ello. Es decir, que sea eficiente y eficaz.

La paradoja que se presenta tiene origen en causas diversas, algunas intrínsecas a la organización del Estado y de la Administración Pública, otras ajenas a ellos, como políticas, sociales y hasta culturales.

A su vez, la influencia de factores políticos no es ajena a esa problemática, en particular en lo vinculado a la conformación de los organismos de control, pues la incidencia de esas causas afecta su independencia y neutralidad, y por ende los resultados de su actividad. Porque por sobre todo, el control no sólo debe buscar y fomentar la transparencia, “él mismo debe ser transparente, tanto en su ejecución como en sus resultados”.

Ningún sistema es perfecto, lo importante es comprender *para qué y para quién* se controla, y aquí nos enfrentamos con la preservación del Estado y de los intereses de quienes lo componen: la sociedad.

En definitiva, la función de control encuentra sustento en el propio Estado de Derecho, siendo el medio más eficaz y directo para lograr que la administración en su conjunto cumpla, debidamente, el fin de satisfacer los intereses de la comunidad.

Respecto a la transparencia pública, si bien todas las especies de control tienden a corregir errores y evitar abusos; su relevancia se ubica en un plano constitucional: que la sociedad conozca el grado de cumplimiento de las políticas públicas fijadas para un ejercicio determinado y el resultado del manejo de bienes y recursos públicos.

---

<sup>51</sup>Ver Joan M. Amat, en *Control de Gestión*, 4ta. Edición, España, 1998. Este autor, analiza la evolución del control y específicamente del control de gestión, desde cuatro perspectivas la racional, psicosocial, cultural y macrosocial.

#### **IV. El control público eficiente y eficaz. Críticas finales**

El control público está en crisis. Si bien sería injusto que ello se predicara de todos los tipos o mecanismos de control, existe esa percepción generalizada, que roza de alguna manera a la mayoría de las manifestaciones de tal actividad. En el caso de la República Argentina, aquella afirmación la sostenemos respecto del sistema de la Ley 24.156, Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional.

En esta ocasión, interesa apuntar algunas cuestiones del sistema de la Ley 24.156 -que dividió al control entre interno y externo- en cuanto al control de gestión y el control interno de la Administración<sup>52</sup>.

El control de gestión es una de las manifestaciones más importantes de estas últimas décadas. Superada la tendencia a efectuar controles formales, aquella modalidad permitió a los organismos competentes introducirse en la verificación y análisis de fines y objetivos.

La gestión comprende todas las actividades de una organización: a) el establecimiento de metas, b) el análisis de los recursos disponibles, c) la apropiación económica de los mismos, d) la evaluación de su cumplimiento y desempeño institucional y e) la adecuada operación que garantice el funcionamiento de la organización.

De ahí la importancia de esta modalidad que, en un sentido amplio, incluye no solamente las conocidas *3 E* sino *5 E*: economía, eficacia, eficiencia, entorno, equidad. En ese sentido, este control necesita que se matice entre lo que hay que hacer y cómo hacerlo, exigiendo objetivos claros así como un conjunto de sistemas adecuados para desarrollar las acciones.

Una parte significativa de las falencias en la gestión, y que se traduce en el cumplimiento deficiente de las competencias -con el consecuente perjuicio para la sociedad- se produce por la inexistencia o irregular implementación del control interno.

---

<sup>52</sup> Acerca de los tipos y clasificaciones del control, Ivanega Miriam M., Mecanismos de control...op.cit., Cap. II y II

Éste es útil para la consecución de los objetivos de las instituciones, y es un medio fundamental para prevenir y evitar problemas.

El control interno consiste en el conjunto de elementos materiales y también humanos interrelacionados, cuyas finalidades son asegurar: a) la veracidad de la información elaborada en el interior de una organización, que se utiliza como soporte de la toma de decisiones por parte de su nivel directivo, b) que la política del organismo sea ejecutada en forma correcta por las diferentes áreas y en los distintos niveles jerárquicos.

Correctamente diseñado y aplicado, proporciona una garantía razonable para el logro de: eficacia y eficiencia de las operaciones; confiabilidad de la información financiera; cumplimiento de las leyes, reglamentos y políticas. Estamos frente a un proceso, que llevan a cabo las personas que actúan en todos los niveles, no se trata solamente de manuales de organización y procedimientos; que aporta un grado de seguridad razonable, no la seguridad total, a la conducción.

Este tipo de control es exigible de toda gestión con el objeto de contribuir a la toma de decisiones y a corregir los desvíos y falencias una vez detectados. En la Ley 24.156 el sistema es complejo, entre la responsabilidad puesta en cabeza de las autoridades máximas de los organismos, las Unidades de Auditoría Interna y la Sindicatura General de la Nación.

Pero más allá del esquema que sirvió de antecedente para estructurar el régimen nacional y de las intenciones del legislador, la práctica nos muestra que el control interno que se supedita a los funcionarios políticos, desvirtuándose su naturaleza.

Las observaciones, recomendaciones, dictámenes, que los órganos y entes emiten en el ejercicio de su actividad de control, terminan por convertirse en una conformidad tácita o expresa de la gestión. La falta de independencia y el sometimiento a las líneas políticas, prescindiéndose de la neutralidad que el campo del control debe poseer, demuestran una realidad que no se ajusta a la legalidad.

No es posible culpar de esa situación, exclusivamente, a la forma de designación de quienes ejercen control interno, o a las relaciones orgánicas entre controlado y controlante, pues el mantenimiento de una actitud independiente, una posición de

objetividad, una conducta ética y una idoneidad técnica son elementos que garantizar el ejercicio legal y razonable de la competencia en esta materia.

Variadas fallas en el funcionamiento de la Administración, demoras en las tramitaciones, irregularidades en los procedimientos administrativos, insatisfacción de demandas sociales, podrían evitarse o por lo menos prevenirse, si el control interno actuara como retroalimentador de las políticas públicas.

Reiteramos las críticas que formulamos al funcionamiento del sistema general, entre ellas la influencia de factores políticos en lo vinculado a la conformación de los organismos de control (interno y externo), pues la incidencia de esas causas afecta los resultados de su actividad<sup>53</sup>.

En ese marco, un aspecto a destacar es el conflicto judicial que se planteó con motivo de la negativa de la Sindicatura General de la Nación a poner a disposición del público y de la Auditoría general de la Nación (organismo de control externo de acuerdo al artículo 85 de la Constitución Nacional y el artículo 116 de la Ley 24.156) sus informes y dictámenes.

En el caso<sup>54</sup>, el dato relevante es que la negativa de brindar información –no obstante la vigencia del Decreto 1172/03- partía de un organismo de control (la SIGEN), que se supone debe ejercer su competencia conforme a los principios constitucionales y entre ellos la transparencia. Y además, que esa información no era reservada, sino de libre acceso para el público y para el otro organismo de control, el externo, que la requería a fin de cumplir con sus funciones.

Esta neta contradicción entre el “deber ser” y el “ser”, se presenta en un ámbito de actuación, en el cual la publicidad de los actos de gobierno y el acceso a la

---

<sup>53</sup> Ivanega Miriam M. La administración pública del siglo XXI: Entre la utopía y la realidad, en Revista Jurídica La Ley, 2 de marzo de 2011.

<sup>54</sup> CNACAF, Sala II, Morales, Gerardo Rubén c/ E.N. -SIGEN- dto. amparo ley 16.986" del 14/09/2010. El señor Gerardo Rubén Morales, en su carácter de ciudadano y legislador nacional, promovió acción de amparo con el objeto de que ordenara a la SIGEN y/o en forma subsidiaria al Poder Ejecutivo Nacional, el cese de la violación al derecho de acceso a la información, poniéndose a disposición de la ciudadanía, en general, a través de su plataforma digital oficial, todos los informes producidos y aprobados por ese organismo con anterioridad a 2010 y los aprobados y a aprobarse con posterioridad a ese año, conforme lo venía haciendo hasta fines de 2009.

información son pilares y que además la justifican. El Tribunal interviniente hizo lugar a la demanda<sup>55</sup>.

Ello es muestra que, en ciertas oportunidades, los organismos de control persiguen detectar y hasta corregir irregularidades de naturaleza similar a las que él incurre.

Es decir que no cumple con los objetivos que exige del controlado: la eficiencia y la eficacia. Pero también objetividad, imparcialidad, neutralidad, razonabilidad. Por último, si bien en esta ocasión acotamos el planteo al control interno, esta falencia también la predicamos del control externo, cuya realidad merece un tratamiento particularizado.

---

<sup>55</sup> Puntualiza la Cámara: “...teniendo en cuenta que la pretensión formulada por el actor es que la Sindicatura General de la Nación ponga a su disposición los informes producidos, aprobados y a aprobarse por ese organismo, la sola condición de persona física del accionante otorga suficiente legitimación activa para la procedencia de la vía intentada con arreglo a los términos de las normas antes citadas”.