

SOBRE EL DISCURSO JURÍDICO ANTICORRUPCIÓN DENTRO DE UN SISTEMA QUE LA PROMUEVE¹.

Por ISAAC AUGUSTO DAMSKY²

Cuanto más corrupto es el estado, más leyes tiene
Tácito

I. Reflexión inicial.

Las últimas décadas han visto evolucionar discursivamente la extendida condena a la corrupción estatal y la preocupación por desarrollar prácticas de combate y mecanismos de prevención general. Ello se tradujo en el dictado de numerosas normas por las que se actualizaron inveterados principios y reglas al tiempo que se acopiaron otros nuevos en base a los cuales se implementaron medidas y resortes burocráticos potenciados en su difusión mediática, su edición en sitios gubernamentales de internet y su apertura actual en las redes sociales.

Enmarcan a este deseado contexto las anheladas ratios de transparencia de la organización pública, apertura a la participación de la sociedad civil, eficiencia del sistema de poder, eficacia en el ejercicio de las potestades y efectividad en la tutela de los derechos e intereses de la sociedad, dentro de una deseada concepción dialógica de gobierno abierto. La preocupación por los efectos devastadores de la corrupción estatal se encuentra presente en numerosos foros y agendas gubernamentales y académicas que funcionan como amplificadores de la actual estructuración del discurso condenatorio.

Estamos quizás ante un ciclo re-inaugural. Ante un comienzo -o un nuevo intento- respecto de un problema eterno atinente a las obscuras y universales pulsiones humanas magistralmente tratadas y cantadas por los clásicos. Estamos frente a una materia en la que los antiguos escritos recobran renovado vigor. Imposible no conectar la raíz profunda de la humanidad esencial de este problema con la “alegoría del carro” alado de Platón. O, por ejemplo, recreando algunos versos de los poemas de Hesíodo en “Los trabajos y los días”, al sentenciar “No aspire a ganancias ilícitas, porque equivalen a la ruina (...) Buena es la liberalidad; pero la rapiña es mala y mortal. Si

¹ Agradezco el honor que entraña la generosa invitación de los Profesores Guillermo Rizzi y Martín Espinoza Molla a disertar en la Universidad Nacional de La Plata en el marco de las actividades académicas que merced a su enjundia vienen desarrollándose y a escribir en ésta obra colectiva fruto de la iniciativa de mis distinguidos Colegas.

² Profesor Adjunto Regular por Concurso de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Miembro Fundador y Titular de la “Asociación Internacional de Derecho Administrativo” y de la “Asociación de Derecho Público del Mercosur”. Miembro Honorario de las Asociaciones Mexicana y Nicaragüense de Derecho Administrativo y de la Asociación Mexicana de Magistrados en lo Contencioso Administrativo. Miembro Titular del “*European Group of Public Law at European Public Law Organization*” (E.P.L.O.) y de su “*European Law and Governance School*”. Profesor Extranjero Invitado de Derecho Administrativo y del Patrimonio Cultural en Universidades Latinoamericanas y Europeas. Consejero Editorial Internacional de Revistas Jurídicas especializadas de Derecho Público en Colombia, México, Ecuador y de la Red Ius Publicum. (www.isaacaugustodamsky.com)

alguien da, aunque sea mucho, y por su propio impulso, se alegra de dar y está contento de ello en su corazón; pero el que roba escudándose en su impudicia, aunque sea poco, queda con el corazón desgarrado (...) Dulce es gozar de los bienes presentes y, cruel desear los de fuera (...) Evita una mala fama entre los mortales. La mala fama es peligrosa; se levanta fácilmente, se soporta con pena y se consigue difícilmente echar de sí. Cuando son pueblos numerosos los que difunden la fama, no perece ésta nunca, porque es también diosa (...) Dichoso aquel que, sabiendo todas estas cosas, irreprochables ante los dioses, se entrega al trabajo sin cometer falta alguna; observa los augurios de las aves y huye de las malas acciones”.

La invocación no es fortuita sino destinada a marcar que estamos frente a una cuestión consustancial al ser humano que requiere de un abordaje cuidado para procurar aventar las frecuentes manipulaciones mediáticas o sus frecuentes utilizaciones distractivas o persecutorias de un discurso anticorrupción que si bien registra avances y desarrollos aún pervive fragmentario en la superficie. Se multiplica en normas que no logran ni transformar ni prevenir el núcleo promotor de la corrupción. Se arroja en mecanismos que no impactan al interior del sistema de derecho público, que aún no inciden sobre sus reales condiciones de operatividad. Carecen de efectividad correctiva. No fortalecen ni mucho menos transparentan los consabidos y oscuros intersticios que perviven dentro del sistema de organización y funcionamiento del poder administrador en los que, en cambio, se anuda en toda su fuerza un núcleo operativo y discursivo profundamente arraigado en nuestras latitudes y largamente acuñado a través de la mala utilización de las arquetípicas nociones fundantes, técnicas y categorías acuñadas por la construcción clásica de nuestro derecho público sobre el que no se apreciaría tan osado enrostrarle fungir en los hechos como un instrumento eficaz de promoción de la corrupción.

La discusión sobre la corrupción estatal entraña una multiplicidad de conexiones que escapan largamente a este trabajo el cual solo pretende pasar revista al desarrollo de las normas anticorrupción para marcar su generalidad y baja efectividad en oposición a aquellos resortes, categorías y técnicas de actuación administrativa concretas que si bien resultan propias de un cuño clásico acaso superado por las nuevas racionalidades discursivas, su operatividad y efectividad se preserva inalterada y certera, acaso como intersticio blindado por el cual permea de manera específica aquello que el ordenamiento general declama combatir.

Sucede que en materia anticorrupción lo esencial no es invisible a los ojos. Sería deseable dotar de real operatividad sistémica a éstas nuevas racionalidades de transparencia, participación, eficiencia y efectividad mediante su interconexión al régimen jurídico de organización y funcionamiento de la administración pública. Acaso sea conveniente en concreto que estas ratios de anticorrupción se traduzcan en técnicas preventivas reales que impacten y transformen a los procedimientos administrativos, a los regímenes de contrataciones administrativas, a los elementos esenciales del acto administrativo, al ejercicio de las potestades, al control judicial amplificando su ámbito de intervención y a los sistemas de presupuestación pública, administración financiera y

control administrativo. Y es esperable que todo ello sea puesto al servicio no de la ocasional persecución o condenación mediática sino a la consecución de aquella alta finalidad pública constitucional de prosperidad o progreso para la mejor atención de las necesidades colectivas. De todo ello procuraré tratar a continuación.

II.- Una primera aproximación al eterno fenómeno de la corrupción.

Ciertamente hablar de corrupción es muy difícil, precisamente porque –tal como se sostiene en psicoanálisis- la posición enunciativa denuncia al sujeto. La historia reciente nos evidencia una miríada de políticos que construyeron sus carreras denunciando corrupción para luego volverse gobernantes corruptos. Es que en la propia posición enunciativa o denunciativa de ese sujeto inconscientemente suele estar denunciando su propia envidia de o ambición de o codicia por ocupar la posición que le permita enriquecerse. Por eso alguien puede estar denunciando la corrupción de otro pero ello solo estará encerrando el propio anhelo o deseo o la propia ambición de ocupar ese lugar.

En psicología el interés sobre el tema lo implica al emisor de determinado modo como sujeto. Una posición de denunciante sistemático crónico, como la vemos asumida en muchos políticos, marca cierto tipo de subjetividad, enmascara otro tipo de representación enmarcada en la envidia por lo que se está denunciando. El “interés por” suele marcar “algo” del sujeto. De allí la necesidad de ser muy mesurados y cuidadosos cuando hablamos de corrupción.

Por eso más que preguntarme ¿Porqué el hombre es corrupto? Empezaría mejor invirtiendo los términos: ¿Porqué alguien no es corrupto?; ¿Qué hace que alguien se frente ante la voracidad y la ambición desmedida de apropiarse de lo ajeno? Hay ciertos frenos que históricamente lo han tratado de impedir. En la antigüedad los preceptos religiosos de la cultura antigua tienen que ver con la generación de un estado de cierta inhibición de los impulsos para generar normas de convivencia –pasaje que Levi-Strauss trabaja en “naturaleza y cultura”³ o Freud en “el malestar en la cultura”⁴. En todo caso se trata de la internalización como bueno de un determinado plexo de valores que de la religión pasarán al universo simbólico de la ética para luego encarnarse en el derecho. Sentado ello corresponde decir que ésta última obra citada se la considera la exposición más completa de las ideas del padre de la psicología acerca de la historia de la humanidad -convertida en un clásico de la psicología- en la que puso al desnudo el irremediable antagonismo entre las exigencias pulsionales y las restricciones impuestas por la cultura, afirmando que nuestra especie ha pagado por el progreso el elevado precio de sacrificar la vida instintiva y reprimir la espontaneidad.

Desde ésta óptica, quizás el gran problema de la hipermodernidad –en los términos de Gilles Lipovetsky- sería la pregunta: ¿Qué es lo que frena al sujeto a

³ Levi-Strauss, Claude, “Las estructuras elementales del parentesco”, B.A., Paidós, 1969, ps. 35 en adelante.

⁴ Freud, Sigmund, “El malestar en la cultura” (1930), Traducción de Luis López Ballesteros, Barcelona, Reedición de Alianza Editorial, 2006.

apropiarse de lo que no es suyo? Porque hoy –subliminalmente- los valores se afincan en la rapidez, la inmediatez, en el goce instantáneo. La idea de valor como algo duradero está subliminalmente muy cuestionado. Hoy el ideario de la persona recta, está profundamente cuestionada porque es ineficaz al logro de ese fin. Hoy el subconsciente colectivo de la era de la hiperconectividad prioriza más el máximo aprovechamiento del presente que la proyección de un futuro duradero. Este contexto hace a un sujeto más vulnerable hoy a la corrupción⁵.

Creo que todos coincidimos en que la problemática de la corrupción en el estado es uno de los temas más delicados y escabrosos del moderno derecho público porque degrada a las personas e instituciones, porque sume en mayor pobreza a los más necesitados, porque alienta las peores prácticas empresariales llamadas “rent seekers” orientadas al desarrollo de un oscuro poder económico de “crony” capitalistas⁶ que se encuentran con gobernantes espúreos para juntos hacerse cada vez más poderosos y ricos porque no olvidemos, como decimos en Argentina, que la corrupción es como un “Tango” amargo, que se baila de a dos.

También creo que todos coincidimos en la importancia de las Convenciones Internacionales sobre la materia, tanto la Interamericana cuanto la de Naciones Unidas contra la Corrupción. Básicamente porque han puesto de relieve éste problema y han robustecido el desarrollo de un entramado normativo interno especial en cada Estado Nacional. Pero sin embargo encuentro que algunas de éstas previsiones quedan reducidas a pías expresiones de deseos, enmarcadas en un espejismo de meras formalidades, de reduccionismos simplistas y hasta de placebos. Hay quien podría arriesgar que el desarrollo normativo especial anticorrupción tanto en plano de las convenciones internacionales cuanto en los ordenamientos internos revisten carácter inocuo porque, precisamente, la corrupción no ha disminuido. No han revelado ser instrumentos eficaces de lucha contra la corrupción.

Podría también aventurarse que es una materia dominada por un discurso jurídico naif y ambiguo ceñido a una discusión y una construcción de un ordenamiento especial anticorrupción encerrado sobre si mismo y que no se proyecta ni se interrelaciona con aquellas técnicas y normas precisas que son las que alientan la corrupción. De esta manera el discurso jurídico anticorrupción es esencialmente dogmático y escasamente operativo porque prescinde de aquel dato central que presentaba Juan Ramon Capella: que el derecho y el poder contemporáneos son una entidad integrada por varios estratos superpuestos que evolucionan de manera desigual

⁵ Ampliar en: Lipovetsky, Gilles, “Los tiempos hipermodernos”, Barcelona, Anagrama, 2006.

⁶ Sobre las categorías “rent seekers” y “crony capitalism”, me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto, “Sobre los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina”. En E.D.A., BA, 2007-467. Y también en un anterior trabajo de quien esto escribe: “Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del Estado, crony capitalism y alteración de la gobernabilidad económica”. En Cienfuegos Salgado, David; Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (Coord.) “Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, p. 161 a 192.

en los distintos contextos históricos temporales formando el ordenamiento, disfuncional, que tenemos hoy⁷.

Por esto creo que al actual discurso jurídico hegemónico de combate a la corrupción, bien le cabe aquella provocadora ironía proferida por Groucho Marx al decir que “La política es el arte de buscar problemas, encontrarlos, hacer un diagnóstico falso y aplicar después los remedios equivocados”. Este es problema que a mi modo de ver aqueja al actual entramado discursivo y normativo anticorrupción, de suerte que el real combate a la corrupción pública debe darse no mediante la continuidad de desarrollo de nuevas convenciones y normas anticorrupción de carácter punitivo -que, si bien han sido un avance, hoy gozan solo de alta legitimidad mediática- sino por intermedio de la indagación de los ordenamientos preventivos particulares a partir de los cuales se la fomenta. Debemos intervenir sobre aquellas normas administrativas concretas que abren campo fértil a la corrupción.

III.- El desarrollo normativo anticorrupción.

El notable desarrollo del discurso jurídico e institucional anticorrupción posee entidad para erigirse en uno de los hitos constructivos del Derecho Público de estos tiempos, según aceptadamente se comparte. Por tal motivo procuraré pasar revista a los principales instrumentos siguiendo una correlación temporal.

III.1.- La Convención Interamericana contra la Corrupción.

Existe en nuestro país y también en América Latina un aceptado y generalizado consenso en afincar la exteriorización genética de este ciclo transformador en el impulso brindado por la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 promovida por la Organización de Estados Americanos incorporada a nuestro ordenamiento por Ley 24759 y, acaso, incardinada dentro de los destellos dialógicos inspiradores de algunos pasajes de la reforma constitucional argentina de 1994 que, acaso, prendieron en los textos constitucionales locales y su primer impulso legislativo autonómico porteño.

La importancia de la Convención fue largamente loada por la principal doctrina argentina en base a una multiplicidad de razones que exceden a este trabajo. No solo porque importó en concreto el reconocimiento y jerarquización de los principios de transparencia y eficiencia como objeto y finalidad de la gestión pública con mutación de las obligaciones de medios a resultados, sino —entre varias otras razones— principalmente porque se erigió en un relevante llamado de atención transnacional a través del cual se llamó a las cosas por su nombre. Se puso en palabras de un texto convencional que “el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública”. Y al mismo tiempo se reconoció la “necesidad de fortalecer la participación de la sociedad

⁷ Capella, Juan Ramón, “Fruta Prohibida. Una aproximación histórico- teórica al estudio del derecho y del estado”, Madrid, Trotta, 2001, pags. 12 y sgtes.

civil”, reforzando así la conexión conceptual entre los derechos de participación y la gestión pública que para mediados de la década de 1990 se encontraban circunscriptas a las audiencias públicas en materia de servicios públicos. La importancia de ésta conexión –insisto, entre muchas otras- se afínque, acaso, a modo de raíz de las prácticas que hoy se denominan Gobierno Abierto. Propongo tratar alguna de sus previsiones centrales acaso más afines a las inveteradas técnicas de gestión administrativa en apoyatura de mis apreciaciones generales que enmarcan esta aportación.

El articulado de la Convención, tras definir en su artículo I su alcance personal al establecer una noción orgánico-subjetiva de función pública y funcionario, destacará en su artículo II.1, en lo que aquí nos interesa, entre sus finalidades la de “1. Promover y fortalecer el desarrollo (...) de los mecanismos necesarios para prevenir (...) y erradicar la corrupción”. Para ello especificará en los párrafos 5º, 6º y 11 de su artículo III dos órdenes principales de medidas preventivas a cargo de los Estados, que me interesa especialmente destacar.

En primer lugar, su párrafo quinto estableció la obligación interna – profusamente comentada por la principal doctrina nacional- de desarrollar “Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia”. Y en su párrafo sexto “Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado”. Tal como ya lo ha explicitado la principal doctrina nacional, éstas cláusulas constituyeron un notable avance al jerarquizar al principio de eficiencia, convertirlo en regla y atribuirle una máxima sustantividad con entidad para trastocar los alcances de las obligaciones estatales y del ejercicio de las potestades públicas. Sin embargo, en los hechos, dada la generalidad de su redacción –y acaso cierta ambigüedad propositiva- sus déficits de certeza y necesidad de un aceptable grado de especificidad de sus contenidos y objetivos determinó que su operatividad resulte difusa y errática porque en concreto no ha impactado en aquellas inveteradas técnicas e institutos concretos del ordenamiento interno que sirven de sustento a prácticas de corrupción. Y aquí uno de los aspectos más delicados que son denominador común de todo el conglomerado normativo anticorrupción: no se formulan con un aceptable nivel de especificidad por intermedio del cual se provean atributos adecuados de operatividad.

Estos déficits permitirían ensayar una explicación en torno a las dudas sobre la real efectividad de toda esta miríada de normas que, si bien son un avance indudable, aún no han logrado encarnarse en un sistema efectivo pues los márgenes de reducción de corrupción distan aún de ser aceptables. Veamos. Si leemos la norma comentada, fácil será comprobar que las normas clásicas en materia de procedimientos de selección afincadas en los tradicionales reglamentos y regímenes de contrataciones estatales – asentadas sobre postulados de publicidad, igualdad y concurrencia- no distan de satisfacer el estándar apuntado. Sin embargo, aún así, aún en el marco de sustanciación de los clásicos procedimientos selectivos, la corrupción no solo dista de ser erradicada sino que es moneda corriente, por lo cual el propio sistema lejos de combatir canaliza la práctica corrupta y ello se debe a que las categorías y técnicas contenidas en normas

concretas, centrales y troncales, que posibilitan manipular el sistema permanecen intangibles. Aunque resulte una paradoja, en anterior ocasión tuve oportunidad de explicar de qué manera el instituto de la licitación pública, a pesar de éste conjunto de normas anticorrupción, sigue siendo fuente de corrupción, a tal punto que no resultaría osado sostener bajo criterios de realidad que la regla de eficiencia llegaría en ciertos casos a resultar más observada y honrada dentro de algunas prácticas – extendidamente denostadas por la doctrina- vehiculizadas a través de mecanismos informales –como los denominados legítimos abonos- que en aquellos arropados para el manto immaculado del principio de legalidad en materia de contratación administrativa, porque precisamente, bajo un criterio de realidad tales resortes informales muchas veces posibilitan la atención de necesidades concretas en tiempo real y a menor precio porque, acaso, conspiran contra las prácticas de cartelización de los mercados licitatorios en los cuales la realidad indica que por fuera del órgano licitante se lleven a cabo mecanismos arbitrarios de estructuración de las reales bases y condiciones y formación de precios por quienes resultarán los reales prestadores –pues es un secreto a voces que la adjudicación real de determinados segmentos áulicos de la contratación son dirimidos por fuera del sistema público el que a lo sumo operará como legitimador de acuerdos a los que la organización pública resultará ajena. (citarme)

En segundo término, la Convención conectó a los derechos de participación con las técnicas de prevención de corrupción, al establecer la obligación de los estados internos de contar con “Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”. Esta previsión ha sido de importancia pues ha expandido el ámbito que hasta entonces se le reconocía a los derechos de participación. La convención conectó derechos de participación –y en su evolución actual corresponde añadir también a los derechos de acceso- con mecanismos efectivos de control tanto de los procedimientos de selección y como de ejecución de la contratación pública. Esta conexión, novedosa para entonces si bien afín a los postulados democrático participativos consagrados en los distintos tratados internacionales de derechos humanos, concurrió y concurre a coadyuvar en la expansión del ámbito de los derechos, la morigeración y apertura de las categorías de legitimación procesal tradicionalmente cerradas y, muy probablemente, impactará en las categorías troncales de nuestro derecho público abriendo nuevos cauces de actuación efectiva a la sociedad civil y, en ello, acaso a modo de anhelo lo diré, posibilitando una nueva legitimidad del sistema.

III.2.- La incidencia de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su inaugural producción normativa en el combate a la corrupción.

En el marco descripto, la contemporánea Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996 fue un buen ejemplo del cuadro expuesto. Nótese que ya en su artículo primero consagró a los principios de participación y publicidad de los actos de gobierno como pilares de la nueva legitimidad democrática. Expresamente estatuyó que la Ciudad de Buenos Aires “organiza sus instituciones autónomas como

democracia participativa”, coherente con ello edictó que “todos los actos de gobierno son públicos” y por intermedio de su Título segundo sobre políticas especiales propició la reconfiguración de las tradicionales políticas públicas, que hasta entonces resultaban teorizadas dentro del imperio de la zona de reserva, en derechos cuya garantía de aseguramiento se exigía a la administración. Todo ello resultó novedoso pero al mismo tiempo no dejaba de asistirle razón a aquellos sectores doctrinarios tradicionales que, bajo un cariz clásico, aconsejaban mesura y prudencia a la hora de ponderar este desarrollo pues sostenían –en base, también, a criterios de realidad situada- que lejos de operarse un trastocamiento del sistema se estaba tan solo frente a un decálogo de piadosas intensiones. El desarrollo de estos últimos veinte años atribuye su cuota de razón a ambas posiciones por igual.

Las primeras plasmaciones normativas que merecieron los apuntados fulgores participativos –si bien les cabe acaso cierta tacha de tinte declamativo y fragmentario, para lo cual le reconozco su cuota de razón a los sectores más conservadores- se hallan inscriptas en la incipiente Ley 6 de la Ciudad de Buenos Aires sobre Audiencias Públicas o en la Ley 70 sobre Administración Financiera y en su celebrada Ley 104 sobre acceso a la información pública, entre otras. El inicial fragor porteño embriagado de hálitos de transparencia e interpretación evolutiva y humanitaria de los derechos humanos impregnó el espíritu y también algunas letras del articulado de ciertas pero no todas las normas troncales del nuevo diseño institucional.

Corresponde señalar una crítica –la misma apuntada para la Convención- a la técnica legislativa de este primer desarrollo normativo de tinte participativo. Y ella se afina en el carácter genérico y ambiguo enrostrable a estas normas en las que principian consagrando las reglas de la transparencia, la eficiencia y la participación jerarquizándolas a auténticas finalidades de Estado y fundamentos de legitimidad pero luego, el propio legislador, omitió u olvidó reflejarlas y plasmarlas en el articulado concreto y específico privándoles de efectivas condiciones de operatividad mediante las cuales cada una de las técnicas tradicionales de actuación administrativa pudiese verse trastocada, actualizada o reeditada en concreto. Se declamaron éstos nuevos principios, pero se mantuvo el sistema anterior, propio y afín a los cánones clásicos de organización y funcionamiento del aparato administrativo. Quizás corresponda no ser tan severo. Acaso baste con preguntarnos si es que en realidad el legislador no haya sabido cómo hacer.

Un ejemplo normativo grafica el cuadro expuesto. Se encuentra en dos normas troncales en lo que atañe al tema que nos toca. La ley 70 de Sistemas de Administración Financiera y la Ley 2095 de Compras y Contrataciones. Precisamente, aquella ley fundamental en materia de diseño de los sistemas de presupuestación, contratación, gasto y control de su ejecución y aquella otra que debiera fungir de contenedora de los apuntados principios de la Convención. Es decir, las normas que debieran haber receptado con minuciosidad y especificado al detalle aquellos altos principios de eficiencia, transparencia y participación para así contener provisiones que posibiliten la real implementación de técnicas nuevas que, a modo de razonada derivación sistémica

de tales principios fundantes, hubieren posibilitado una real implementación de tales anheladas finalidades. Es decir, si de lo que se trata es de prevenir la corrupción con criterios de realidad, es aquí, en esta norma troncal en la cual deben estructurarse de manera específica, sistémica y metódica las normas que posibiliten en concreto brindar operatividad y certeza a los mecanismos reales de interdicción y prevención de la corrupción. Propongo adentrarme brevemente en ellas.

III.1.1.- La Ley 70 de Administración Financiera y Sistemas de Control.

Respecto de la primera, la Ley 70⁸, corresponde decir que principiará -con énfasis- su articulado consagrando en su artículo tercero que el sistema de control público se asienta en *“la obligación de los funcionarios de rendir cuentas”*, emulando así –o acaso fungiendo de contracara de- aquél *broccardo* revolucionario francés contenido en el artículo décimo quinto de la Declaración de los derechos del hombre y el del ciudadano del 26 de agosto de 1789, que proclamaba: *“La sociedad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su administración”*. Luego, la ley 70 proseguirá con el mismo ahínco estableciendo en su artículo noveno que: *“Se garantiza la participación de la población en la elaboración y seguimiento del Presupuesto Anual, del Programa General de Gobierno y del Plan de Inversiones Públicas del Gobierno de la Ciudad a través de foros temáticos y zonales (...)”*. También consagrará de manera indubitable en su artículo décimo que *“Los sistemas establecidos y regulados por esta Ley y toda norma que se dicte en consecuencia tendrán en consideración las prioridades de asignación de recursos elaboradas por instancias de participación de la población”*. Y finalmente llegará a establecer en su artículo 29 que *“El presupuesto de la Ciudad de Buenos Aires, tiene carácter participativo, el cual se garantiza mediante la consulta a la población en el proceso de elaboración y seguimiento”*.

Sin embargo, más allá de estos altos anhelos de apertura y participación el articulado comenzará progresivamente a omitir su pormenorización, precisamente, en aquellas normas en las cuales debieran de haber estado previstos. Buen ejemplo de ello lo constituyen los denominados *“objetivos de los Sistemas de Gestión Pública”* trazados en su artículo doce, orientados a proveer de datos, metodología e información *“necesaria para que las decisiones públicas se tomen siguiendo los principios de economía, eficacia y eficiencia”*, más no en el principio de participación, cuya falta de mención, ahora sí, a partir de aquí –excepción hecha del apuntado artículo 29- comenzará a ser notoria y absolutamente extraña a los seis sistemas de Administración Financiera que luego desarrolló la ley -a partir de sus artículos 26 en adelante- entre los cuales se cuenta, ciertamente, el sistema de compras y contrataciones sobre el cual corresponde tratar si de prevención de actos de corrupción se trata.

⁸ Respecto de los objetivos de la ley 70 en orden a su carácter participativo y el control público me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto, *“La Jerarquización Constitucional del Control en la Ciudad de Buenos Aires. Sobre la Auditoría General. Análisis del sistema y breve referencia al control del financiamiento de la actividad política”*, V.V.A.A. *“Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”*, Bidart Campos, Germán –Gil Dominguez, Andrés, Coordinadores, B.A., EDIAR, 2001, ps. 277 en adelante.

Así, resulta elocuente que para cada uno de los sistemas se prevé un Órgano Rector en el que se concentran, como resorte exclusivo y cerrado, las potestades decisorias de cada uno sin reconocer, sin prever y sin incluso mencionar la posibilidad de mecanismo o instancia participativa alguna. Ejemplo de ello es lo que acontece en: el artículo 14 en materia del órgano rector de los Sistemas de Programación de la Acción de Gobierno y del de Inversión Pública. O en su artículo 39 respecto de la consagración de la Oficina de Presupuesto como el órgano rector del Sistema Presupuestario del Sector Público.

Aquí encontramos una notoria contradicción del sistema rayana con el sarcasmo porque, precisamente, el presupuesto que tantas veces se declamó y edictó como Participativo resulta ahora –por mandato expreso de sus artículos 48, 49 y 50- resorte exclusivo del Poder Ejecutivo, en orden a “*determinar los lineamientos generales del proyecto de ley*” sobre la base exclusiva de “*los anteproyectos preparados por las jurisdicciones y entidades*”, debiendo “El Poder Ejecutivo” presentar el Proyecto de Ley de Presupuesto General a la Legislatura, antes del 30 de septiembre del año anterior para el que rige”. Tal es lo dispuesto por las normas citadas. Así, el mentado presupuesto participativo se encuentra desvinculado y deviene un mecanismo que no se encuentra obligatoriamente integrado a las formas esenciales previas a la emisión del proyecto de ley ni tampoco a su debido trámite legislativo ulterior. Lo propio acontece en materia de cierre de cuentas con motivo del cierre del ejercicio presupuestario. Es que el último párrafo del artículo 70 es prístinamente claro al disponer que la información reunida al cierre es “*centralizada en la Contaduría General para la rendición de cuentas del ejercicio que debe remitir anualmente el Poder Ejecutivo a la Legislatura*”.

Huelga decir que ningún atributo exterioriza el sistema en orden a concretar reivindicación alguna de aquel mentado *broccardo* revolucionario francés atinente al soberano derecho del pueblo a la rendición de cuentas de sus administradores, el cual, así las cosas, quedará reducido a la *futilidad de las bravatas retóricas*. Corresponde decir que ésta norma escogida a modo de ejemplo destinado a graficar o validar mi afirmación viene a demostrar que más allá de las declamaciones de participación y transparencia, los sistemas troncales de gestión pública permanecen cerrado. Y ello es así, precisamente, porque todos los mecanismos tradicionales existentes han sido pensados y plasmados desde una acertada –pero opuesta a la nueva racionalidad- concepción clásica del Derecho Administrativo en la cual se cristalizaron como atributos del poder estatal. No obstante ello, desde larga data vengo propiciando que tales apuntados déficits pueden encontrar resolución a partir del orden público supranacional de los derechos humanos –llamado a reordenar el sistema- a partir del cual es posible reconocer derechos de participación y acceso de carácter operativos⁹.

⁹ Me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto, “Los derechos de participación en el control administrativo del sector público a partir de la reforma constitucional de 1994”, en V.V.A.A., Bidart Campos, Germán – Gil Dominguez, Andrés, “A una década de la reforma constitucional”, BA, EDIAR, 2004, ps. 171 en adelante.

III.1.2. La Ley 2095 de compras y contrataciones.

Lo propio acontece en la Ley 2095 de compras y contrataciones de la Ciudad. Si bien comporta una estructura afín a las previsiones del régimen nacional contenido en los Decretos 1023/2001 y 1030/2016 en orden a la implementación de tipologías y modalidades contractuales más dinámicos y actuales¹⁰, se mantiene, en cambio, dentro de la sustancia procedimental clásica cerrada –por ende, no participativa- de concentración de potestades licitatorias y de ejecución contractual de dirección, control, interpretación, sanción y extinción de procedimientos y contratos, en cabeza –ora- de Órgano Rector –ora- de Unidades Operativas de Adquisiciones –honrando el mandato de centralización normativa y descentralización operativa (dicho sea de paso) siempre interna, cerrada y no abierta- con el consecuente mantenimiento del consabido muy estrecho margen de actuación de derechos de petición y acceso –propios de la dogmática licitatoria tradicional- restringidos a los sujetos legitimados clásicos del procedimiento administrativo tradicional afincados en los estrechos –y por demás superados- confines de los derechos subjetivos y los “*incierto*” intereses legítimos.

Entonces, ambas normas tienen en común el hecho de que verifican la paradoja apuntada: un grandilocuente enunciado del principio de participación que luego no encuentra ni eco ni especificación concreta en su articulado el cual, por lo demás, modula y resuelve por remisión a las consabidas técnicas generales y tradicionales del procedimiento administrativo clásico. Veamos con algún detalle posible como se manifiesta esto en la ley local de compras.

Esta norma también principiará -con énfasis- su articulado declamando en el *inciso octavo de su artículo séptimo* que “*La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y (...) la utilización de las tecnologías informáticas que permitan (...) facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión (...) de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad*”.

Y rematará en el párrafo final del mismo artículo séptimo la siguiente admonición: “*Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden (...) los que servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de la presente ley y como parámetros para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables*”. Pero al no prever la inclusión y desarrollo sistemático de mecanismos y resortes apropiados de actuación del derecho de participación que posibiliten vehiculizar una gestión abierta, éstos, en la cotidianeidad de la actuación concreta, se tornan ilusorios.

¹⁰ Para una aproximación al nuevo régimen legal de las compras y contrataciones de la Ciudad de Buenos Aires, se recomienda ampliar en: Carballo, Federico y Rabinovich, Alejandro, “El sistema de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis doctrinario, jurisprudencial y normativo”, BA., Ed. Jusbaire, 2016. En especial su Capítulo Primero “Régimen de Compras de la CABA. Cuestiones Iniciales”, ps. 17 en adelante.

Buen ejemplo de ello lo constituye la cláusula de ronda de consultas y elaboración participada de pliegos de bases y condiciones. Así, su Artículo 88 establece como resorte exclusivo de la autoridad la facultad de convocar a una “**etapa previa (...) para que los interesados formulen sugerencias y observaciones al pliego**”, cuando la complejidad o el monto del procedimiento de selección lo justifiquen, ciertamente, a exclusivo criterio de la autoridad. Vale decir, la participación, en estos cánones, es entendida solo como un resorte, un recurso más del que cuenta el Poder, mas no como un derecho exigible puesto que no conlleva ningún atributo operacional propio de los procedimientos y sistemas abiertos.

Para comprobar esta aportación baste detenerse en la contracara de esta instancia abierta. Me refiero a lo dispuesto en el artículo 83 sobre los recaudos de tramitación de las observaciones e impugnaciones.

Dispone la norma que “**toda observación, impugnación, reclamo o presentación similar (...) debe ser tramitado conforme las disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad**”. Se restituye así a las formas clásicas de actuación del derecho administrativo tradicional en el cual tenemos que: **1º)** se reconocerá solo un estrecho derecho a peticionar y recurrir, enmarcado dentro de los cánones del debido proceso adjetivo el cual por ser anterior en su evolución – me refiero al derecho a peticionar como un estadio anterior a los derechos de participación y acceso- no será susceptible de contener a éstas nuevas formas abiertas de expresión; **2º)** que como corolario de lo anterior cualquier pretensión impugnatoria solo podrá ser deducida por quien encuadre dentro de las estrechas categorías de legitimación procesal clásicas afinadas en el ideario del derecho subjetivo pero muy difícilmente resultará formalmente admitido quien invoque intereses o derechos colectivos; y finalmente, en **3º)** lugar dado que la participación si bien es declamada como principio y como derecho, al no encontrarse entrelazada con efectividad y vinculatoriedad a los procedimientos de formación de la voluntad estatal, no se encuentra por ende erigida como un atributo o exigencia de los debidos procedimientos previos, esenciales y sustanciales previstos en la norma ni tampoco integrada a las formas esenciales de validez del contrato administrativo.

Se verifica la contradicción apuntada en la cual la participación se declama pero no se entrelaza ni como derecho, ni como instancia previa, obligatoria, efectiva, ni mucho menos vinculante ni tampoco bajo cariz o apariencia instrumental dentro de los procedimientos ni de formación ni de ejecución contractual.

Baste asimismo con reparar en que el así denominado “criterio rector” del sistema de contrataciones de la Ciudad, tal como reza el artículo 16, propicia un sistema cerrado, sin ningún atributo participativo dado que es explícito al reconocer que se “**organiza en función de los criterios de centralización normativa y descentralización operativa**” basado en las exclusivas ratios “**de economía y eficiencia**” pero sin ninguna mención al principio de participación, todo lo cual implica, como abiertamente se reconoce en su artículo 17 que el sistema “estará

integrado por un Órgano Rector y Unidades Operativas de Adquisiciones”, vale decir, mediante el tradicional mecanismo de organización administrativa cerrada propio y coherente con los cánones del Derecho Administrativo Clásico para el cual la idea de participación resulta contraria a sus objetos, técnicas y finalidades de actuación.

A éste énfasis constitucional porteño inicial, acaso exaltado de participación y vecinalismo no le sucedió un ordenamiento administrativo particular susceptible de contener sostenidamente aquella efervescencia pluralista que, acaso, solo haya logrado reinar fugazmente en los primeros articulados de sus normas fundantes plasmándose en las consabidas fórmulas tratadas que luego resultaron acalladas bajo la métrica del mismo ordenamiento administrativo anterior, de cuño tradicional y clásico, consabido y consolidado en el nivel federal y de fuerte arraigo institucional pero que, acaso, poco o nada tenga que ver con la nueva racionalidad aspirada por las Convenciones Internacionales contra la Corrupción.

III.2.- Ética Pública.

Dentro del contexto apuntado se desarrolló el denominado Código de Ética en la Función Pública aprobado por Decreto 41/1999, luego la Ley 25188 de 1999 sobre Ética en el ejercicio de la función pública y su modificatoria, la Ley 26857 en orden al régimen de declaraciones juradas. Constituyeron un reflejo tangible de este hito fundacional y la matriz de estas normas se encuentra también atravesada –tal como acaso reconoce el propio artículo primero de la Ley- por un decálogo de conducta y deberes unido a un conjunto de prohibiciones, incompatibilidades y conflictos de intereses ora de tinte sancionatorio ora de índole penal, con un sistema de monitoreo formal asentado en su régimen de declaraciones juradas y de tratamiento de obsequios a funcionarios públicos. Si bien excede en mucho a este trabajo adentrarnos en un análisis exhaustivo, dado que además se cuentan con una muy vasta producción doctrinaria entre las elaboraciones de especialistas y los documentos de consultoría, lo cierto es que éste conglomerado normativo desarrollado arroja un saldo positivo en términos de transparencia y difusión a la opinión pública de la evolución patrimonial de buena parte del funcionariado. Ello es un notorio avance. Se ha ganado en transparencia. Pero aún queda mucho por hacer.

Aún no es posible hablar de un sistema legal de ética pública porque no se encuentra interrelacionado con el régimen de la función pública, porque desde lo subjetivo tampoco se prevén mecanismos participativos por intermedio de los cuales se reconozca a la ciudadanía resortes procedimentales para lograr el efectivo cumplimiento en tiempo real de los deberes, prohibiciones y sanciones contenidos en estas normas. Y desde lo objetivo, el régimen de ética pública no se encuentra interrelacionado con los sistemas de gestión pública y control.

Un ejemplo grafica lo expuesto y se aprecia en su total extensión en el carácter genérico, reiterativo o acaso algo tautológico o superfluo que se advierte en algunos de los nueve deberes y pautas de comportamiento ético contenidas en el artículo segundo de la Ley, agravado por la ulterior falta de desarrollo de previsiones concretas a lo largo

de su articulado por intermedio de las cuales se pudiere haber enriquecido a las normas troncales a las cuales apuntan tales deberes. Veamos brevemente algunos supuestos. Su inciso a) que establece el siguiente deber ético: “Cumplir y hacer cumplir estrictamente Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno”. O su inciso b) que casi reiterando lo dicho en su anterior, pero utilizando otras expresiones, profiere la manda de: “Desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana”. También podríamos citar su inciso h) al mandar “Observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia razonabilidad”. ¿Es que acaso esto mismo no se ordena ya en el texto constitucional, en las normas troncales de organización y funcionamiento o en los propios reglamentos de contrataciones administrativas?

Quien esto lea advertirá que tales mandatos generales se encuentran largamente especificados en previsiones cardinales de orden superior y de derecho positivo general y especial por resultar principios fundamentales sobre los que se ha edificado el Estado moderno desde la revolución francesa a esta parte. Quiero decir sin ambages que se trata de previsiones innecesarias.

Es que una crítica que todos compartimos y por la que muchos descreen de estas normas se asienta en el siguiente señalamiento. El valor agregado de una norma de estas características no se determina por la reiteración de consabidos principios y valores sino por la contribución instrumental que pueda aportar mediante el desarrollo de instituciones, técnicas, categorías, mecanismos o resortes –sean procesales, institucionales, mecánicos o tecnológicos- por intermedio de los cuales se permitan accionar tales resortes efectivos que debiera proveer la ley—sea de oficio o a petición de partes o mediante herramientas participativas- frente al caso concreto para así satisfacer las ratios de tales altos anhelos, en cada situación institucional concreta en la que se verifiquen desvíos o para preverlos. Todos sabemos que es innecesario reiterar un gran principio sino concretamos una aportación técnica que consista en un avance concreto en cada uno de los sistemas de gestión.

La utilidad de una norma de éstas se mide por la modernización y optimización concreta que pueda operar sobre los procedimientos de fondo que fungen como reales facilitadores de corrupción. También sobre el fortalecimiento institucional que permita un mayor incremento tanto de los mecanismos de control efectivo en tiempo real de los organismos de control o mediante el fortalecimiento del control por oposición y la independencia de criterio de los órganos intervinientes en las “cadenas de firmas” orientados a robustecer un casi inexistente ambiente o entorno de control o un empoderamiento ciudadano efectivo exteriorizado en mecanismos de participación reales y tangibles. La norma, más que declamar consabidos principios, debiera incorporar modernos mecanismos y resortes que desarrollen garantías que posibiliten a sus destinatarios, la sociedad civil, operarlas sin cortapisas para en tiempo real obstruir la corrupción.

Fácil es advertir que éstas normas no poseen virtualidad ni para impactar, ni para modernizar y menos aún para corregir o modificar a aquellas normas troncales administrativas que facilitan a la corrupción tales como los reglamentos de contrataciones, las normas de gestión y administración financiera o el procedimiento administrativo, todas ellas asentadas sobre una notoria e injustificada –según los cánones actuales- estrechez del control efectivo, una pervivencia de zonas de reservas arropadas dentro de los dogmatismos de una discrecionalidad mal entendida en la que se erigen quasi omnímodas potestades e incausados privilegios estatales o las cortapisas a la efectividad del control judicial.

Merece destacarse entre otros desarrollos contemporáneos al régimen de ética pública que, si bien cercanos en el tiempo y afines a la promoción de la transparencia e interdicción de la corrupción, no alcanzaron jerarquía legal o trasuntaron parciales reconocimientos reglamentarios con errática efectividad como el caso del Decreto 229/2000 creador del programa “Carta Compromiso con el Ciudadano” o el esperanzador Decreto 1172/2003 mediante el que se desarrolló un colectivo de “reglamentos generales” para audiencias públicas, publicidad de la gestión de intereses, elaboración participativa de normas, acceso a la información y reuniones abiertas. Con independencia de la dispar valoración que mereció la cuestionada eficacia de tales instrumentos, cierto es que conformaron un paso adelante porque comenzaron progresivamente a merecer la atención de las agendas gubernamentales, al tiempo que trasuntaban frutos incipientes de un activismo e impulso de larga data de organizaciones nacionales e internacionales de la sociedad civil.

III.3.- La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Fue así que en 2003 se llegó a una nueva instancia de solidificación de esta arquitectura de la transparencia por intermedio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción internalizada en 2006 mediante la Ley 26097. El instrumento constituyó un muy significativo avance por su complementariedad, profundidad y especificidad de sus previsiones; amplió el ámbito de normación y, en ese orden, estableció nuevas conexiones que ya se advierten trazadas en su preámbulo al reconocer “vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero”, todo lo cual ampliará los confines de ésta cuestión al conectar de manera indisoluble al estudio de la materia anticorrupción las cuestiones atinentes al lavado de dinero por lo cual, hoy, todo abordaje integral de la materia anticorrupción ha de incluir a los términos, técnicas y categorías de prevención de lavado de activos.

Se verifican al menos dos grandes directrices normativas que atraviesan a todo el articulado de la convención como mecanismos idóneos destinados a transparentar la gestión: la participación y la objetividad. Por la primera se propicia la implementación de mecanismos que posibiliten el desarrollo de los derechos de participación entendidos como fuente de legitimidad subjetiva de las decisiones estatales. El segundo, postula el

desarrollo de criterios objetivos de adopción de decisiones en estatales como base de legitimidad de los procedimientos administrativos.

Respecto de la participación tenemos que el artículo primero de la Convención es de importancia porque conecta especialmente con la ya mencionada previsión de desarrollo de mecanismos efectivos de participación ciudadana para la prevención de actos de corrupción, prevista en el párrafo 11 del artículo 3° de la anterior. Nótese que establece en su inciso b, como finalidad la de “promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos”.

Ésta fórmula se contiene en el artículo quinto, párrafo primero, sobre políticas y prácticas de prevención de la corrupción, al establecer: “Cada Estado Parte (...) formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas”.

Y en su artículo décimo relativo a información pública, reafirmará este cariz participativo que atraviesa a toda la Convención al prever en su inciso b) la manda de simplificación de los procedimientos administrativos orientada a “facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones”. Sin duda pareciera propiciar que la legitimidad de las decisiones de gestión pública actual debe afincarse en prácticas participativas mediante las cuales se desarrolle un nivel adecuado de integración de los particulares.

Y luego se desarrolla en su artículo décimo tercero “participación de la sociedad”, destacándose la apertura y especificación normativa orientada a exigir a los estados la adopción de medidas adecuadas para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción”. La norma especifica tres elementos de importancia: primero, que la participación ha de abrirse a las personas y a todos los efectores de la sociedad; segundo, que ésta participación ha de ser “activa” lo cual pareciera indicar que debiera resultar investida de algún atributo vinculante. Ello es de importancia porque uno de los grandes déficits operativos de los mecanismos de participación en nuestro país es su ausencia de virtualidad y vinculatoriedad. Tercero, que se especifica que esa participación abierta y activa ha de orientarse a la prevención. Es decir, ha de ser oportuna, ejercida en tiempo real mediante un ejercicio concomitante o previo de tales mecanismos de participación y acceso. De allí que requiera a renglón seguido: “promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones”.

En este marco, bajo tal impronta, podría afirmarse sin hesitar que el reconocimiento de los derechos de participación y acceso conforman una razonable contracara de la obligación de rendición de cuentas. Esto es importante porque posibilitaría incrementar el involucramiento de la sociedad civil en la faz preventiva, si

bien no puede soslayarse que mientras persistan en el ordenamiento administrativo particular los tradicionales resortes cerrados de actuación y control propios de la organización administrativa clásica, la efectividad de estos mecanismos sería cuanto menos dudosa.

Con relación a la objetividad que la convención exige plasmar en los procedimientos se encuentran dos previsiones principales. El artículo séptimo sobre sector público y el artículo noveno sobre contratación pública. Así, el primero, en lo atinente a los procedimientos de selección y promoción por concurso en el empleo y la función pública, recomienda la previsión de criterios objetivos “como el mérito la equidad y la aptitud” como parámetros rectores eficientes de selección. Y en el segundo, relativo a los procedimientos de contratación pública contendrá una previsión similar por la cual se entenderá que un procedimiento licitatorio no comportará el estándar de “sistema apropiado” y “transparente” si no está basado en “criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción”, entendidos como “criterios objetivos y predeterminados (...) a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas”. Vale decir, la norma apunta de manera indudable a la reducción de la discrecionalidad por intermedio del desarrollo de fórmulas o metodologías de ponderación que consulten la mayor certeza posible para interdictar los frecuentes voluntarismos generadores de decisiones arbitrarias.

III.3.1. La Convención de Naciones Unidas, el desarrollo normativo contra el Lavado de dinero y su vinculación con las prácticas de Buen Gobierno Corporativo.

Quiero ahora destacar otra conexión que ha dejado establecida la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y se trata del Lavado de dinero, como lógica contracara de los delitos de corrupción orientado a legitimar el producido del delito. Corresponde decir que sin duda alguna los términos de la ley 25246 y el sistema que ha comenzado a desarrollarse a partir de sus previsiones, la actuación de la Unidad de Información Financiera con más el ejercicio de las potestades regulatorias de los organismos vinculados al sistema, constituyen fuente de producción, aplicación y análisis en materia anticorrupción. En síntesis, la importancia de la apuntada Convención de Naciones Unidas en el impulso del combate a la corrupción es, cuanto menos, indiscutida.

En ese orden es necesario advertir otro orden de conexiones profundamente vinculadas con las mencionadas y se vinculan con el reconocimiento contenido en el preámbulo de la Convención de ONU “de que se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir eficazmente la corrupción”. Entre otras conexiones, propició jerarquizar las cuestiones atinentes al llamado Buen Gobierno Corporativo que venían discurriendo en paralelo y que, a partir de entonces, se las incorporará a ésta temática.

Conviene recordar que en 1999 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) formuló el decálogo de Principios de Gobierno Corporativo y será en 2003, con la Convención anticorrupción de Naciones Unidas, que se propondrá unificar éstas cuestiones propiciando ahora brindar una especial mirada de cuidado al sector privado corporativo permitiendo jerarquizar e interconectar a las cuestiones que aquí se analizan los principios y reglas del “buen gobierno corporativo” en aras de un intento de fortalecimiento de un entorno o ambiente de control preventivo anticorrupción de carácter transversal público y privado.

El creciente interés e interdependencia entre el abordaje público en materia de transparencia e interdicción de la corrupción y la problemática del gobierno corporativo se exteriorizó en una considerable cantidad de documentos y en numerosas redes informales, formales y transnacionales existentes en la materia. A modo ejemplificativo y no limitativo, entre varias normas y documentos, puede reconocerse el Decreto 677/2001 por el que se aprobó el Régimen de Transparencia de la Oferta Pública o los documentos de trabajo y reglamentaciones de la Comisión Nacional de Valores como el caso del denominado “Código de Gobierno Societario” aprobado por Resolución General CNV 516/2007 o los “Principios de Buen Gobierno Corporativo y recomendaciones de mejores prácticas” y los documentos y regulaciones emitidas por el Merval entre las que se destaca la adopción del Código de Gobierno Societario aprobado por reunión de Directorio del 20 de mayo de 2014, el cual –tal como ilustra el documento- fue previsto como “un cuerpo documental dinámico de revisión periódica y oportuna actualización que compendia la manera en la que el Directorio y la Gerencia del Merval dirigen sus actividades y negocios”. Debe tenerse presente que todo este plexo normativo y documental se encuentra conectado asimismo con el sistema que se desarrolla a partir de la Ley 25246 sobre lavado de activos. La producción en esta materia es igual de profusa y nos excede en mucho un tratamiento exhaustivo.

III.4.- Derecho de Acceso a la Información.

Así llegamos al especial y muy esperado hito del año 2016 afincado en el dictado de la Ley 27275 sobre Derecho de acceso a la información pública. Una asignatura pendiente en el nivel federal y largamente reclamada por todos los sectores como herramienta de ejercicio de los derechos de acceso y participación en la gestión pública cuyo artículo primero comporta de por sí un avance muy significativo en la especificación de los alcances de los principios de publicidad y transparencia cuyos contornos resultan delimitados y tutelados con un mayor grado de detalle en el que resulta de importancia destacar la presunción de publicidad abarcativa como principio general a toda la información administrada por el Estado o el así denominado principio *in dubio pro petitor* mediante el cual se propicia la mayor vigencia y alcance del derecho a la información, con más varios otros que si bien frente a una primer lectura se podrán criticar como redundantes no se nos escapa que, aún así, resultan de extrema utilidad.

Digo esto porque toda especificación de derechos y principios en el texto legal contribuye -en sistemas como el nuestro tan propensos a priorizar la excepción y el

intersticio como punto de fuga- a intentar disipar toda duda, especificar alcances y contribuir a afianzar una voluntad institucional orientada a procurar –al menos intentar- la progresiva erradicación del inveterado sigilo y obscuridad que ha constituido desde siempre un territorio fértil a la corrupción. En ese orden, otra de las previsiones remarcables de la ley se afina en la regla de *transparencia activa* prevista en el artículo 32 en adelante, mediante el cual se establece el deber estatal de administrar sitios de internet organizados “de manera clara, estructurada y entendible” que resulten de fácil acceso.

Para el nivel federal se está en presencia de una norma, acaso, inaugural en materia de derechos de acceso si bien, para ese entonces, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se contaba ya con la Ley n° 104 que desde los albores autonómicos estableció un muy importante antecedente normativo como reglamentación del principio general de Publicidad de los actos de Gobierno contenido en el Art. 1° de la Constitución porteña, afincado en una arquitectura local para la cual se postuló ya desde su génesis el rechazo de intersticios de secretismos gubernamentales. Si bien todo análisis referente al principio de publicidad de los actos de gobierno excede el objeto de este trabajo, baste con recrear ésta línea directriz en un todo compatible con el espíritu de la norma federal de acceso. Por virtud de este principio el marco cognitivo de los actos de los poderes públicos no se limita a la toma de conocimiento de un acto una vez dictado, sino que comprende el derecho a compulsar, con anterioridad a su dictado, la totalidad de los antecedentes que motiven cada decisión pública.

Y es este cariz el que preside el art. 1° de la Ley 104 –antecedente de la ley federal- al reconocer el derecho de las personas a solicitar y recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna, tanto de cualquier órgano perteneciente a los tres poderes, cuanto a las entidades en que la Ciudad tenga participación. Lo expuesto encuentra sustento en el texto de la Ley 104 que considera en su artículo 2° como información a cualquier tipo de documentación que sirva de base a un acto administrativo, así como las actas de reuniones oficiales; y acuerda –en su artículo 8°- la acción de amparo como medio judicial de tutela efectiva. Cuadra asimismo advertir la conexión existente entre lo dicho y lo dispuesto en el Artículo 53 de la Constitución porteña al establecer en su parte final que todos los actos que impliquen administración de recursos son públicos y se difunden sin restricción¹¹.

IV.- El ordenamiento administrativo particular como asignatura pendiente.

¹¹ Ampliar en: Dalla Vía, Alberto y Basterra, Marcela, “Habeas data y otras garantías constitucionales”, Ed. Némesis, 1999; y Alberto Dalla Vía, Manual de Derecho Constitucional, B.A., Abeledo Perrot, 2011. Y en mi anterior trabajo antes citado: Damsky, Isaac Augusto, “La jerarquización Constitucional del control...”, p. 297.

En el punto anterior he procurado pasar revista a los lineamientos generales de desarrollo normativo anticorrupción en las últimas dos décadas bajo el denominador común que alienta este trabajo: señalar su insuficiencia y la consecuente necesidad de impactar al ordenamiento particular. Porque difícilmente logremos mayores avances en la prevención de las prácticas corruptas en el Estado si no se acomete un decidido trabajo de transformación concreta del ordenamiento administrativo particular. Me refiero a aquellas técnicas y normas mediante las cuales se opera la organización y funcionamiento de la Administración pública. De poco sirven grandes declamaciones de principios generales insertos en otras grandes normas, si ellas no operan ni se integran, en concreto, al sistema de derecho al cual están destinadas. Si no se opera una transformación dentro del sistema que posibilite una real reconfiguración a éstas declamadas nuevas racionalidades, se corra el riesgo de que nada cambie. Deben propiciarse necesarias modificaciones normativas sobre las concretas técnicas que fungen de verdaderos incentivos a la corrupción y la arbitrariedad. Digo esto porque el actual estado de la cuestión nos marca un largo derrotero por delante. Queda al descubierto la insuficiencia de estos instrumentos anticorrupción tratados porque, en su actual estado de desarrollo, al no operar ni impactar sobre el ordenamiento singular, su efectividad se ve notoriamente reducida. No conforman de por sí herramientas efectivas de interdicción real de la corrupción.

Más allá de todo el desarrollo alcanzado, lo cierto es que el remedio contra la corrupción debe administrarse al propio sistema, mediante la reconfiguración y resignificación de aquellas técnicas de actuación administrativa previstas en las normas que son las que permiten, fomentan o alientan a la corrupción. Varias voces se han alzado en nuestra doctrina argentina y quizás la más calificada en el pasado reciente sea el análisis realizado por el Gran Profesor argentino Héctor Mairal, en especial, inscripto dentro de la cosmovisión desde siempre sostenida genialmente por el Gran Profesor Agustín Gordillo. Si bien mi limitaré a pasar revista a los postulados generales que enmarcan esta cuestión, corresponde remitir a los muy destacados trabajos de estos Maestros del derecho argentino contemporáneo quienes con lucidez intelectual única nos han presentado con total claridad el problema al que apuntamos¹².

Como un secreto a voces del círculo áulico y con prescindencia del signo gobernante, el sistema de poder suele operar al derecho público como un oscuro instrumento facilitador de prácticas corruptas, las cuales son ejercidas mediante la silenciosa sustitución o alternancia de tenebrosas plutocracias. Éstas, dejan, como saldo,

¹² Ampliar en: Mairal, Héctor, “Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla”, BA, Ed Rap, 2007 y, del mismo autor: “¿Uno o dos derechos administrativos?”, BA, L.L., Suplemento Extraordinario 75 Aniversario, ps. 1 en adelante. Se incluye asimismo lo dicho por el Gran Profesor Alberto Bianchi en su obra y, especialmente, en: “Declinación y Caída del Control Judicial de la Administración Pública”, en BA, L.L., Suplemento Extraordinario 75 Aniversario, ps. 9 en adelante. Y de manera especial me remito a las enseñanzas vertidas por el Gran Profesor Agustín Gordillo en todo su Tratado de Derecho Administrativo y, especialmente, al menos, en las siguientes pasajes esenciales de su obra: “El procedimiento administrativo en la práctica” y “Problemas de Acceso a la Justicia” (Capítulo X, Tomo II, “Tratado...”), “El tiempo en el procedimiento” (Capítulo VIII, Tomo IV, “Tratado...”), “La Administración Paralela” (incluido como Libro II del actual Tomo VI, “Tratado...”).

una funesta tríada tenebrosa que encontrará, en un vértice superior, a plutócratas enriquecidos, protegidos y legitimados por el sistema y, en los vértices inferiores, en un ángulo, a ingentes masas de personas simples, sistemáticamente dañadas, consuetudinariamente desprotegidas y, de ordinario, confundidas por un sistema que paradójicamente declama protegerlas y, en el otro, a las arcas fiscales un poco más raquíticas, un sistema rentístico vulnerado y un aparato burocrático abusado y servil que, hincado de rodillas, aprendió a callar y, casi como por azar, logrará de tanto en cuando -frente a algunos pocos casos singulares- cumplir aquella máxima aristotélica de realizar el mandato de justicia dando a cada uno lo suyo, o lo que puede. Así, en la base, el sistema encuentra, cada tanto, su reordenación, un punto de equilibrio a partir del cuál intentar volver hacia una renovada ilusión de intentar la consagración ascendente de las erosionadas virtudes republicanas. El sistema legal queda entonces reducido a una caja de herramientas. Sus técnicas de actuación son únicamente meros instrumentos de acometimiento o perpetración de alguna maniobra.

Por eso, en lo que nos ocupa e interesa, bien vale la pena detenernos en sus modos de utilización y algunos métodos de funcionamiento al servicio de la legitimación del poder, que entiende al favor o a la concesión graciosa como un acto de justicia y, al derecho, como supresión de tal y, su sustitución, por un dogma vacuo arropado de retrógrada doctrina restrictiva de las libertades. El clarividente círculo áulico tiene bien en claro la acabada efectividad y vigencia de aquel silencioso brocardo forense que proclama ‘para los amigos justicia, para el público doctrina’. Sé que al lector atento no le será difícil recrear algunas experiencias y ejemplos que permiten verificar los siete órdenes de cuestiones que serán planteadas muy brevemente en ésta aportación. Por ello seguidamente me abocaré a la presentación, casi como un errático listado inconcluso, de algunas de las técnicas o herramientas que permean, facilitan o hacen de nuestro sistema legal un instrumento de legitimación del poder administrador de turno.

En las normas de derecho público argentino se contienen numerosas previsiones facilitadoras de prácticas de corrupción. Si bien su tratamiento exhaustivo excede en mucho a los propósitos de éste breve trabajo, puesto que ya ha sido muy largamente tratado por los autores citados, a continuación me propondré identificar algunas técnicas más caras a éstas prácticas.

Preliminarmente hay un elemento central que afecta a todo el sistema normativo rector de la organización y funcionamiento de la Administración Pública y se determina por un método normativo francamente contradictorio. La norma prevé un deber general que luego desdice en las previsiones específicas. Se consagra una obligación, se reconoce un gran principio general (siempre de manera “abierto”, genérica y ambigua), pero luego se lo erosiona, restringe, limita, condiciona y hasta suprime en las normas especiales. Se dice algo para luego desdecirlo. Innumerables ejemplos –algunos ya presentados en este trabajo- nutren los estantes normativos. Veremos azarosamente algunos otros casos.

En primer lugar tenemos el limitado alcance del control judicial sobre la actuación de la Administración Pública. A pesar de que la reforma constitucional de 1994 al brindar operatividad plena al sistema internacional de derechos humanos reconoció la regla de la “tutela judicial efectiva” traducida en muchos códigos procesales (contencioso) administrativos, posibilitando el más amplio control sobre un muy amplio espectro de la actividad estatal, continúan imperando los antiguos criterios interpretativos que postulan un control muy restrictivo enmarcado dentro de normas de procedimiento administrativo que obedecen a concepciones anteriores de cuño procesal – privatista – bilateral y contradictorio pero con matices inquisitivos- en las que no se reconocían ni categorías abiertas de legitimación, ni mecanismos de apertura y transparencia afincados en la actual tríada iniciada en los derechos de petición –sí receptados en las normas tradicionales de procedimientos administrativos- y en progresiva –aunque no menos problemática y asimétrica- expansión hacia los derechos de participación y acceso¹³.

Es decir, la concepción tradicional del procedimiento administrativo en cuyo marco se estructuró o interconectó, según la jurisdicción, el control judicial, se apoya sobre un sistema de control ciertamente limitado a aspectos formales pero sin reconocerse la posibilidad de que los jueces puedan ingresar en el análisis de todos los aspectos que debieran nutrir a la decisión estatal, como ser el conocimiento circunstanciado de las razones que motivaron a resolver en uno u otro sentido. Múltiples criterios restrictivos imperan, como ser la postulación de una “zona de reserva de la administración” –que se renueva arropándose bajo distintas formulaciones- entendida como un límite que impide a los jueces el conocimiento pleno de sus actos, bajo la excusa de evitar la invasión de poderes, al sostenerse que si se permite al juez conocer en profundidad la actividad administrativa se estaría facilitando que éste sustituya al poder administrador, es decir, que lo invada. El criterio restrictivo se impuso en los últimos años mediante, por ejemplo, el dictado de la nueva ley de medidas cautelares contra el Estado por la cual se establecieron normativamente una cantidad tan importante de requisitos que prácticamente impiden en los hechos a un juez brindar tutela efectiva en tiempo real. Por esto, luchar contra la corrupción es luchar por una mayor independencia del poder judicial para ampliar sus técnicas de control sobre la administración pública, mediante la efectivización de la regla de la “tutela judicial efectiva”.

En segundo término, unido a lo anterior, tenemos el problema del control del ejercicio de la llamada “potestad discrecional” de la administración, tradicionalmente entendida como un ámbito que posee el funcionario público para ejercer una libre elección entre opciones igualmente válidas cuando el sistema legal se lo permite. Tradicionalmente se sostuvo que el juez no podía ingresar al juzgamiento de las razones que inducen a resolver en uno u otro sentido ni tampoco a los elementos técnicos o no

¹³ Me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto, “La transformación del procedimiento administrativo”, en Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica N° 105 –Mayo/Junio 2016, p. 521 y sgtes.

jurídicos de la decisión. Se crea un área exenta de control en la cual la voluntad del funcionario adquiere una soberanía casi absoluta y que casi siempre estas potestades se vinculan con los procedimientos administrativos especiales de selección de contratistas.

Es decir, desde siempre se postulo que el control de discrecionalidad es acotado, limitado a los elementos meramente formales pero solo ocasionalmente al fondo de la decisión, ni mucho menos al análisis de las razones concretas que debieran motivarla. La experiencia nos indica que rara vez la discrecionalidad es objeto de indagación judicial en concreto en el marco de un proceso. Para ejemplificar lo dicho: las posiciones doctrinarias y los criterios interpretativos aceptados autorizan al juez a determinar si una resolución tiene o no una justificación formal o mínima, pero rara vez se le reconoce plena potestad para investigar en plenitud o analizar la veracidad, certeza o falsedad de las justificaciones que se invocan en ésta clase de decisiones. La casuística es elocuente. Perviven los criterios restrictivos de revisión, pervive aunque se lo niegue la doctrina de la “zona de reserva de la administración” y, en todo ello, pervive la reducción del rol del juez a un mero revisor de las formalidades externas de una decisión estatal pero manteniendo una limitación importante a la revisión “del fondo” de las cuestiones. El juez no puede, salvo casos extremos, revisar ni el contenido concreto ni la real justificación de las decisiones del estado.

En tercer lugar, el limitado alcance del control judicial sobre los requisitos de validez de toda decisión o resolución administrativa, es decir la que dicta un funcionario público. Sabido es que todo acto administrativo debe reunir una serie de requisitos esenciales enumerados por la ley. Pero paradójicamente luego contempla genéricas previsiones que operan como “punto de fuga” reafirmando sibilinas interpretaciones. Se los “desinterpreta”, se los relativiza y se restringe el alcance o profundidad de las facultades del juez para evaluar si se reúnen o no.

Veamos. En lo que nos importa, la ley dice que toda resolución administrativa debe: Primero, respaldarse en los antecedentes de hecho que sirven de base a su dictado. Es decir, que no puede haber resolución válida que no sea una razonada derivación de las constancias probatorias documentadas en un expediente administrativo. Esto significa que no es válida una decisión librada al mero arbitrio del funcionario. Segundo, toda decisión debe ser motivada. Es decir, deben decirse cuáles son los concretos fundamentos que sirven de base a su dictado. Tercero, se imposibilita la persecución de fines encubiertos o de finalidades distintas a las previstas en la norma. Y se garantiza la proporcionalidad, es decir que exista adecuación entre los hechos del caso, los medios adoptados y los fines perseguidos. La pregunta del lector de buena fe será ¿Cómo se produce el punto de fuga que posibilita el incumplimiento del mandato legal? Mediante la relativización de esas normas porque sus previsiones pecan de una formulación de requisitos de carácter genérico y muchas veces ambiguos en lugar de honrar al mandato de especificación. Es decir, si bien se establecen los requisitos, se los redacta de forma no específica. Se agrega que tales previsiones luego resultan morigeradas por otros tantos ordenamientos administrativos especiales o, en algunas veces, lisa y llanamente completadas para el caso concreto.

El ordenamiento debiera ganar sistematicidad en términos generales –para evitar los puntos de fuga contenidos en la propia ley o en otras especiales- y sus previsiones deben especificar el alcance de sus mandatos.

En cuarto término, un peligroso instituto bicéfalo orientado a legitimar las más funestas decisiones. La “presunción de legitimidad” y la fuerza ejecutoria propia o “ejecutoriedad propia” de las decisiones estatales. Esto significa que toda decisión estatal dictada que reúna formalidades externas se encuentra protegida por una presunción legal de validez. El derecho las presume válidas hasta tanto se demuestre fehacientemente lo contrario. Coherente con ello le autoriza al estado a poner en ejecución por sí y ante sí (sin auxilio de ningún juez sino con su solo poder coercitivo) la decisión dictada. No importa si la decisión es injusta, si fue impugnada con argumentos valederos, hasta que un juez no la anule por sentencia definitiva después de un largo proceso que insume décadas o hasta que no la suspenda por dictado de medida cautelar, la decisión –por injusta que sea- se presume legítima.

En quinto lugar, la inexistencia de un deber concreto de resolver. Sabido es que la ley promueve –o al menos no desalienta- el silencio administrativo permeando, en alguna medida, al no tratamiento de las pretensiones y recursos. Si bien por un lado prevé la obligación de la administración pública de resolver toda petición dentro del plazo razonable, por el otro se reconoce un funesto instituto que se denomina “denegatoria ficta” prevista en el instituto del “silencio administrativo”. Es decir el supuesto derecho de los particulares a calificar como denegatoria una petición que no es resuelta, para así supuestamente facilitar el acceso al control judicial. Lo cierto es que la norma, aquí también, opera de manera inversa a la declamada. El ordenamiento concede una tácita autorización legal a favor de la Administración para evitar resolver, o resolver solo cuándo el funcionario disponga o exigirle a un ciudadano el enorme dispendio de tener que acudir a un juez para pedir una orden judicial de pronto despacho en el marco de una acción de “amparo por mora”. Los tiempos, juegan siempre a favor del funcionario quien dispone de innumerables resortes para legitimar su decisión de no resolver¹⁴.

En Francia, muy recientemente se dio un paso adelante en el desarrollo del instituto inverso: el “silencio positivo” previsto con carácter general. Es decir, con carácter general, se prevé que si el Estado no resuelve un pedido dentro de un plazo se opera la “presunción legal” de aceptación del estado respecto de la petición del particular. Se enerva así la práctica del “cajoneo”. El funcionario ya no es más impunemente dueño de los tiempos.

En sexto lugar, muy brevemente lo presentaré, tenemos la enorme desigualdad entre el Estado y los particulares para accionar judicialmente. Cuando el particular quiere impugnar judicialmente una decisión ilegítima o quiere reclamar por omisiones o

¹⁴ Me remito a: Damsky, Isaac Augusto, “Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad”, en V.V.A.A, “El Derecho Administrativo hoy. 16 años después. Jornadas organizadas por la Universidad Austral”, BA, Ed Rap, 2013, ps. 527 en adelante.

por cesación de comportamientos materiales lesivos (llamadas “vías de hecho”: cuando el estado directamente prescinde de dictar una resolución y arremete “*manu militarii*”) tiene que atravesar por un complejo entramado de reclamaciones y recursos presididos por brevísimos plazos de caducidad de su derecho.

Es decir, no impugnada una decisión dentro de tales muy escuetos plazos (15 días hábiles para recurrir en sede administrativa y luego, obtenido resolución –en el mejor de los casos- 90 días hábiles para demandar judicialmente al estado) el derecho del particular lisa y llanamente “fenece”. Se muere.

En cambio, el Estado podrá en cualquier tiempo y lugar y sin ataduras de plazos revocar sus propios actos –sí, dejar sin efecto sus propias decisiones- y demandar judicialmente cuando discrecionalmente entienda que se reúnen condiciones que ameritan dejar sin efecto una decisión tomada por el mismo órgano o ente estatal.

En séptimo lugar tenemos a las omnímodas potestades estatales en materia de contratación y ejecución contractual administrativa. Es decir, los poderes del estado para dirigir una licitación, proyectar sus términos y luego conducir la ejecución del objeto contratado, bien sean obras públicas, suministros o aprovisionamientos o el contrato que se quiera. El estado tiene enormes poderes para hacer y deshacer un contrato y el contratista tiene obligación de someterse, salvo supuestos excepcionales de injusticia notoria que incluso en tal caso solo dan lugar a una indemnización írrita, casi simbólica, jamás acercada a la realidad de los perjuicios que se causan.

Estos consabidos poderes, en una rápida presentación, se identifican bajo las siguientes expresiones todas ellas al amparo de su ejercicio bajo el sombrío manto de la llamada discrecionalidad: 1º) Potestades de revocación o extinción unilateral de un llamado a licitación o un contrato por genéricas razones de “interés público”; 2º) Potestad de interpretación unilateral de los alcances de las cláusulas de los pliegos de bases y condiciones de un contrato administrativo; 3º) Potestad de modificación unilateral del quantum de un contrato administrativo –el *Ius Variandi* contractual público- 4º) Potestad de dirección, fiscalización y control que convergen en la tan temida potestad sancionatoria mediante la cuál se autoriza al estado a sancionar y, en muchos casos, aplicar directamente (por aquello de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de las decisiones) tales sanciones o descuentos no obstante encontrarse impugnadas tales decisiones por su manifiesta ilegitimidad o irrazonabilidad. Dentro de esta prerrogativa se encuentra la sanción máxima: la potestad revocatoria unilateral por culpa del contratista. Por otra parte también es necesario advertir sobre los espejismos que se contienen dentro de la dinámica propia del sistema licitatorio que muchas veces suele encontrarse reducido a una mera formalidad en la cual el poder real de configuración de necesidad, especificación del marco lógico a conformar ulterior pliego técnico, formación de precio, imposición y decisión no discurre en el seno de las

reparticiones y autoridades públicas licitantes sino que son estructuradas por los reales efectores de poder¹⁵.

Estas previsiones brevemente enunciadas se encuentran contenidas en casi todos los marcos regulatorios de contrataciones administrativas (obras públicas y suministros son sus típicos ejemplos). En sí, no son negativas, lo negativo es una permisión genérica que se contiene en la norma general de procedimiento administrativo y que faculta a la Administración a lisa y llanamente no aplicar una penalización, mediante resolución fundada, cuando utilizando el prudente arbitrio de su “discrecionalidad” y sin invocación de razones concretas estime su inconveniencia. El artículo 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos es la llave que lo permite al decir: “Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público”.

Siempre se dijo en nuestro país que un claro ejemplo por el cuál se distingue el “contrato administrativo” del contrato de derecho privado se basa en éste tipo de poderes del estado que no serían validos en el derecho privado por quebrantar la igualdad de las partes y el equilibrio de sus facultades y prestaciones. Se dijo siempre que ello nuestro país lo tomó del sistema continental europeo. Sin embargo ello no es así. Estamos ante un gran mito argentino porque en nuestro país, progresivamente, se desarrollaron éstas permisiones normativas que exceden en mucho en cuanto a sus contenidos, alcances y dureza de sus términos, a las previsiones del derecho europeo donde, paradójicamente, el ejercicio de algunas de estas previsiones configuran no otra cosa que típicas conductas teñidas de exceso de poder o abuso de autoridad.

Múltiples ejemplos podríamos citar de normas administrativas que establecen permisiones o prohibiciones generales luego anuladas o restringidas en su alcance por normas especiales. La falta de coherencia y sistematicidad normativa es un claro incentivo o territorio fértil para la corrupción estatal. Lamentablemente nos excede en mucho la presentación pormenorizada de todas las técnicas legales y de todas las normas que generan inseguridad y ambigüedad jurídica para posibilitar el accionar arbitrario. Ni que hablar de todos los criterios interpretativos de las normas. Baste esta presentación preliminar como una introducción que advierta al lector desprevenido a cerca de la enorme inseguridad jurídica que pervive en nuestro país y cuyo cuño se remonta a varias décadas o centurias atrás.

Los siete órdenes de ejemplos, entre muchas otras situaciones detectables, muy brevemente enunciados procuran fungir como un disparador que invite a pensar seriamente sobre las acciones concretas que es necesario desarrollar dentro del ordenamiento particular en orden a consolidar un instrumento útil de lucha contra la corrupción. Desde una óptica realista y a partir del ordenamiento existente. Porque es

¹⁵ Me remito a: Damsky, Isaac Augusto, “Excursus sobre la forma en los contratos administrativos. Aproximación a algunas cuestiones ocultas”, Suplemento de Derecho Administrativo, Bs. As., La Ley, 2011.

imprescindible desarrollar políticas públicas y acciones legislativas de prevención para que el propio sistema, en tiempo real y por intermedio de sus mecanismos ordinarios funjan de herramienta útil para evitar los desvíos y perjuicios fiscales.

V.- Reflexión Final.

Acaso sea la corrupción producto de las más oscuras pulsiones humanas. Quizás corresponda indagar en las ciencias del alma las causales de los extravíos morales que impulsa a acometer prácticas tan repudiadas puertas afuera y no menos codiciadas puertas adentro por la media de los humanos. Es probable que hablar de corrupción requiera primero hablar de la historia o de la génesis de las debilidades y desvíos humanos en cuya esencia se emperna la religión con la moral, la ética y, más cerca en el tiempo, con la psicología y la sociología. Quizás en la tensión entre la pulsión de la naturaleza y la represión de la cultura se encuentre la raíz de la contradicción normativa presentada en este trabajo en el cuál he tratado de presentarla como una práctica que tiene como aliada principal al propio ordenamiento administrativo individual. Es decir, como natural consecuencia de una enorme cantidad de resortes normativos especiales e interpretativos, resortes ocultos y esparcidos en múltiples normas que operan como catalizadores o facilitadores de prácticas corruptas.

Digo que tales resortes están ocultos porque yacen o subyacen bajo la formulación de los grandes principios, declamaciones y reglas que ritualmente se contienen al inicio de toda norma administrativa. Sea la ley de procedimientos administrativos, las normas de contratación administrativa -obras públicas, suministros o servicios u otras- los códigos procesales o en lo contencioso administrativo, la ley de administración financiera o la ley de organización y funcionamiento del aparato administrativo que sea, todas ellas tienen en común ésta funesta “métrica”: principian con grandes invocaciones luego recortadas por oscuras previsiones que pasan inadvertidas a todo aquel que no haya sido iniciado en los secretos resortes y rituales del derecho público. Por eso, conviene primero conocer cómo opera el inveterado sistema legal administrativo argentino en cuyo seno yacen las raíces de corrupción que se encuentran a cubierto de indiscreciones profanas, para así luego posibilitarnos analizar la efectividad de aquellas otras previsiones existentes que coadyuvan a intentar reordenar preventivamente el sistema frente a cada alerta de corrupción concreta.

Para concluir, en lo personal estoy persuadido que a la corrupción y a las normas que la fomentan, se las combate con más derecho y no con más normas.

Terminaré mis palabras parafraseando esa bellísima provocación del célebre médico austro americano Wilhelm Reich, discípulo de Freud, contenida en su poema de 1948, “Listen, Little Man” y junto con él les diremos a modo de exhortación final: *“Tú no eres el “pueblo”, hombre pequeño. Tú eres quien desprecia al pueblo, pues no administras su justicia, sino tu carrera (...). Yo respeto al pueblo cuando me expongo al gran peligro de decirle la verdad (...) Tu amor cristiano, tu socialismo y tu Constitución americana son lo que haces a diario, cómo piensas a toda hora, cómo abrazas a tu compañero de vida y cómo vives a tu niño, cómo*

consideras tu responsabilidad social y cómo evitas llegar a ser como el opresor de la vida a quien odias». Que así sea.