

POLÍTICAS PÚBLICAS: TRANSPARENCIA EN SU GESTIÓN

Roberto de Michele (*)

Este documento presenta algunos conceptos vinculados con las estrategias para controlar la corrupción y describe un caso en el que se aplican algunas de estas estrategias.

1. El enfoque tradicional de la corrupción

Es habitual que se considere a la corrupción como una infracción a la ley formal. Esta perspectiva circunscribe estrictamente el problema a aquellos comportamientos que constituyen un desvío de los parámetros establecidos por el conjunto de obligaciones formales descrito en los distintos esquemas legales.

Aunque correcta, esta definición es limitada -en especial a la hora de buscar mecanismos preventivos- pues confunde el problema con sus diversas causas y, en consecuencia, impide identificar las políticas adecuadas para controlarlo. Una comparación con un tema médico permitirá comprender en parte esta cuestión. En la práctica, nadie considera que la fiebre sea un problema, sino más bien la manifestación de alguna disfunción orgánica; por tanto, los remedios no se aplican sobre la fiebre, sino sobre sus causas.

La mencionada confusión se extiende, en particular, a una de las alternativas tradicionales de solución del problema: la que prescribe aplicar sanciones como medio correctivo. Las dos grandes alternativas, que no son excluyentes pero que aportan resultados cualitativa y cuantitativamente distintos son: aquella que implica actuar ex-post (cuando los hechos ya han ocurrido) y la que implica actuar ex-ante o preventivamente, haciendo cumplir las reglas.

La actuación ex-post delega, principalmente en el Poder Judicial, la persecución y el castigo de los responsables de quebrantar leyes. En similar situación están los órganos de control (auditorías y contralorías) cuando deben actuar con un criterio de revisión de lo ocurrido y, en general, monitoreando datos formales de los sistemas.

Un inconveniente de esta alternativa es que el fraude y la corrupción son -por su naturaleza- difíciles de probar; pues quienes los cometen se esmeran por no dejar rastros en los sistemas formales. Por eso, la revisión de datos formales no siempre logra los mejores resultados.

Incluso, en algunos países, la falta de presupuestos aprobados en término y la ausencia de sistemas confiables de información sobre los gastos públicos, contratos y adquisiciones hacen difícil suponer que la revisión formal de tales datos impacte en la solución del problema.

Algo similar ocurre con los organismos judiciales que, generalmente atiborrados de expedientes, muestran un bajo nivel de condenas para los llamados delitos contra la Administración Pública.

Claro que, aunque sancione a un funcionario por un hecho de corrupción, su tarea no le permite al juez cambiar los sistemas que posibilitaron el hecho. Los jueces no cambian los sistemas de contratación pública, de financiamiento de los partidos políticos ni de administración de la seguridad social.

Finalmente, importa reconocer que, aún probándose algunos casos -tal como ocurre en ciertos sistemas judiciales avanzados-, las eventuales responsabilidades penales que se asignen no repararán el daño causado en el patrimonio público o en la gestión del Estado.

La mejor prueba de la veracidad de esta afirmación la constituye la experiencia italiana. Aunque muchos señalan al proceso Mani Pulite (Manos Limpias) como una estrategia exitosa de control de la corrupción, Gerardo Colombo, quien aún se desempeña en el Ministerio Público, describía hace pocos años la dimensión del fenómeno en estos términos: En cuanto al perfil procesal, en Milán nos encontramos frente a un conjunto de alrededor de 1.400 personas que están siendo investigadas, la gran mayoría por delitos de corrupción, financiamiento ilícito de partidos políticos, falsificación de documentos públicos o falsos balances y en algunos casos por el delito de concusión. De este conjunto, hemos solicitado se envíe a juicio a 300 personas, de estas 300 personas, 100 han

sido encontradas responsables en primera instancia de acuerdo a los delitos previstos en nuestras normas. Muchas de estas causas se encuentran en estado de apelación.

Las personas que han sido indagadas son empresarios, funcionarios públicos y personajes políticos, varios de los cuales son funcionarios de partidos políticos y alrededor de 80 miembros del parlamento, incluyendo algunos Ministros que estaban ejerciendo un cargo al momento de ser indagados¹.

Como demuestra Colombo, es posible perseguir y encarcelar a políticos, ministros y funcionarios indefinidamente en el tiempo, pero los jueces y los fiscales no pueden reformar las leyes que regulan la financiación de las campañas, modificar los sistemas de recaudación impositiva y aduanera ni alterar las reglas que establecen cómo debe comprar y contratar el sector público.

Otra dificultad adicional se presenta cuando se generaliza el desconocimiento de las reglas. Al respecto, abundan ejemplos como el del tránsito en la ciudad de Buenos Aires, el de la evasión impositiva y otras formas de ilegalidad. En estos contextos, la aplicación de sanciones es percibida por el castigado y por la población en general como una suerte de lotería perversa. La sanción, que de por sí tiene un rasgo selectivo, pierde en estos casos cualquiera de sus posibles virtudes como mecanismo de control.

Esta observación acerca del rol de la justicia –y de los organismos que actúan a partir de los hechos- no implica negar la importancia de condenar cuando existen pruebas suficientes; ya que no se trata de eliminar o reducir la efectividad de la persecución penal. En cambio, es una crítica que requiere enfocar junto con este tipo de estrategias aquellas que tiendan simultáneamente a lograr un mayor nivel de aceptación de las reglas de juego y de prevención sobre las posibles situaciones de irregularidad.

En este sentido, la actuación ex-ante intenta, básicamente, hacer cumplir las reglas. Contrariamente a una visión extendida, esta función no es responsabilidad especial de jueces y fiscales, sino de los encargados directos de gestionar y gerenciar la organización.

El impacto económico del control preventivo supera al producido por jueces u otros organismos de control que actúan ex-post facto. Actuar preventivamente significa conocer y atacar la enfermedad en sus orígenes, evitando que produzca daño. Apelando de nuevo a la comparación con la medicina, se diría que cuando un caso llega al Poder Judicial, los fondos ya desaparecieron y sólo resta hacer una autopsia del cadáver.

Sin esta tarea preventiva, ni el Poder Judicial ni los demás órganos de control podrán enfrentar con éxito el problema del incumplimiento de las reglas, aún cuando actúen con la máxima eficacia.

Para evitar que los fondos públicos puedan ser desviados, no basta con sancionar al responsable de un delito contra la administración pública, si tal sanción no se acompaña con el cambio de los sistemas que posibilitan abusos e irregularidades.

En esta opción subyace un concepto según el cual el incumplimiento de las reglas no es sólo un problema legal, sino también de gestión. La solución no debe limitarse a aplicar sanciones, sino que requiere además obtener información y documentación, registrar las situaciones informales que permiten cometer irregularidades, prevenir el desvío de fondos y corregir los sistemas que lo facilitan.

En una concepción razonable de la división de poderes, el primer responsable de hacer cumplir las reglas es la autoridad política. En tal sentido, los encargados de administrar y gestionar –ministros, secretarios de Estado, directores, etc.- deben extremar los recaudos para que los funcionarios y empleados posean un claro conocimiento de las reglas a cumplir y que todos estén en condiciones de detectar desvíos a dichas reglas. Así, el Poder Ejecutivo facilitará la tarea del Judicial y demás organismos de control y se conseguirá mayor eficacia en la sanción de los posibles desvíos.

A través de las herramientas preventivas el gobierno puede introducir correcciones al sistema y generar las modificaciones que eviten potenciales desvíos. De este modo, se actúa en forma anticipada a las posibles irregularidades y se logra, además, una más eficiente gestión.

2. Otras visiones posibles de la corrupción

Como fenómeno, la corrupción es producto de un sistema de reglas formales e informales, públicas y privadas, que coexisten con las normas. Este enfoque tiene dos vertientes. Una, la propugnada por autores como W. Michael Reisman, para quien todo sistema normativo combina las reglas formales emanadas de la autoridad de un funcionario con aquellas que el autor denomina códigos o reglas operativas².

Las primeras definen la diferencia entre lo correcto y lo incorrecto, lo permitido y lo prohibido. Estas reglas –también llamadas míticas- son públicas y están acompañadas por la amenaza de sanción para los incumplidores. Las reglas operativas, en cambio, definen quién, cómo y cuándo puede actuar de modo contrario a las reglas formales sin ser sancionado y operan como un secreto público para los actores.

Tal vez, la idea más sugestiva del enfoque de Reisman sea que estos sistemas no son contradictorios ni opuestos, sino que

coexisten y se complementan. Develar la parte secreta del código operativo, indica la necesidad de reforzar el formal. En algunos casos, por diversos motivos, esta estrategia suele aparecer como hipócrita.

Por ello, para otros autores, la calidad moral de una organización no está dada por los rasgos personales de sus integrantes, sino por la distancia que en la práctica exhiben ambos sistemas de reglas.

Esta distinción conceptual es particularmente importante para comprender la forma en que efectivamente actúa una organización. Reducir un proceso, una política o una organización a las reglas formales que la definen es, cuanto menos, una apreciación superficial de la realidad organizativa.

Otra visión del problema de la corrupción proviene del enfoque según el cual la regla general de análisis debe ser el comportamiento estratégico de los actores. Según este principio, la persona adopta una estrategia dominante, es decir que siempre va a actuar del mismo modo, en propio beneficio, sin detenerse a analizar si puede conseguir un beneficio superior actuando de manera distinta, en este caso cooperando con el sistema.

Bajo este enfoque, el problema de la corrupción no es tan solo una cuestión de estrategias sino también de los incentivos que llevan a los individuos a actuar de determinado modo. Los incentivos están condicionados, en este caso particular, por problemas de información (cliente-agencia) y por la elevada discrecionalidad que le permite actuar de esta forma.

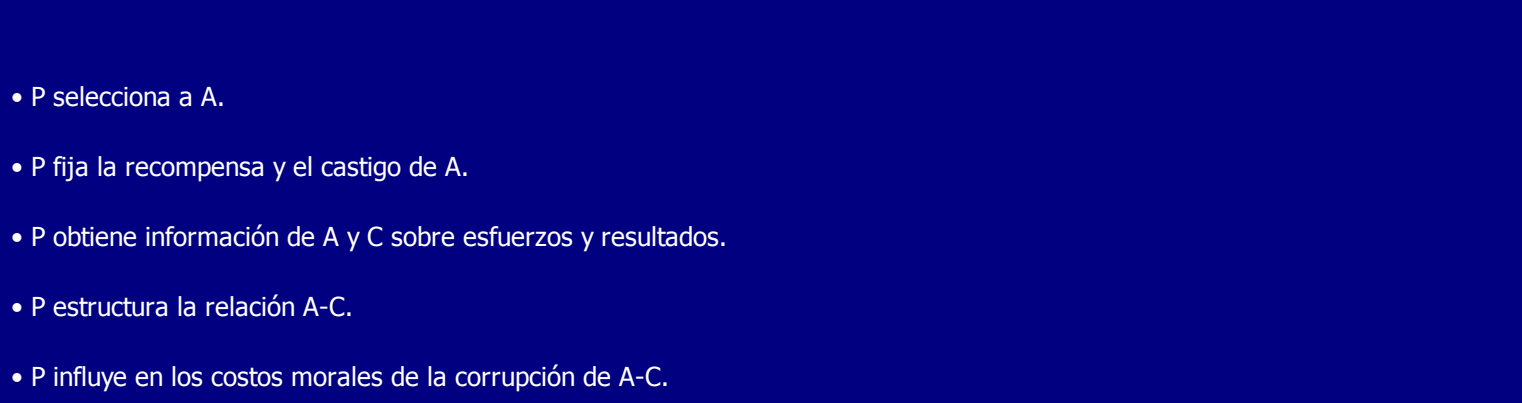
En suma, existen códigos operativos que, sumados a normas diseñadas para permitir y alentar prácticas irregulares, vuelven fútiles las medidas persecutorias tales como el proceso judicial. Por tanto, no representan un remedio suficiente para restablecer el efectivo orden de la ley.

Es necesario analizar, en realidad, si se tienen los incentivos para actuar de acuerdo con las reglas o normas. No se debe pensar en como actuaría un santo sino una persona sujeta a presiones, alicientes, estímulos y frenos. Si las normas son claras y sencillas, no sólo se estará protegiendo al Estado de posibles casos de corrupción, sino también al responsable de tomar decisiones; pues tendrá cierto margen de maniobra para evitar estas presiones.

3. El problema de la asimetría de la información

El esquema del cliente-agencia trata de los problemas existentes en un ambiente jerárquico, donde el monitoreo de las actividades es más bien difícil y dependiente, en general, de la información que produzca y proporcione el agente al cliente.

La falta de acceso a la información facilita la producción de irregularidades en las organizaciones. Esta es una razón más para abordar el problema desde un punto de vista preventivo y no de persecución de infractores. Son los incentivos y las normas las que rigen las acciones y decisiones de los agentes y oficiales públicos, la persecución sólo sirve en los casos en que estos se salgan de la línea o, a lo sumo, a modo de ejemplo; pero nunca como solución al problema. Gráficamente, el problema se expresa así:



El mandante P contrata a un agente A para que le provea un servicio a sí mismo o a un cliente C. A tiene poder discrecional de sobre ese servicio y puede usar esa discrecionalidad de forma ilícita para conseguir una ganancia personal; hacerlo de este modo puede perjudicar al mandante. La información sobre lo que hacen A y C es asimétrica, y es oneroso para P superarla.

El mandante puede recurrir a varias clases de instrumentos:

1. Elegir qué agente trabajará para él.
2. Fijar las recompensas y los castigos del agente (quizás también los del cliente).
3. Reunir información sobre el mandatario y el cliente.
4. Reestructurar la relación mandante-mandatario-cliente.

5. Influir en las actitudes sobre la corrupción, cambiando los costos morales para el agente y el cliente por ser corruptos.

Ahora bien, asumir que las instituciones favorecen un comportamiento irregular de los individuos, implica –a su vez–, aceptar que dicho comportamiento es producto de un diseño institucional particular que promueve y motiva tal conducta. Dicho diseño puede ser modificado, sin que constituya un elemento central de la estrategia cambiar la conducta particular de los individuos³.

Robert Klitgaard⁴, con un enfoque propio del análisis económico del derecho, presenta una definición formal del problema de la corrupción que permite avanzar en la comprensión de este punto. Según Klitgaard:

$$C = M + D - T$$

En esta fórmula, C es la corrupción, M el monopolio ejercido por el Estado o agente público, D es la discreción con que se manejan los funcionarios y T la transparencia.

Monopolio es el rasgo de exclusividad con la que los funcionarios públicos están en condiciones de asignar beneficios o reconocer ciertos derechos. La discreción es entendida como la capacidad de ejercer la autoridad sin un esquema adecuado de reglas. La transparencia es definida como la aplicación de sistemas que permitan el acceso público a la información en sus diferentes estadios y la consecuente responsabilidad (accountability) de las instituciones⁵.

Para Klitgaard, cuando un individuo posee el monopolio en la toma de decisiones, ejerce su poder a discreción, sin restricciones ni controles, y sus procedimientos no están abiertos al escrutinio público o de organismos de control gubernamentales, se está ante una situación de corrupción en potencia.

Recordemos que el monopolio es una característica del Estado difícil de cambiar. Para intentarlo, algunos especialistas proponen generar competencia entre distintos funcionarios públicos en la provisión de ciertos servicios. Desde luego, no es una respuesta que pueda extenderse a toda la administración o a cualquier prestación⁶.

La estrategia preventiva de la Oficina Anticorrupción se centra en el manejo de las otras dos variables, la discreción y la transparencia. Con la primera se intenta reducir el espacio entre las reglas formales e informales y mejorar los marcos normativos pertinentes. Con la segunda, promover esquemas de acceso a la información.

A continuación, se presenta un caso que actualmente desarrolla la Oficina a través de la Dirección de Políticas de Transparencia. Se trata del procedimiento de licitación del servicio de comidas para el Complejo Penitenciario I de Ezeiza.

4. Descripción del caso y estrategia aplicada

El Complejo Penitenciario I de Ezeiza es un establecimiento utilizado por el Estado Nacional bajo la modalidad de leasing. En este momento están ingresando los primeros internos y se estima que hacia fin de año la población será de aproximadamente 1.600 personas.

Para proveer el servicio de alimentación, se decidió licitar la provisión a través de un tercero. El expediente licitatorio es el Nº 024/000.

La Secretaría de Política Criminal y el Servicio Penitenciario Federal solicitaron a la Oficina Anticorrupción la asistencia en el diseño de una estrategia que mejore la transparencia del proceso licitatorio. Con tal propósito, se llevaron a cabo las siguientes acciones:

- Se formó una comisión técnica de apoyo al área del Servicio Penitenciario Federal responsable de gestionar el proceso licitatorio. Integran esta comisión un representante de la Secretaría de Política Criminal, uno de la Sindicatura General de la Nación, uno de la Pastoral Penitenciaria y un miembro de la Oficina Anticorrupción.

Conviene explicar los motivos de la participación de al menos dos actores. En primer lugar, la Sindicatura General de la Nación fue convocada para que aporte su capacidad en cuanto a las reglas generales de los procesos de control de la Administración. En particular, se convocó a esta dependencia para que facilitara el proceso de identificación de precios y valores en un mercado particular. La inclusión de la Pastoral Penitenciaria se debe a que una vez iniciada la prestación del contrato esta organización no gubernamental puede recibir imparcialmente las observaciones preliminares de los internos acerca de la calidad del servicio.

- El segundo paso se relaciona con la idea de la discrecionalidad que compone la fórmula de Klitgaard. El Servicio Penitenciario Federal preparó un documento base del pliego y lo publicó en Internet para que los interesados en participar en la licitación pudieran opinar acerca de su contenido y sobre sus condiciones de competitividad. La presentación del pliego en el sitio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Servicio Penitenciario Federal fue difundida en diarios de circulación masiva. Hasta ahora, se recibieron observaciones y comentarios al pliego de nueve de las principales empresas proveedoras del servicio a licitar.

El siguiente paso será evaluar esta información para determinar si las opiniones recibidas permiten mejorar el documento inicial, tarea que realizará el Servicio Penitenciario Federal junto con la comisión técnica. Aunque las opiniones y sugerencias recibidas no son vinculantes, la autoridad debe justificar la aceptación o rechazo de las mismas.

Este particular procedimiento de publicación previa es una práctica común en el derecho administrativo norteamericano denominado habitualmente notice & comment o rule making. A través de él, la autoridad pone a disposición de la opinión pública y en particular de los interesados directos de una decisión administrativa el documento preliminar que es la base de la decisión a tomar⁷.

El propósito de esta estrategia es lograr que los interesados faciliten la identificación de reglas de juego aceptables dentro de los parámetros que fija la administración. Como es obvio, esta medida reduce además el efecto de información asimétrica y amplía la esfera de transparencia.

Paralelamente, el Servicio Penitenciario estableció un sistema que permite inspeccionar las instalaciones a los interesados en participar del proceso. Con ello se busca que el conocimiento exhaustivo de las condiciones de operación en las que deberán prestar el servicio impida que las partes aleguen en el futuro situaciones imprevistas que pudieran alterar los costos o la calidad de la prestación.

A continuación, se realizará una audiencia pública durante la cual la Administración recibirá un aporte definitivo de opiniones provenientes no sólo de los interesados en proveer el servicio, sino también de otros actores que pudieran tener un interés general en la decisión a tomar.

Como se sabe, una audiencia pública es una instancia en el proceso administrativo o legislativo de toma de decisiones en la cual el decisor habilita un espacio común para que todas las personas o partes que se vean afectadas por la decisión o tengan un interés particular expresen su opinión sobre ella.

Esta instancia servirá para que el responsable de tomar la decisión acceda a las distintas opiniones, en forma simultánea y en pie de igualdad, sobre el tema en discusión a través del contacto directo con los interesados. Las opiniones así recogidas son de carácter consultivo y no vinculante.

Las audiencias públicas aplicadas a procesos licitatorios buscan reducir el problema de la información asimétrica entre el principal, los agentes y los clientes. Mediante ellas, se incrementa el acceso a la información y se reduce la posibilidad de errores o defectos en la confección de los pliegos.

Los principales objetivos de una audiencia pública son:

- Lograr que el responsable de tomar la decisión cuente con la mayor cantidad de información posible.
- Involucrar a los destinatarios de la decisión en el proceso de informar sobre las alternativas, opiniones, intereses y puntos de vista relacionados con el tema.
- Generar un canal de compromiso responsable entre la autoridad y los interesados.
- Mantener la transparencia y la publicidad de los temas que se debaten.
- Comprometer a los destinatarios de la decisión a través de su participación.
- Obtener una decisión de mayor legitimidad para los destinatarios/interesados.

Este procedimiento se aplicó exitosamente en licitaciones efectuadas en la provincia de Mendoza y en el ámbito del Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires.

La audiencia tiene dos etapas fundamentales. La primera es la preparatoria. En ella, la autoridad convocante debe asegurarse que el proceso de acceso y recepción de información previa a la audiencia se haya realizado de la forma más transparente y efectiva

En este momento se debe fijar el tema u objeto de la audiencia con precisión y comunicarlo en forma concreta a todos los participantes. La comunicación es un tema central para la convocatoria. Ella debe incluir la siguiente información:

- Quién convoca.
- A quién convoca.
- Dónde y cuándo es la audiencia.
- El tema y el objetivo.
- Una breve descripción del proceso de la audiencia y su duración.

- Qué pueden hacer los participantes.
- Cómo pueden hacer para enviar su opinión anticipadamente.
- Datos sobre el proyecto oficial y cómo obtenerlos.
- Quienes participarán por parte de la administración y en carácter de qué.
- Cuál será el resultado esperado de la audiencia.

Una vez abierto el expediente, se registrarán en él todos los documentos que los participantes de la audiencia deseen o deban presentar para participar en la misma. La etapa preparatoria concluye con la redacción de un breve informe para la autoridad convocante en el que se sinteticen los datos de los inscriptos y, en particular, se proponga la agenda de la audiencia.

Esta última debe contener:

- Orden del día
- Presentación de la autoridad que convoca
- Presentación y justificación del proyecto en consideración; en estos casos, el pliego.
- Apertura del período de opinión de los participantes
- Conclusiones a cargo de la autoridad que convoca

A partir de la confección del orden del día y su publicidad, se pasa a la audiencia propiamente dicha. En su transcurso debe designarse a una persona responsable de coordinarla; en general, se acepta que sea la propia autoridad convocante. Las principales obligaciones de quien resulte coordinador son:

- Garantizar a todos los participantes el mismo tiempo para opinar
- Evitar que la audiencia se convierta en un debate.
- Mantener las exposiciones en foco y el respeto por las opiniones emitidas.
- Confeccionar una memoria general de lo actuado, con la nómina de los participantes y registrar aparte la recepción de todas las opiniones presentadas por escrito.

También es posible habilitar un espacio para que expertos o peritos imparciales opinen sobre la cuestión tratada.

Otra estrategia que incrementa la calidad del proceso es relevar la opinión de los participantes por medio de una breve encuesta. Esta información también es de utilidad para evaluar la posibilidad de aplicar este mecanismo en el futuro y corregir defectos.

La audiencia se cierra cuando la autoridad competente emite su decisión. Tampoco aquí es vinculante la información ofrecida durante la audiencia; pero ella constituye una garantía de imparcialidad en la recepción de los distintos intereses en juego.

Tras esta instancia, la autoridad está en condiciones de definir el pliego final de la licitación. Téngase en cuenta que para este momento, la estrategia adoptada habrá permitido encuadrar la discrecionalidad de la autoridad en un marco definido con antelación y conocido por las partes. Durante el proceso descripto, se verificará una sustancial disminución del efecto de la información asimétrica entre los distintos actores, incluidos aquellos que están más cerca de quienes recibirán el servicio. Finalmente toda la estrategia se apoya en incrementar los niveles de apertura de información para evitar potenciales situaciones conflictivas o de falta de información relevante para garantizar la calidad de la decisión.

(*) Miembro de la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia dependiente de la Oficina Anticorrupción.

1 Gerardo Colombo, *Sobre las Investigaciones de la Magistratura Italiana en los Casos de Corrupción contra la Administración Pública*, Mimeo, 1995.

2 W. Michael Reisman, *¿Remedios Contra la Corrupción? Reformas Cruzadas y Cohecho*, Fondo de Cultura Económica, México 1979.

3 Susan Rose Ackerman, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge University Press, 1999.

4 Robert Klitgaard, *Controlando la Corrupción*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires.

5 Ver en especial el estudio sobre esta cuestión en el ámbito de la Administración Pública de México: *Corrupción y Cambio*, José Octavio López Presa, Fondo de Cultura Económica, 1998.

6 Susan Rose Ackerman sostiene, en cambio, que es posible establecer estrategias de competencia entre distintas áreas de una misma agencia para quebrar los incentivos de la situación monopólica. Ver *Corruption, A Study in Political Economy*, Academic Press, 1978.

7 Ver *Understanding Administrative Law*, William S. Fox, Mathew, Bender & Co., 1992, Capítulo 7.