

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Rodolfo Díaz(•)

I - La respuesta institucional al problema de la corrupción en la función pública puede ser de dos ordenes. En el plano especulativo se trata de pensar y planificar estrategias que prevengan actos de corrupción y disuadan a quienes puedan cometerlos. En el plano de la acción, en cambio, se trata de aplicar mecanismos efectivos de protección de la cosa pública por la vía del control preventivo o por la vía de la sanción.

Entre 1996 y 1999, la Procuración del Tesoro de la Nación desarrolló diversas contribuciones tanto en lo atinente al desarrollo intelectual de fórmulas eficaces de prevención como en lo referido a las investigaciones específicas que realizó.

1. Un aporte significativo fue la elaboración del concepto normativo de acto de corrupción con el que nuestro país no contaba.

La Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) ratificada por la Ley 24.759 -que tiene jerarquía supra legal en el orden jurídico argentino (art. 75 inc. 22 de la CN)- enumera los hechos a los que resulta aplicable, pero no define al acto de corrupción. Todas las conductas descriptas en ella como actos de corrupción (CICC, Artículos VI-1-a, VI-1-b, VI-1-c, VI-1-d, VIII, IX, XI-1-a, XI-1-b, XI-1-c, XI-1-d), tienen correlato en el ordenamiento jurídico interno (Código Penal, artículos 153 a 157, 173 inc. 7º, 174 inc. 5º, 256, 258, 259, 260, 261, 263, 265, 266, 267, 268, 268(1), 268 (2), y 277; Ley Nº 22.140, artículos 27 inc. a) y d) y 28 incs. c) y f); Decreto Nº 1797/80, artículos 27 inc. 2º) y 28 inc. 3º) y 4º).

El concepto de acto de corrupción fue esbozado por primera vez en nuestro medio por la Procuración del Tesoro en el Informe ordenado por el Decreto 197/98. A los efectos de ese Informe, se consideran tales las conductas de cualquier funcionario descriptas en la CICC realizadas con motivo o en ocasión del ejercicio de su función pública, sea por comisión o por omisión, que estén destinadas a producir algún beneficio irregular o ilícito para sí o para otros a los que esté vinculado, haya o no sufrido el Estado perjuicio patrimonial, previstas como delito en la legislación penal o como irregularidad en las normas administrativas, así como cualquier grado de participación en la comisión o tentativa de comisión de tales actos.

A los mismos efectos, se entenderá por función pública cualquier actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, por designación o electiva, realizada por una persona física en nombre o al servicio del Estado en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

2. También fueron relevantes los desarrollos metodológicos para detectar e investigar fenómenos de corrupción sistémica, tarea que la Procuración del Tesoro llevó adelante en ocasión de las investigaciones ordenadas por el Poder Ejecutivo mediante sendos decretos; en ambos casos, con la valiosa colaboración del Cuerpo de Administradores Gubernamentales.

2.1. El decreto 1167/96 se refería a hechos denunciados como ocurridos en la Aduana Argentina y encomendaba al Procurador del Tesoro sustanciar informaciones sumarias para esclarecerlos y deslindar las responsabilidades de los agentes de ese organismo. La competencia de la Procuración de Tesoro -fundada en el poder disciplinario del Presidente como titular de la Administración- alcanzó a todo el personal aduanero sujeto al Convenio Colectivo 56/92 y -a los efectos disciplinarios- a la Ley Nº 22.140. La investigación abarcó todo el ámbito de la organización aduanera en el período 1992/1996.

El método utilizado permitió dar cuenta del tipo de fenómeno de conjunto que debía investigarse.

El primer paso fue describir y analizar el funcionamiento real de la Aduana, el que fue graficado mediante un flujograma visualmente comprensible, descriptivo de los procesos de control/verificación desde su inicio (descarga de mercadería en los puertos) hasta su finalización (su liberación según tuviera destino de tránsito, de introducción a la plaza interna, o de depósito fiscal). Ello a fin de establecer en qué circuitos de control se habían detectado las irregularidades.

El segundo paso consistió en recepcionar informes elaborados por diversos organismos de control del Estado (especialmente la SIGEN y la AGN) a fin de establecer el universo de irregularidades detectadas por dichos entes. En esta etapa, un elemento metodológico muy importante fue la normalización del modo como los distintos informes describían las irregularidades detectadas;

eso permitió elaborar una serie homogénea de descripciones (207 hechos individualizados).

El tercer paso apuntó a determinar con esa información el punto del flujograma en que se producían las irregularidades. Ello orientó la investigación hacia la identificación de los funcionarios y agentes a cargo de las oficinas involucradas en las irregularidades. Con tal identificación se formularon los cargos pertinentes a los funcionarios y agentes identificados y se iniciaron los respectivos sumarios administrativos.

El resultado de las actuaciones se recopiló en un Primer Informe al Presidente de la Nación cuyos datos salientes fueron: la detección de 207 hechos irregulares en el circuito de control de importaciones y exportaciones por parte de la Aduana que involucraban a 1.200 agentes y abarcaban un universo total de 1.761 agentes que debían ser objeto de investigación administrativa sumarial.

El Decreto 1.630/96 dispuso instruir los sumarios correspondientes, tarea en la que la Procuración del Tesoro contó con la colaboración de 40 oficiales de la Policía Federal. Las 1.035 personas citadas y los 431 cuerpos de documentación con 64.337 fojas, dan una medida de la envergadura de la tarea realizada. Finalmente, se imputó a 244 agentes aduaneros.

2.2. El Decreto 197/98 ordenaba al Procurador del Tesoro investigar diversas manifestaciones públicas de políticos y legisladores sobre supuestos actos de corrupción en el ámbito del Gobierno Federal.

El Presidente dio al Procurador del Tesoro de la Nación dos instrucciones básicas: a) instar a los denunciantes a poner la información a disposición de la Justicia y, b) iniciar investigaciones sumarias y sugerir la conducta judicial y/o administrativa que correspondiere.

Un número importante de legisladores (y hasta el actual Presidente de la Nación) hicieron llegar al Procurador una buena cantidad de documentos y materiales de diverso tipo y valor.

Presentaciones ante la Procuración del Tesoro (Por tipo de Documento)

Proyectos de resolución y declaración de Legisladores 609

Proyectos de ley de Diputados y Senadores 138

Copias de Informes de la Auditoría General de la Nación 103

Copias de Notas 74

Copias de presentaciones y escritos judiciales 37

Copias de contratos y documentación auxiliar 14

Copias de expedientes y otros escritos administrativos 13

Copias de conjuntos de recortes periodísticos 8

Copias de cartas documento 5

Copias de otros documentos de trabajo parlamentario 5

Copias de informes de la Sindicatura General de la Nación 2

TOTAL DE DOCUMENTOS RECIBIDOS 1.008

También fue necesario crear desarrollos metodológicos aptos para tratar analíticamente las 5.883 fojas de los 1.008 documentos acompañados a las presentaciones. Se sistematizaron los datos en tres etapas.

En la primera se identificaron los documentos que contuviesen cualquier tipo de mención referida a la corrupción en sentido amplio; en la segunda se depuraron repeticiones a fin de asociarlas en torno a un tema o referencia común; y en la tercera se determinaron las menciones no repetidas referidas a actos de corrupción y/o a irregularidades administrativas, a fin de establecer los hechos que se podían subsumir en el concepto de acto de corrupción y los que pertenecían a la categoría de irregularidad administrativa.

Menciones contenidas en la documentación acompañada (Por Tipo)

Menciones genéricas de corrupción 484

Menciones genéricas de corrupción no repetidas 254

Menciones no repetidas de actos de corrupción 12

Menciones no repetidas de irregularidades administrativas 16

Total de menciones a analizar 28

De 12 menciones referidas a la supuesta comisión de actos de corrupción, 10 contaban con causas penales que se identificaron. Las 2 restantes habían sido investigadas a través de sumarios administrativos que concluyeron con el sobreseimiento de los imputados. De 16 referencias a presuntas irregularidades administrativas, 9 contaban con causas penales finalizadas o en trámite. Las 7 restantes no alcanzaban -según se demostró en el Informe- entidad institucional suficiente para hacer procedente la intervención de la Procuración del Tesoro.

El Informe fue oportunamente elevado al Presidente de la Nación por Resolución PTN Nº 11/98 y se puso a disposición del público en el sitio de internet de la Procuración del Tesoro, www.ptn.gov.ar, lo que constituyó otro aporte innovador a la transparencia en el tratamiento de cuestiones referidas a la corrupción.

3. Estos informes y sus desarrollos metodológicos fueron presentados -y favorablemente acogidos- en diversos foros internacionales: VIII Conferencia Internacional Anti-corrupción, Gobierno de la República del Perú, Organización de Estados Americanos y Banco Mundial (Lima-1997); Simposio sobre el fortalecimiento de la probidad en el hemisferio, Organización de Estados Americanos (Santiago de Chile-1998); Seminario sobre La lucha contra el soborno en las transacciones comerciales internacionales, Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico, Organización de los Estados Americanos y Gobierno de la República Argentina (Buenos Aires-1998); XIX Reunión Nacional de Controladores Estados-Federación, Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo del Gobierno de la República de México (Mazatlán, México-1999); y XXXV Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, (México, Distrito Federal-1999).

II - La cuestión de la Ética y el Estado de Derecho fue abordado por la Procuración del Tesoro en el Dictamen 178/98, sobre el Código de Ética de la Función Pública. En esa ocasión expresé argumentaciones que, de algún modo, trascendían -por su alcance- la consulta en sí.

1. Se señaló que -desde un punto de vista teórico- ética y derecho se predicen desde dos órdenes normativos distintos, con alusión a diversas teorías que fundamentan esa distinción y que coinciden en destacar algunas notas: que las normas éticas apuntan a la perfección personal del sujeto y las jurídicas a perfeccionar el sistema de relaciones intersubjetivas; que las sanciones por la transgresión a las normas éticas no integran el precepto -sino, que se adosan a él como un añadido extrínseco-, mientras que las sanciones por las transgresiones jurídicas son intrínsecas a la norma; y que los deberes éticos no son coercibles en el sentido de que no puede imponerse al transgresor una sanción coactiva, mientras que la característica propia del derecho es la coercibilidad.

No obstante esa distinción, se recordó que el derecho positivo remite a la moral en numerosas normas de la legislación de fondo. En esos casos, el deber ético o moral pasa a formar parte de la norma jurídica que prevé -esta vez sí- una sanción susceptible de ser impuesta coactivamente al transgresor y, mediante esa incorporación a la norma, el deber ético se convierte en deber jurídico.

Se entendió así que el Código de Ética de la Función Pública era -más allá de la denominación de su materia- una norma jurídica, que establecía un conjunto de obligaciones jurídicas, a las que vinculaba sanciones también jurídicas, cuyo ámbito de aplicación abarca a una categoría de sujetos definida según un criterio específicamente jurídico: la condición de funcionario o empleado público.

2. Se indicó que la palabra ética deriva del término griego *ethos*, que -en sentido lato- significa costumbre, igual que el vocablo latino *mos*, del que deriva la palabra moral; de allí que ética y moral suelen usarse en forma indistinta.

Así se explicó que la palabra ética como sustantivo sin aditamentos, se reservaba normalmente para denominar a la ciencia que estudia la acción y la conducta humana desde la perspectiva de su conformidad o disconformidad con lo que se considera bueno o malo según cierto criterio de racionalidad. Y que cuando la palabra ética se usa con un adjetivo que delimita un ámbito específico de predicación -como por ejemplo ética profesional o ética republicana- se refiere a un conjunto de valores morales de los que se derivan una serie de principios de conducta o estándares de comportamiento para los sujetos comprendidos en ese ámbito de predicación.

De allí se siguió que este es el caso de la locución ética pública. En efecto; cuando el artículo 36 de la Constitución Nacional encomienda al Congreso dictar una ley de ética pública y cuando el Código de Ética de la Función Pública define su materia, se hace referencia a la determinación normativa de una serie de pautas de comportamiento basadas en valores considerados fundantes, aplicables a las personas que -otra vez en sentido lato- desempeñan una función pública.

3. El valor considerado fundante en el proyecto de Código analizado en el dictamen en mención era el bien común, ordenado por

las disposiciones de la Constitución Nacional, los tratados internacionales ratificados por la Nación y las normas destinadas a su regulación (v. art. 1º).

Se indicó que el texto se remitía con precisión al bien común como concepto específico que sólo cobra significado en el contexto del orden jurídico constitucional positivo.

Se hizo presente que, si bien la locución bien común no aparece en el texto de la Constitución Nacional, el Preámbulo menciona el propósito de promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad entre los fines perseguidos por el Congreso General Constituyente. Se recordó también que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha usado con frecuencia la locución bien común, pero rara vez la definió. Una de esas pocas veces fue en Fallos 296:65, en el que recurrió al Concilio Vaticano II, de acuerdo con cuya definición el bien común es el conjunto de las condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de su propia perfección (v. Gaudium et Spes, 26).

Y se sostuvo que la Constitución Nacional parece sintetizar ese conjunto de condiciones en el inciso 18 del artículo 75 que establece que la legislación a dictarse por el Congreso de la Nación deberá proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración. Y en su nuevo inciso 19 -incorporado por la reforma de 1994- que dispone que deberá proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

4. El ámbito de aplicación del Código comprende a todos los funcionarios públicos de los organismos de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada en cualquiera de sus formas; ello implica que regula las conductas de los funcionarios de carrera y de los denominados políticos (v. art. 4º).

La inclusión de ambos tipos de funcionarios es incuestionable si se repara que el artículo 2º, al definir el término función pública, entiende que es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona física en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

4.1. Respecto de los funcionarios de carrera, se consideró que el Código en análisis es un reglamento de ejecución, por lo que sus normas deben entenderse reglamentarias y complementarias de las contenidas en la Ley 22.140 y en los respectivos regímenes especiales. Resulta necesario precisar este carácter del Código respecto de los funcionarios de carrera, porque según los artículos 14 y 19 de la Constitución, sólo la ley puede reglamentar los derechos que ella garantiza; y entre esos derechos están la estabilidad del empleado público (artículo 14 bis) y el acceso a la función bastando la idoneidad (artículo 16). Además, la potestad que el inciso 20 del artículo 75 otorga al Congreso para crear y suprimir empleos y fijar sus atribuciones, fortalece esta argumentación.

Se sostuvo que la facultad de reglamentar las leyes está reservada al Presidente de la Nación por el artículo 99, inciso 2º de la Constitución Nacional, que expresa: Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias. Se trajo a colación que la Corte Suprema -si bien ha considerado que tanto el Congreso de la Nación como el Poder Ejecutivo participan de la función de reglamentar- en el supuesto del Presidente ha entendido que nos encontramos ante una especie de autorización legal implícita dejada a la discreción del Poder Ejecutivo sin más limitación que la de no alterar el contenido de la sanción legislativa con excepciones reglamentarias, pues, como es obvio, el Poder Ejecutivo no podría ir más allá de donde llega la intención de aquella sin crear la ley, ni modificarla (Fallos 148:434).

De allí que se indicó que no se observaba obstáculo jurídico para que el Presidente de la Nación, por vía de reglamentación de las leyes que regulan el empleo público, imponga normas de conducta a los empleados y funcionarios que se encuentran incluidos en ellas, siempre con estricto respeto del mandato constitucional de no alterar su espíritu. En ese sentido debe entenderse que las normas del Código de Ética de la Función Pública referidas a las conductas de los empleados con estabilidad, no son sino especificaciones reglamentarias de los preceptos contenidos en la Ley 22.140 (y ahora también en la Ley Nacional de Ética Pública) y en los regímenes especiales de personal público. Por ello se aconsejó que esta precisión fuera incluida en los considerandos del decreto aprobatorio del Código.

4.2. Respecto a los denominados funcionarios políticos, cuya enumeración no exhaustiva puede consultarse en el dictamen en comentario -es decir los que no tienen la estabilidad prevista en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional ni están incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 22.140 ni de los regímenes especiales mencionados- fue acertado encuadrar el proyecto de decreto como un reglamento autónomo, dentro de la atribuciones conferidas al Presidente por el artículo 99 inciso 1º de la Constitución Nacional.

5. Fue necesario señalar que la enunciación de principios formulados como estándares de comportamiento o desempeño de gran generalidad -que se observaba en la Parte General del Código- posibilita un margen muy amplio de discrecionalidad en su interpretación que conlleva el riesgo de subjetividad, de indefensión para el imputado librado al modo discrecional como la autoridad subsuma el hecho en el estándar general y, finalmente, de ineficacia, ya que esta técnica de incriminaciones imprecisas hará sumamente difícil aplicar sanciones efectivas frente a la exigencia constitucional del debido proceso.

Asimismo, se indicó que la remisión del artículo 47 a las sanciones previstas en la ley 22.140 y otros regímenes aplicables queda

limitada a los agentes que revistan en la planta permanente. Por ello, se observó que las presuntas irregularidades que eventualmente pudieran ser atribuibles a los funcionarios excluidos no podrán, en principio, ser investigadas en un sumario administrativo tendiente a la aplicación de las sanciones establecidas por el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública.

Finalmente, con relación a las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios, se consideró favorablemente el alcance y coherencia del artículo 50 del proyecto de Código que establecía que El contenido de las declaraciones juradas patrimoniales y financieras tendrá carácter público y podrá ser consultado, en la Oficina de Ética Pública.

III - La Reforma de 1994 dio un renovado énfasis a esta cuestión a través del nuevo artículo 36 de la Constitución Nacional, que en su último párrafo establece: el Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

El tema de la ética pública no era ajeno al viejo texto constitucional. La enunciación inicial del artículo 14 (los derechos se ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio) habilitaba la reglamentación legislativa tanto de la idoneidad, prevista por el artículo 16 como única condición para que los habitantes resulten admisibles en los empleos, cuanto de la estabilidad del empleado público, consagrada por la Reforma de 1957 en el artículo 14 bis. En ambos casos la regulación debía considerar los fines establecidos por el Preámbulo para todo el accionar del Estado.

Pero la incorporación de 1994 innova en aspectos muy importantes: El primero es considerar a la ética pública como sustento del sistema democrático, que resulta de su inclusión dentro del artículo 36 -denominado Cláusula de Defensa de la Democracia- de una interpretación armónica del mismo y de las intervenciones de diversos convencionales en el debate; esta perspectiva no era ajena a nuestras mejores tradiciones, pero no había sido explicitada en el texto constitucional. El segundo es que la posibilidad de reglamentar este tema, que hasta entonces era facultativa, se transforma en un mandato al Congreso. Mandato cumplido, con la sanción de la ley 25.188.

1. En la instancia de análisis del Código de Ética Pública, dejé bien en claro que ese instrumento normativo no sustituía la ley que el artículo 36 de la Constitución Nacional encomendaba al Congreso, ni podía hacerlo en cuanto a la jerarquía normativa de la medida, ni en sus alcances, que se reducían a los funcionarios de la Administración Pública nacional. Pero también puntualicé que el hecho de que la Constitución Nacional habilite al Congreso de la Nación para dictar la ley indicada, no impedía que el Poder Ejecutivo Nacional en su zona de reserva -y sobre la base de las competencias que tiene en el ejercicio de sus facultades constitucionales respecto de quienes desempeñen funciones públicas, como también respecto de sí mismo- pudiera dictar reglamentos que determinen un plexo de deberes éticos cuyas sanciones se encuentren en los sistemas propios de la Administración Nacional o fuera de ellos.

2. La Ley 25.188 de Ética de la Función Pública vigente, Código de Ética de la Función Pública, el Régimen Jurídico Básico aprobado por Ley Nº 22.140 y numerosos estatutos especiales incluyen deberes éticos con consecuencias jurídicas. Todas esas normas - además de sus complementarias y reglamentarias- contienen previsiones éticas que regulan la actuación del personal allí incluido.

3. Vale destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la vigencia de las exigencias de la ética en el ámbito de la organización administrativa del Estado. Respecto a los funcionarios públicos, señaló la necesidad de no comprometer la moral pública de los cargos, dadas las razones de orden ético que rigen la función pública argentina (Fallos 290:397 y 304:515) y justificó la imposición de regímenes de incompatibilidades en razones de orden ético, ya que algunas actividades pueden no conciliarse con el ejercicio de la función pública (Fallos 312:637). Asimismo, destacó la existencia de una regla moral en sede administrativa (Fallos 314:1091) y la necesidad de conciliar una concepción de la libertad que la mantenga ligada al cumplimiento de las obligaciones que atiendan al respeto de los derechos de la comunidad y de la finalidad ética que sustenta al Estado (Fallos 314:1377).

De esos pronunciamientos -y de muchos otros- surge que la Corte ha entendido que quien se desempeñe en la función pública, como funcionario de carrera o como funcionario político, debe encaminar su obrar siguiendo estándares de comportamiento adecuados a la regla moral y a la finalidad ética que sustenta al Estado.

(*) WCFIA Fellow Harvard University. Ex Ministro de Trabajo. Ex Procurador del Tesoro