



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



Universitat Autònoma de Barcelona

DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL

LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

AUTOR: Diego Sebastián Luciani

DIRECTORA DE TESIS: María José Rodríguez Puerta

FECHA DE ENTREGA: septiembre de 2021

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a la Universidad Autónoma de Barcelona haberme abierto sus puertas y permitirme cumplir este gran desafío académico en esa prestigiosa institución.

En especial, valoro la cordialidad y la calidez de la Prof. Mercedes García Arán, quien me alentó a continuar esta tarea y designó a la Prof. María José Rodríguez Puerta como directora de mi tesis.

María José ha sido como un ángel que guio este camino con serenidad y sapiencia. Al mismo tiempo, con humildad, me brindó sus conocimientos y su vasta experiencia, para que este trabajo alcance el nivel de rigurosidad que se espera de un doctorado. Sin lugar a duda, es un privilegio haber conocido a una gran persona, cuya vocación deja una huella en mi carrera.

No puedo dejar de mencionar a Pilar Alcaraz, siempre dispuesta a atender mis inquietudes y a solucionar cualquier contratiempo, lo que hizo fácil y ameno mi estudio a distancia.

Al gran equipo de la fiscalía de juicio que encabezo, con quienes trabajo codo a codo para representar comprometidamente los intereses de la sociedad en casos de corrupción. Ellos forjaron muchas de las ideas plasmadas en esta tesis, que son producto de deliberaciones y estrategias puestas en común para cumplir la misión que se nos encomienda. En particular, agradezco al grupo de profesionales especializados que me asisten y me contienen en esta difícil tarea: Mercedes, Ignacio C., Mariel, Ignacio D. y Magalí. Quiero destacar a Sergio, un distinguido fiscal que, con valentía y templanza, me acompaña en el trabajo diario.

A mi padre, de quien aprendí el valor de la palabra, la honestidad y el esfuerzo. Desde el cielo me sigue iluminando.

Nada de esto hubiese sido posible sin el apoyo incondicional y la enorme generosidad de Josefina. Además de impulsarme a cumplir este sueño, con amor y dedicación cuidó cada frase de este trabajo.

Finalmente, a mis amados hijos, que, sin saberlo, me enseñan a ser mejor persona y son mi fuente de inspiración.

A todos ellos, gracias.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	2
INTRODUCCIÓN	11

CAPÍTULO I

MARCO GENERAL DE LA CORRUPCIÓN	17
1.1. PRESENTACIÓN DEL TEMA	17
1.2. ORIGEN DE LA CORRUPCIÓN.....	25
1.2.1. LA ÉTICA Y LA MORAL EN SÓCRATES, PLATÓN Y ARISTÓTELES	26
1.2.2. EL FLAGELO DE LA CORRUPCIÓN EN ROMA	28
1.2.3. HACIA LA ILUSTRACIÓN.....	30
1.2.4. PERMANENCIA DE LA CORRUPCIÓN COMO ELEMENTO SISTÉMICO	33
1.3. CONCEPTUALIZACIÓN	34
1.3.1. LA INTEGRIDAD COMO OPUESTO DE LA CORRUPCIÓN	34
1.3.2. DIFERENTES ENFOQUES	37
1.3.3. NORMATIVA INTERNACIONAL	38
1.3.4. SEXTORSIÓN COMO FORMA DE CORRUPCIÓN	42
1.3.5. AUSENCIA DE INTEGRIDAD: DENOMINADOR COMÚN DE TODAS LAS DEFINICIONES.....	44
1.3.6. DEFINICIÓN	46
1.4. EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN	47
1.4.1. ASPECTOS GENERALES	47
1.4.2. DAÑOS ECONÓMICOS.....	49
1.4.2.1. Caso Refinería Abreu-Lima (Brasil).....	51
1.4.2.2. Caso Carretera Callejón de Huaylas-Chacas-San Luis (Perú).....	52
1.4.3. CUANTIFICACIÓN INTERNACIONAL	53
1.4.4. VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	54
1.4.5. PÉRDIDA DE CAPITAL SOCIAL.....	60
1.4.5.1. Concepto de capital social.....	61
1.4.5.2. Diferentes enfoques sobre el capital social	63
1.4.5.3. Capital social y corrupción	64

CAPÍTULO II

LA CORRUPCIÓN EN ARGENTINA.....	67
2.1. CRIMINOLOGÍA DEL FENÓMENO	67
2.2. CASOS DE CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL	71
2.2.1. DÉCADA DEL 90.....	72
Caso Swift	73
Caso IBM-BANCO NACIÓN.....	73
Caso Siemens	74
Caso Venta de Armas a Croacia y a Ecuador.....	75
Casos de María Julia Alsogaray, Víctor Alderete y Juan Manuel Pico.....	76
2.2.2. EL NUEVO MILENIO	76
Coimas del Senado.....	77
Caso Antonini Wilson.....	77
Caso Skanska.....	78
Caso de Felisa Miceli.....	79
Casos de Jaime	79
Caso Bolsos de López.....	80
Incremento patrimonial de los secretarios presidenciales	81
2.2.3. CASOS EMBLEMÁTICOS DE CORRUPCIÓN DURANTE LAS ÚLTIMAS TRES DÉCADAS	82
Caso Tandanor.....	82
Efedrina	85
2.2.4. CASOS DE CORRUPCIÓN EN CASA DE LA MONEDA	88
Peculado durante la gestión de Gostanian	89
Negociaciones incompatibles durante la gestión de López del Carril	91
Negociaciones incompatibles de Boudou en el caso Ciccone Calcográfica	92
2.2.5. TRAGEDIA DE ONCE	93
2.2.6. DERIVACIONES DE ESTOS CASOS	96
2.3. RELEVANCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN	98
2.3.1. MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA DEMOCRACIA.....	98
2.3.2. COLONIZACIÓN DE LOS MEDIOS POR PARTE DE LOS GOBIERNOS.....	102
2.3.3. PROYECTO DE LEY SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CASOS DE CORRUPCIÓN.....	104
2.3.4. INFORME DE ADEPA SOBRE LA LIBERTAD DE PRENSA EN EL AÑO 2020	105
2.3.5. ALCANCE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE PRENSA	107
2.3.6. MEDIOS DE COMUNICACIÓN LIBRES PARA DETECTAR LA CORRUPCIÓN	109
2.4. <i>LAWFARE</i>	111
2.4.1. SITUACIÓN ACTUAL	111
2.4.2. ORIGEN DE LA PALABRA <i>LAWFARE</i>	112

2.4.3.	LA FALACIA DEL <i>LAWFARE</i>	114
2.4.4.	INTENCIONALIDAD DE LA TERMINOLOGÍA	120
2.5.	PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN.....	123
2.5.1.	INFORMES DE TRANSPARENCIA INTERNACIONAL.....	123
2.5.2.	INFORME DE 2019.....	126
2.5.3.	PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19	127
2.6.	TOLERANCIA ELECTORAL FRENTE A LA CORRUPCIÓN	130
2.6.1.	EL ROL DEL PODER JUDICIAL.....	130
2.6.2.	EL ROL DE LA SOCIEDAD.....	131
2.6.3.	PREPONDERANCIA DE LOS FACTORES ECONÓMICOS FRENTE A LA CORRUPCIÓN	135
2.6.4.	NECESIDAD DE DEMOCRATIZAR LOS PARTIDOS POLÍTICOS.....	139
2.6.5.	FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.....	144

CAPÍTULO III

RELEVANCIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA..... 147

3.1.	ASPECTOS RELEVANTES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	147
3.1.1.	DIMENSIÓN ECONÓMICA	147
3.1.2.	NORMATIVA EUROPEA.....	150
3.1.3.	EL CUIDADO DE LOS RECURSOS DEL ESTADO.....	151
3.2.	MARCO REGULATORIO. LEY 13.064.....	153
3.2.1.	OBRA PÚBLICA.....	153
3.2.1.1.	Alcance de la Ley 13.064.....	154
3.2.1.2.	Fondos del Tesoro nacional	155
3.2.1.3.	Competencia	155
3.2.1.4.	La licitación pública como forma de contratar con el Estado.....	157
3.2.1.4.1.	<i>Aspectos generales</i>	157
3.2.1.4.2.	<i>Definición jurídica de licitación pública</i>	159
3.2.1.4.3.	<i>La oferta más conveniente</i>	160
3.3.	PRINCIPIOS QUE RIGEN LA LICITACIÓN PÚBLICA.....	161
3.3.1.	LIBRE CONCURRENCIA.....	163
3.3.2.	IGUALDAD ENTRE OFERENTES.....	165
3.3.3.	PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA.....	167
3.4.	PASOS LEGALES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.....	169
3.4.1.	ANTES DE LA LICITACIÓN	169
3.4.2.	PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES.....	170
3.4.3.	LICITACIÓN Y ADJUDICACIÓN	172
3.4.3.1.	Fundamentos y finalidades	172

3.4.3.2.	Registro de constructores	176
3.4.3.2.1.	<i>Función</i>	176
3.4.3.2.2.	<i>Reglamentación</i>	177
3.4.3.2.3.	<i>Garantía</i>	179
3.4.3.2.4.	<i>Impedimento de traspaso de derechos</i>	179
3.4.3.2.5.	<i>Firma del contrato (prohibición de cesión o transferencia)</i>	180
3.4.3.2.6.	<i>Ejecución de las obras en el plazo indicado en los pliegos</i>	182
3.4.3.2.7.	<i>Modificaciones de obra</i>	185
3.4.3.2.8.	<i>Pagos</i>	188
3.4.3.2.9.	<i>Redeterminación de precios</i>	190
3.4.3.2.10.	<i>Rescisión del contrato</i>	192
3.5.	ÓRGANOS DE CONTROL DE LA OBRA PÚBLICA.....	193
3.5.1.	TIPOS DE CONTROLES.....	196
3.5.2.	LA SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN (SIGEN)	198
3.5.3.	LAS UNIDADES DE AUDITORÍA INTERNA	202
3.5.4.	LOS SERVICIOS JURÍDICOS PERMANENTES	203
3.5.5.	LA AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN (CONTROL EXTERNO).....	204
3.5.6.	EL TRIBUNAL DE CUENTAS COMO CONTROLADOR EXTERNO A NIVEL PROVINCIAL	209
3.5.7.	¿QUIÉN CONTROLA AL CONTROLADOR?.....	210

CAPÍTULO IV

MECANISMOS FRECUENTES DE CORRUPCIÓN

EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	212	
4.1.	GENERALIDADES	212
4.2.	METODOLOGÍA PARA DETECTAR LA CORRUPCIÓN	216
4.2.1.	RAZONABILIDAD	217
4.2.2.	EFFECTIVIDAD	220
4.2.3.	COMPETENCIA REAL Y MÁXIMA CONCURRENCIA.....	221
4.2.4.	TRANSPARENCIA	222
4.2.5.	PUBLICIDAD	223
4.2.6.	COLOFÓN	224
4.3.	IRREGULARIDADES MÁS FRECUENTES	224
4.3.1.	DURANTE EL PROCESO LICITATORIO.....	226
4.3.1.1.	Facilitación de información privilegiada	226
4.3.1.2.	Celeridad en el proceso licitatorio	228
4.3.1.3.	Aprobaciones <i>ad referendum</i>	229
4.3.1.4.	Convocatorias poco claras	231

4.3.1.5.	Contratación por urgencia.....	232
4.3.1.6.	Falsedad en las mediciones.....	233
4.3.1.7.	Irregularidades en torno a los tiempos de publicidad.....	234
4.3.1.8.	Limitación de la competencia.....	238
4.3.1.8.1.	<i>La ley como limitante de la competencia</i>	238
4.3.1.8.2.	<i>Los pliegos como limitantes de la competencia</i>	239
4.3.1.9.	Contrataciones triangulares para diluir la responsabilidad.....	241
4.3.1.10.	Proyectos indeterminados o con errores manifiestos.....	243
4.3.1.11.	Uso indebido de circulares.....	244
4.3.1.12.	Direccionamiento específico.....	245
4.3.1.13.	Cartelización.....	249
4.3.1.14.	Sobrepuestos y cotización deficiente.....	251
4.3.1.15.	Uso de facturación apócrifa de servicios para ocultar sobrepuestos.....	258
4.3.1.16.	Régimen de regularización impositiva de la Ley 26.476.....	261
4.3.1.17.	Conformación de UTE ficticias.....	262
4.3.1.18.	Desidia en el trámite del expediente administrativo.....	263
4.3.1.19.	Remediación o restauración de canteras.....	264
4.3.2.	DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.....	267
4.3.2.1.	Traspaso fraudulento del contrato.....	267
4.3.2.2.	Falseamiento del plan de trabajo.....	268
4.3.2.3.	Prórrogas infundadas del contrato.....	269
4.3.2.4.	Modificaciones de obra simuladas.....	270
4.3.2.5.	Incidencia en las redeterminaciones de precios.....	274
4.3.2.6.	Falsedad de los certificados de obra.....	275
4.3.2.7.	Anticipo financiero y adelanto de pagos.....	278
4.3.2.8.	Incumplimiento de las recomendaciones.....	282
4.4.	INFORMES DE LOS ORGANISMOS DE CONTROL.....	283
4.4.1.	MAPA DE RIESGOS DE LA SIGEN.....	283
4.4.2.	INFORME SECTORIAL DEL PRESIDENTE DE LA AGN.....	285
4.4.3.	ADVERTENCIAS DE LA AGN.....	287
4.4.3.1.	Resolución AGN N° 33/10.....	288
4.4.3.2.	Otros informes de interés.....	289
4.4.4.	INFORME DEFINITIVO N° 57/13 DE LA DNV SOBRE CONVENIOS CON PROVINCIAS.....	291
4.4.5.	DISCRECIONALIDAD PRESUPUESTARIA EN ARGENTINA.....	292
4.4.6.	INFORMES DE INVESTIGACIÓN.....	294

CAPÍTULO V

RESPONSABILIDAD PENAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA..... 297

5.1.	ANÁLISIS PRELIMINAR	297
5.2.	ASOCIACIÓN ILÍCITA Y SU APLICACIÓN A LA CORRUPCIÓN SISTÉMICA ...	303
5.2.1.	BIEN JURÍDICO TUTELADO	304
5.2.2.	ASPECTOS OBJETIVOS Y ASPECTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL.....	305
5.2.3.	OBJECIONES Y DEFENSAS	308
5.2.4.	APLICACIÓN CONCRETA EN CASOS DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ...	310
5.2.5.	CASOS JURISPRUDENCIALES NACIONALES.....	311
5.2.5.1.	Salomoni, Jorge Luis y otros s/ defraudación.....	312
5.2.5.2.	Alsogaray, María Julia s/administración fraudulenta.....	315
5.2.5.3.	Causa 5048 vinculada a la obra pública vial en la provincia de Santa Cruz ...	316
5.2.5.4.	Sampauyo, Facundo Alfredo u otros s/asociación ilícita.....	317
5.2.5.5.	Fernández, Cristina Elisabet y otros s/legajo de apelación (causa Cuadernos) ..	318
5.2.6.	DIFERENTES CASOS INTERNACIONALES.....	318
5.2.6.1.	Caso Gürtel-Bárceñas (España).....	319
5.2.6.2.	Caso Gürtel-Fitur (España).....	320
5.2.6.3.	Caso Scala (España)	322
5.2.6.4.	Caso MOSE (Italia).....	324
5.3.	OTRAS CONDUCTAS DELICTIVAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	325
5.3.1.	NECESIDAD DE MODIFICAR Y ACTUALIZAR LAS SANCIONES PENALES	327
5.3.2.	FRAUDE EN PERJUICIO DEL ESTADO POR ADMINISTRACIÓN DESLEAL	328
5.3.2.1.	Características generales del tipo penal.....	328
5.3.2.2.	Derecho comparado.....	337
5.3.3.	COHECHO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS	341
5.3.3.1.	Características generales del tipo penal.....	341
5.3.3.2.	Derecho comparado.....	345
5.3.4.	MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.....	350
5.3.4.1.	Características generales del tipo penal.....	350
5.3.4.2.	Derecho comparado.....	355
5.3.5.	NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS	359
5.3.5.1.	Consideraciones generales	359
5.3.5.2.	Derecho comparado.....	365
5.3.6.	EXACCIONES ILEGALES.....	369
5.3.6.1.	Consideraciones generales	369
5.3.6.2.	Derecho comparado.....	373
5.3.7.	ABUSOS FUNCIONALES, INCUMPLIMIENTOS Y FALSEDADES INSTRUMENTALES.....	375

5.3.7.1.	Consideraciones generales	375
5.3.8.	PREVARICATO O PREVARICACIÓN	378
5.3.8.1.	Consideraciones generales	378
5.3.8.2.	Derecho comparado.....	379
5.3.9.	UTILIZACIÓN DE INFORMACIÓN RESERVADA	386
5.4.	LAVADO DE DINERO PRODUCTO DE CONTRATACIONES IRREGULARES	387
5.4.1.	INTRODUCCIÓN	387
5.4.2.	CONSIDERACIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO	388
5.4.3.	LAVADO DE DINERO PROVENIENTE DE UN DELITO (ART. 303 DEL CÓDIGO PENAL).....	391
5.4.3.1.	Tipo objetivo	391
5.4.3.1.1.	<i>Sujeto activo</i>	391
5.4.3.1.2.	<i>Acción típica (art. 303, inc. 1º)</i>	392
5.4.3.1.3.	<i>Objeto de la acción (ilícito penal y delitos tributarios)</i>	393
5.4.3.1.4.	<i>Límite cuantitativo</i>	397
5.4.3.2.	Tipo subjetivo	398
5.4.3.3.	Agravante (art. 303, inc. 2, apartados a y b)	399
5.4.4.	INTERVENCIÓN DE UNA PERSONA DE EXISTENCIA IDEAL.....	399
5.4.5.	CASOS DE LAVADO VINCULADOS A CONTRATACIONES PÚBLICAS	401
5.4.5.1.	Caso Luis Roldán Ibáñez (S. 8670/1999 del TS español, del 21/12/99)	401
5.4.5.2.	Caso Luis Alcalde (S. 613/2018 del TS español, del 29/11/18).....	403
5.4.5.3.	Caso Palau (S. 693 del TS español, del 29/04/20)	403
5.4.5.4.	Caso Sauces SA	404
5.4.5.5.	Caso Hotesur SA	405
5.4.5.6.	Caso Ruta del Dinero	406
5.5.	CUESTIONES VINCULADAS CON LA IMPUTACIÓN PENAL.....	408
5.5.1.	EL DOMINIO DE ORGANIZACIÓN (SEGÚN ROXIN).....	408
5.5.2.	APLICACIÓN DEL DOMINIO DE APARATO ORGANIZADO DE PODER EN CASOS DE CORRUPCIÓN SISTÉMICA	414

CAPÍTULO VI

PREVENCIÓN Y BUENAS PRÁCTICAS	421	
6.1.	INDEPENDENCIA JUDICIAL Y ESTADO DE DERECHO.....	421
6.1.1.	INVESTIGACIONES JUDICIALES EFICIENTES EN CASOS DE CORRUPCIÓN	422
6.1.1.1.	Fracaso de las reformas	424
6.1.1.2.	Reforma de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal. Jaque mate a la independencia y autonomía de la institución.....	426
6.1.1.3.	Demoras en la designación de magistrados	430

6.1.1.4.	Mecanismos de selección del procurador en Latinoamérica	432
6.1.1.5.	Fortalecimiento de la Justicia.....	435
6.1.2.	INCORPORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE BANGALORE	436
6.1.3.	CONTROL JUDICIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	439
6.2.	GOBIERNO ABIERTO	442
6.2.1.	ACCESO A LA INFORMACIÓN POR PARTE DE LA CIUDADANÍA (LEY 27.275).....	445
6.2.2.	COMPROMISO DE LOS GOBIERNOS PARA EVITAR LA CORRUPCIÓN.....	447
6.2.3.	ALGUNOS CAMBIOS POSITIVOS	448
6.2.3.1.	Ley 27.304 del Arrepentido	449
6.2.3.2.	Prevención en el ámbito administrativo.....	451
6.2.3.3.	Plan Nacional Anticorrupción	453
6.3.	OBLIGACIÓN DE PRODUCIR UN CAMBIO PARADIGMÁTICO	455
6.3.1.	REVISIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA PARA UNA PREVENCIÓN MÁS EFICAZ.....	455
6.3.2.	PACTO DE INTEGRIDAD DE LAS FUERZAS POLÍTICAS	460
6.3.3.	INSTAURACIÓN DE UN TRIBUNAL DE INTEGRIDAD O DE REVISIÓN DE CONTRATOS CON EL SECTOR PÚBLICO.....	463
6.3.4.	USO DE ADELANTOS TECNOLÓGICOS EN LOS PROCESOS CONTRACTUALES	464
6.3.4.1.	Portal de contratación pública de Cataluña.....	466
6.3.4.2.	Tecnología de cadenas de bloques o <i>blockchain</i>	467
6.4.	PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PRIVADOS Y ESTATALES.....	472
6.4.1.	PROGRAMA DE INTEGRIDAD PARA EMPRESAS EN ARGENTINA (LEY 27.401).....	474
6.4.2.	IMPEDIMENTO DE CONTRATAR CON OFERENTES NO FIABLES	476
6.4.3.	PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO ESTATAL (<i>PUBLIC COMPLIANCE</i>).....	478
6.4.4.	PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO COMBINADO CON SISTEMA DE ALERTAS (SALER)	485
6.4.5.	DIRECTIVA 2019/1937 DE LA UE (PROTECCIÓN DE DENUNCIANTES).....	487
6.4.6.	UNIDADES ÉTICAS ESPECÍFICAS DENTRO DE LOS ORGANISMOS DE RIESGO.....	491
6.5.	¿DESINTERÉS POR LA INTEGRIDAD O INTERÉS EN LA IMPUNIDAD?	494
	CONCLUSIÓN.....	500
	BIBLIOGRAFÍA.....	511

INTRODUCCIÓN

El proceso de consolidación de la democracia en Argentina ha sido lento, a tal punto que, hasta el día de hoy, nuestras noveles instituciones no han sido lo suficientemente valientes para funcionar como verdaderos contrapesos entre los diferentes poderes del Estado. La baja calidad institucional presente desde hace décadas y la carencia de recursos generan, en el conjunto de la sociedad, insatisfacción, falta de credibilidad en los sistemas políticos y en los gobernantes, así como la pérdida inevitable de capital social.

Si bien los quiebres institucionales sostenidos por la fuerza de los Gobiernos de facto han quedado atrás y se han consagrado derechos fundamentales, también debemos reconocer que, a casi 40 años de vida democrática constitucional, todavía no se ha podido desterrar uno de los peores males que acechan a la sociedad: la corrupción en la Administración pública, que atenta severamente contra el Estado de derecho.

La corrupción se ha instalado con tal intensidad que ha acompañado a los partidos políticos y a los Gobiernos elegidos por el pueblo, como una figura en espejo. Estas prácticas han resultado funcionales para fomentar el clientelismo político, ganar elecciones, cooptar voluntades y perpetuar el poder.

Especialmente en los últimos tiempos, se viene dando un fenómeno que podríamos catalogar de alarmante y que contraría los postulados internacionales más básicos en la materia: en lugar de enfrentar la corrupción, realizar esfuerzos legales para prevenirla y para detectar los focos riesgosos, los dirigentes políticos la ignoran.

Directamente se la desconoce, se la esconde debajo de los escombros de la explosión que provoca el impacto de los actos de corrupción. El tema se elude, se evita hablar de las consecuencias y de los costos graves que genera. Hasta se intenta silenciar la imperiosa necesidad de juzgar con coraje estos hechos para que la verdad salga a la luz.

Desde lo discursivo, la corrupción tampoco ocupa un lugar central en la agenda —el análisis de estrategias o posibles modificaciones legislativas o regulatorias para adoptar un marco institucional adecuado de prevención y sanción de estos actos directamente no se menciona—. La corrupción se niega. En efecto, algunos altos funcionarios se han atrevido a descalificar, de manera dogmática y sin mayores argumentos, las investigaciones penales contra funcionarios o exfuncionarios por graves hechos de corrupción, con el único fin de desprestigiar y menoscabar la actuación del Poder Judicial.

La lógica que parece imperar en este sector –contraria a una democracia constitucional, en la que el poder de las mayorías no es absoluto– es que quien gana las elecciones puede gobernar sin controles ni límites, y que el Poder Judicial no debiera interferir en sus decisiones, por no haber sido votado por el pueblo. Lo expuesto es una falacia, pues son justamente los jueces los que deben garantizar el cumplimiento de las reglas constitucionales.

La situación imperante, la preocupación por el tema –no solo como ciudadano, sino como fiscal de la nación–, la falta de voluntad política, la independencia casi nula de instituciones fundamentales, la implementación inadecuada de la legislación vigente y la corrupción sistemática existente en las contrataciones públicas han despertado un interés académico por ahondar en una de las problemáticas más serias para la democracia y la república.

Tengamos en cuenta que la corrupción afecta el Estado de derecho, la gobernabilidad, la credibilidad de la democracia. Además, impide una correcta asignación de recursos, consolida la pobreza y la desigualdad, e imposibilita que los derechos fundamentales de la sociedad sean garantizados y protegidos.

Podemos afirmar que será difícil implementar, en el país y en la región, medidas eficientes e inmutables en el tiempo, que tiendan a la protección y al cuidado de los fondos públicos. También para fortalecer nuestras instituciones, instalar una cultura de integridad en los tres poderes del Estado y reducir el impacto severo que la corrupción provoca en las Administraciones públicas y en el sector privado. Sin embargo, se trata de ideales ante los que no podemos claudicar.

El trabajo serio y el control de la corrupción son una deuda pendiente de los Gobiernos democráticos, si tenemos en consideración que con los fondos de la corrupción se podría paliar la pobreza formidable existente, la falta de recursos primarios, y ayudar a los más vulnerables, los más desprotegidos del sistema, los que no logran cubrir sus necesidades básicas.

Las obras públicas (hospitales, rutas, agua potable, electricidad, gas, etc.) pueden cambiar realmente la calidad de vida de las personas. Si se descuidan esos recursos, si los controles son inexistentes, laxos, o si existe connivencia con el sector privado, esos recursos que escasean se pierden en manos de funcionarios y particulares inescrupulosos, y dejan de

tener el fin social para el que se otorgaron. Por ende, con razón, la corrupción se ha erigido en una de las mayores preocupaciones para la ciudadanía.

El objeto de estudio de este trabajo será el que consideramos el foco más acuciante, comprometido y oscuro en la historia argentina: la corrupción en la contratación pública.

La atención se concentrará en este ámbito, por las enormes ganancias ilícitas que genera y por el abanico de posibilidades que abre para llevar adelante actos arbitrarios e irregulares con total impunidad. Asimismo, después de casi 30 años de trayectoria dentro de la Justicia, y a partir de la función como fiscal de juicio en casos complejos de corrupción, se ha percibido de manera directa las graves falencias para investigar, la falta de preparación y capacitación de los operadores y las dificultades e inconvenientes para prevenir estos actos, detectarlos de manera temprana, llevar a cabo su juzgamiento en tiempo oportuno y recuperar los bienes sustraídos.

A pesar de que la contratación pública ha sido objeto de especial atención en la región y en el mundo por los países y los organismos internacionales, por ser una de las actividades más riesgosas de corrupción, en nuestro ámbito, este terreno ha sido poco explorado, y no se ha trabajado en profundidad o con la seriedad que se requiere. La prueba más cabal de esto es el número insignificante de condenas firmes por los delitos cometidos en el ámbito de la contratación pública.

Nuestro aporte académico busca alertar sobre la grave situación que se atraviesa, a fin de visibilizar el problema y adoptar medidas para prevenir, investigar y juzgar con rapidez la corrupción. Esta contribución consiste en un estudio global de la problemática, y apunta no solo a inspirar al público en la necesidad de continuar trabajando incesantemente en el tema, sino también a servir de guía para todas las personas (públicas o privadas) que tengan la difícil misión de lidiar con hechos como estos. En suma, se trata de un estudio integral que aborda la corrupción desde diferentes enfoques y perspectivas.

En el **primer capítulo**, se brindará un marco general de la corrupción: su origen, su historia, su evolución desde el punto de vista filosófico, la relevancia del sentido ético en las decisiones, las diferentes conceptualizaciones. A partir de allí, se ensayará una definición uniforme del concepto.

Además, se analizarán los efectos de la corrupción desde el punto de vista económico y social, así como su impacto en los derechos humanos. Sobre la base de un concepto

sociológico sumamente interesante, como es el capital social, se exhibirán sus características principales, los diferentes ámbitos de aplicación y el impacto que genera la presencia de redes de corrupción.

El **siguiente capítulo** se ocupará de la historia de la corrupción en la contratación pública en Argentina. Allí se repasarán los casos judiciales más emblemáticos desde la década del 90 hasta nuestros días. Dado que muchos de ellos fueron conocidos a partir de investigaciones periodísticas, se destacará la relevancia de los medios de comunicación libres e independientes para detectar casos de corrupción, el alcance de las máximas de la libertad de expresión y de prensa, así como la permanente intención de los Gobiernos y de los poderes hegemónicos de cooptar los medios de comunicación para limitar la libertad de expresión, ya sea con la colonización propiamente dicha o con la implementación de estrategias o iniciativas inconstitucionales.

Nos ocuparemos también de un tema que viene en expansión en nuestro país y en la región: el *lawfare*, término utilizado por funcionarios, exfuncionarios y particulares investigados y condenados por casos graves de corrupción, como excusa para desacreditar investigaciones judiciales sólidas. En contraposición con estas ideas, a partir de estudios e informes realizados por reconocidos organismos internacionales, avanzaremos en la percepción de la corrupción por parte de la sociedad. Concretamente, analizaremos la tolerancia social y la preponderancia del interés económico sobre la corrupción.

Por último, abordaremos la necesidad de democratizar los partidos políticos, salpicados por hechos de corrupción, el clientelismo, la ineficacia y la utilización partidaria de la función pública. También nos ocuparemos del modelo de financiación de los partidos políticos, caracterizado por las prácticas oscuras e irregulares, la ausencia de controles reales y la debilidad en las regulaciones de la financiación.

En el **tercer capítulo**, avanzaremos en la relevancia de la contratación pública, desde diferentes perspectivas. Así, se analizarán la normativa nacional e internacional en la materia y el marco regulatorio actual, deteniéndonos especialmente en la licitación pública, por ser la forma más usual de contratar con el Estado y por la magnitud de los intereses económicos involucrados. Se detallarán los principios elementales (libre competencia, igualdad entre oferentes, publicidad y transparencia) y los pasos legales (convocatoria, pliego de bases y condiciones, adjudicación, firma del contrato, ejecución, etc.) que deben respetarse en las licitaciones públicas.

Finalmente, realizaremos un análisis crítico del sistema de contrapesos y controles en la contratación pública, los tipos de controles en el sector público (internos y externos), la competencia de los órganos de control legal, y su diseño y funcionamiento ineficientes.

En el **capítulo IV**, se describirán los mecanismos más usuales de corrupción en la contratación pública, los métodos preliminares para detectar irregularidades o alarmas tempranas, y las arbitrariedades más frecuentes en las diferentes fases, tanto en el proceso de contratación como en el de ejecución del contrato. Finalmente, se hará mención de los diferentes informes de irregularidades y advertencias de los organismos de control, referidos a los temas tratados.

El **siguiente capítulo** se centrará en la responsabilidad penal de los agentes públicos y privados respecto a los delitos cometidos en el marco de las contrataciones públicas, con especial énfasis en el delito de asociación ilícita ante la corrupción sistemática. Se verá, además, su aplicación concreta en la contratación pública, a partir de estudios de casos nacionales e internacionales.

También se analizarán las figuras penales en las que pueden encuadrarse algunos de los delitos cometidos en la contratación pública, como el fraude en perjuicio de la Administración pública por administración desleal, el cohecho y el tráfico de influencias, la malversación de caudales públicos, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, las exacciones ilegales, y otros delitos relacionados, como el incumplimiento de los deberes de funcionario público, las falsedades instrumentales, el lavado de dinero, etc. Para ello, nos valdremos de doctrina nacional e internacional, y de casos jurisprudenciales representativos.

En el cierre del apartado, se tratarán cuestiones vinculadas a la imputación penal y a la posibilidad concreta de aplicar la teoría de Roxin sobre el dominio de la organización, para casos de corrupción sistemática. Concretamente, como un modelo de imputación para la persona que está detrás de la organización, dando las órdenes para que el plan se desarrolle tal como fue concebido.

El **último capítulo** estará destinado a la prevención y a las buenas prácticas necesarias para evitar la corrupción en la contratación pública. La propuesta girará en torno a la independencia indispensable del Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal, y a la defensa del Estado de derecho.

Frente a los embates que se vienen dando a la Justicia, tendientes a horadar su función y a evitar que cumpla la misión que le ha sido asignada, propondremos un plan global de fortalecimiento desde diferentes aspectos (recursos humanos, tecnológicos, modos de designación de funcionarios, incorporación de valores éticos, etc.), en el entendimiento que la justicia independiente y libre, es un pilar esencial en el combate de la corrupción.

El objeto de la siguiente cuestión se circunscribirá a la necesidad de consolidar Gobiernos abiertos y transparentes. Se destacarán, por lo tanto, algunas buenas medidas implementadas en los últimos años, que, no obstante, han sido insuficientes para transparentar por completo la gestión pública. Además, se sugerirán medidas indispensables y se analizará la necesidad de incorporar en la función pública el uso de herramientas tecnológicas, programas de cumplimiento público (*public compliance*) y unidades éticas en organismos con riesgo de corrupción.

En suma, se establecerá que, si se pretende producir un cambio real en esta materia y disuadir cualquier intento de defraudar las rentas del Estado, es imperioso desarrollar una cultura de integridad, fortalecer la Justicia e implantar sistemas transparentes, Gobiernos abiertos y buenas prácticas en los poderes del Estado.

En definitiva, se buscará saciar el reclamo de la ciudadanía y la democracia constitucional: que la acción de los gobernantes se oriente al bien común, que se transparenten todos los procesos administrativos y que los ciudadanos sientan que sus instituciones son fuertes para construir un futuro mejor en un Estado de derecho pleno.

CAPÍTULO I

MARCO GENERAL DE LA CORRUPCIÓN

1.1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

La corrupción es un fenómeno global que descompone las relaciones humanas y que afecta los sistemas políticos y la credibilidad de las instituciones del Estado. Sin embargo, se ha erigido desde antaño en una práctica habitual y constante. La corrupción alcanza prácticamente todas las actividades humanas públicas, privadas, sociales, profesionales, académicas, deportivas y hasta de recreación.

Es usual toparse diariamente con acciones corruptas que, lejos de provocar rechazo, se toleran y hasta se admiten como parte irremediable de lo que suele suceder en el seno de la sociedad. Así, a los ciudadanos no los perturba que los empleados públicos aceleren un trámite administrativo tedioso a cambio de una dádiva, o que, por recibir una contribución, los funcionarios omitan labrar un acta de infracción, aplicar una multa o clausurar un local.

La sociedad también es complaciente con el empleo de recursos del Estado para fines particulares, como, por ejemplo, la sustracción de bienes, las adquisiciones innecesarias o los manejos irregulares de los fondos públicos. Además, tolera la elusión del pago de impuestos (solo se paga si el riesgo de sanción es real), la inasistencia al trabajo sin justificación, los favores a familiares o amistades en desmedro de los intereses de terceros y hasta la designación de un amigo inepto en un cargo público.

En suma, la ciudadanía es condescendiente con la pequeña corrupción que, por lo general, involucra a agentes públicos de menor jerarquía y pone en juego menores montos de dinero. Si bien se trata de episodios de menor entidad, lo cierto es que la habitualidad, la cotidianeidad y la reiteración de actos de esta naturaleza van creando hábitos relajados que, poco a poco, provocan patrones de conducta ilegales que no se perciben como verdaderas corruptelas.

Así, se naturaliza la trampa, el acomodo, la “avivada criolla”, la ilegalidad, y solo en ciertos casos graves se produce una reacción; por ejemplo, cuando, en tiempos de pandemia por el COVID-19, se conocieron casos de “vacunados vip”, esto es: políticos, sindicalistas, periodistas, empresarios, artistas, etc., allegados al Gobierno de turno, que

lograron vacunarse salteando el orden establecido por el mismo Ministerio de Salud¹. La mayoría de estas personas no era personal sanitario ni gente mayor de 80 años, es decir, no era población prioritaria para aplicarse la vacuna, según las disposiciones del Ministerio de Salud.

A pesar de que, como consecuencia de estos hechos, el ministro de Salud se vio obligado a renunciar, desde el propio Gobierno se banalizó lo ocurrido y hasta se hizo referencia a que las investigaciones iniciadas por jueces y fiscales eran una “payasada”. Esto provocó que la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Nación emitiera un comunicado en el que expresó su preocupación por la intromisión indebida del Poder Ejecutivo en otro poder del Estado².

Excepto por hechos notoriamente inmorales como los señalados, por lo general, estos comportamientos anómalos no son vistos como tales, sino como nimiedades sin mayores consecuencias o con reproches menores. La circunstancia de que no exista un rechazo mayor indica que la costumbre va reemplazando el reproche moral y el jurídico-penal.

Y esto es peligroso porque, en la Argentina, existe una tendencia a la ilegalidad y a la falta de respeto a la ley, que permite justificar no solo las corruptelas menores, sino también la llamada “gran corrupción”. Es necesario tener cuidado en este punto, ya que no es lo mismo el delito de bagatela que un fraude colosal, que involucra a altos funcionarios y que genera enormes perjuicios socioeconómicos al Estado.

Un estudio realizado por Boniolo (2010) en la ciudad de Buenos Aires refleja que los entrevistados percibían la corrupción como algo común. Esto hace pensar que, en aquellos sectores donde las prácticas indecorosas, desviadas de la ley, son frecuentes, la sociedad va perdiendo su capacidad de reacción. A su vez, la corrupción se toma como parte de un régimen o sistema inmodificable que opera de acuerdo a sus propias reglas.

Así, tampoco genera demasiado escándalo que los empresarios dedicados a la construcción de obra pública ofrezcan gratificaciones (sobornos) a los funcionarios del Estado encargados de realizar “un gran negocio”, o que acepten ser sobornados para financiar campañas políticas. No llama la atención que una licitación esté preparada para

¹ Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/politica/acomodado-robo-compra-variantes-conseguir-vacunas-sombras-nid2608320>.

² Consultar <https://www.amfjn.org.ar/comunicados/>.

que gane una empresa determinada; tampoco causa sorpresa el tráfico de influencias, los *lobbies*, las trabas burocráticas que obligan a pagar coimas, las patotas sindicales que sobornan para que se permita trabajar, la apropiación de fondos públicos o la existencia de un sistema aceitado de corrupción.

A pesar de que todos los actos de corrupción debieran producir la repulsa de la sociedad, no hay duda de que aquellos actos ilegales que se llevan a cabo en el seno de la función que desempeñan los servidores y funcionarios del más alto nivel son los que mayor impacto provocan. Y esto se debe a que la sociedad observa que la corrupción política no distingue la esfera pública de la privada, y que los que están en el poder tratan la cosa pública como si fuese de su propiedad. Es más, organizan el Estado con estructuras y leyes que son funcionales a sus intereses, dejando de lado el bien común.

En la gran corrupción, aparece el peligro de la cooptación del Estado por los grupos de interés, sean estos los partidos políticos o los grupos económicos privados. Es el caso de las grandes empresas proveedoras o concesionarias del Estado, que obtienen contratos y eluden controles en connivencia con el poder político; también el de los grupos económicos que financian las campañas de los partidos políticos, para luego influir en sus decisiones (Gilli, 2014).

Para ser francos, tanto en la pequeña como en la gran corrupción se vislumbra un comportamiento motivado por un escaso grado de institucionalización y por un elevado desprecio hacia las normas jurídicas y morales, que, a lo largo del tiempo, van mancillando la estructura social. No obstante, debe decirse que, desde el punto de vista de la sociedad, la gran corrupción aparece como más grave.

Cuando se habla de cómo se percibe la corrupción, es fundamental distinguir, por un lado, la posición de quienes se encuentran alejados de los entornos contaminados por actos ilegales, que por lo general adoptarán una posición de reprobación, y, por el otro, la de aquellos que integran sectores cuyas prácticas colusorias se suelen desarrollar cotidianamente en el ámbito social, profesional o del trabajo.

Autores como Julián, M. y Bonavia, T. (2017) citan estudios en los cuales han encontrado que la proximidad psicológica a personas que tienen conductas deshonestas hace que aumente la tendencia a realizar esas mismas acciones. De igual modo, se observa que estos actos son más proclives a ser aceptados por los demás si ha habido una erosión gradual de los criterios éticos.

Como venimos desarrollando, si un individuo percibe que sus conductas (entendidas como corruptas) son frecuentes en su grupo cercano, que le brindan beneficios y que no le acarrearán mayores sanciones, entonces estas no constituirán una violación de las normas del grupo. Por consiguiente, habrá un reforzamiento intragrupal de los comportamientos corruptos y un aumento en la dificultad para reducirlos en el futuro.

Los seres humanos, como seres sociales, deben buena parte de su desarrollo al contexto en que realizan sus tareas y en el que viven. Hay contextos que permiten –más que otros– un crecimiento armónico y una conducta alejada de las corruptelas, pero también hay ambientes o entornos que son muy nocivos y que hacen prácticamente imposible actuar con integridad.

Mishra (2006) señala con lucidez que la omnipresencia de las conductas corruptas contribuye a su persistencia. Es decir, en aquellas comunidades en las que comportarse de manera corrupta se convierte en algo normalizado y conveniente, las políticas y los incentivos contra la corrupción pierden toda su eficacia.

El papa Francisco (2013) asegura que la corrupción no es un acto, sino un estado personal y social en el que uno se acostumbra a vivir. Los valores (o desvalores) de la corrupción son integrados en una verdadera cultura, con capacidad doctrinal, lenguaje propio, modo peculiar de proceder. Es una cultura de pigmentación, por cuanto convoca prosélitos para bajarlos al nivel de la complicidad admitida. Esta cultura tiene un dinamismo dual: de apariencia y de realidad, de inmanencia y de trascendencia.

El alma se habitúa al mal olor de la corrupción. Sucede lo que ocurre en un ambiente cerrado: solo quien viene de afuera se percata de la atmósfera enrarecida. Y, cuando se quiere ayudar a una persona así, el cúmulo de resistencias es indecible.

La naturalización de la corrupción por parte de la sociedad es un síntoma de debilidad y de inconsciencia ciudadana que dificulta la visualización, la concientización de la gravedad del fenómeno, como también la investigación y, por supuesto, la correcta represión de estos delitos, todo lo cual repercute en diferentes ámbitos.

Esta debilidad es aprovechada especialmente por los políticos y gobernantes corruptos. Así pues, la corrupción puede ser especialmente grave en el imaginario político y en la práctica para un Estado de derecho democrático, y, probablemente, no tanto para otras formas de Estado, porque la corrupción produce una progresiva distorsión de un régimen

político, de forma que termina por transformarlo. Cuando se trata de un régimen democrático, que de por sí tiene características extraordinariamente frágiles, el riesgo de desnaturalización es mucho mayor (Rodríguez-Dincourt Álvarez, 2017).

Nótese que diversas investigaciones realizadas en Perú han coincidido en diagnosticar que la tolerancia a la corrupción es una práctica de pragmatismo desmesurado. Esto permite que exista una tolerancia hacia el candidato “que roba pero que hace obras”, o, en otras palabras, hacia el liderazgo corrupto pero eficaz.

Uno de los asuntos centrales de este esquema no es solamente el ético, sino también el problema de cómo el concepto pragmático de la verdad persuade el juicio sobre la idoneidad de un político, que es reducido a su labor como gestor de obras. El pragmatismo mordaz y vil mencionado por los investigadores y analistas es una forma de hacer “política” sin política, y de reducirla a una dimensión administrativa de hacer obras para satisfacer necesidades básicas e importantes de un sector de la población desfavorecido (Sime-Rendon, 2016).

Así, cada vez es más frecuente escuchar discursos de políticos y funcionarios que, para legitimar sus malas prácticas, expresan que su accionar está dentro de lo habitual y tradicionalmente aceptado por la función pública. Cuando esos casos son judicializados, expresan su indignación vociferando que el Poder Judicial pretende “marcarles la cancha”.

Es más, hasta se han animado a justificar (sin ni siquiera sonrojarse) el robo al Estado como parte de una gratificación por el tiempo que les demandó “trabajar por la patria”. Soslayan estos funcionarios que la “sociedad” remunera ese trabajo con el pago de los impuestos, y que es su deber administrar los recursos honestamente, con integridad y sin dilapidar los bienes de la comunidad.

El santo padre Francisco (2020), en su encíclica *Fratelli Tutti*, sobre la fraternidad y la amistad social, destaca que la política ya no es una discusión sana sobre proyectos a largo plazo para el desarrollo de todos y del bien común. Antes bien, se trata de recetas inmediatistas de *marketing* que encuentran en la destrucción del otro el recurso más eficaz. En este juego mezquino de las descalificaciones, el debate es manipulado hacia el estado permanente de cuestionamiento y confrontación.

En el apartado 113 de la encíclica, el papa destaca lo siguiente:

Ya hemos tenido mucho tiempo de degradación moral, burlándose de la ética, de la bondad, de la fe, de la honestidad, y llegó la hora de advertir que esa alegre superficialidad no ha servido de poco. Esta destrucción de todo fundamento de la vida social termina enfrentándonos unos con otros para preservar los propios intereses (...) Cada sociedad necesita asegurar que los valores se transmitan, porque si esto no sucede se difunde el egoísmo, la violencia, la **corrupción** en sus diversas formas...

La renuncia a implantar una conciencia social colectiva más escrupulosa, una cultura del encuentro menos permisiva con la gran corrupción y con las corruptelas menores es algo que resulta altamente preocupante (Del Moral García, 2016), dado que quienes participan en prácticas corruptas suelen establecer redes integradoras y estables que se consolidan con el tiempo.

Y, para lograr ese efecto y también el apoyo popular, se valen de estrategias reprochables como mecanismos de mantenimiento de apoyo político necesario para seguir extrayendo más recursos en el futuro —es el caso de la distribución, en ciertos sectores, de las rentas extraídas de la actividad corrupta—.

Así, al político corrupto, en democracia, no le conviene retener la totalidad de los beneficios de sus actividades ilícitas, sino que, en la medida de lo posible, tendrá interés en compartir una parte de los recursos públicos con el electorado, para así galvanizar su apoyo. Esto se da de modo directo con la compra de votos, o, de modo más sutil, con las prácticas clientelares, como el reparto discrecional, condicionado al apoyo político, de recursos de todo tipo: desde puestos de trabajo hasta contratos públicos, pasando por licencias de actividades económicas o ayudas sociales (Muñoz, 2019).

El clientelismo es una modalidad de corrupción altamente peligrosa y una problemática que con mucha frecuencia se investiga en el ámbito de las ciencias sociales, sobre todo en América Latina, donde algunos autores han llegado a plantear que es una institución permanente y estable de los ordenamientos políticos. En efecto, frente al contexto regional latinoamericano, donde no se ha alcanzado una democratización social plena, es decir, donde todavía existen grandes sectores de la sociedad que permanecen marginados, el clientelismo político emerge de la mano de la incapacidad del Estado de garantizar el bienestar de todos los ciudadanos (Moya Díaz, 2017).

Muy sintéticamente, esta relación de dominación que se practica de manera oculta, esto es, sin ser visible para la sociedad ni para las personas que forman parte del intercambio clientelar, funcionaría del siguiente modo: intercambio de bienes, servicios, planes sociales, favores, ayudas, etc., a cambio de un apoyo político incondicional, que incluye,

entre otras cuestiones, la asistencia a las marchas para hacer número y lo máspreciado: los votos.

El desprecio de los débiles puede esconderse en formas populistas de gobierno que los utilizan demagógicamente para sus fines. El populismo es insano cuando sirve para instrumentalizar políticamente la cultura del pueblo, con cualquier signo ideológico, al servicio del proyecto personal y de su perpetuación en el poder. Así, los planes asistenciales solo deberían pensarse de manera pasajera, pues ayudar a los pobres con dinero debe ser siempre una solución provisoria. El gran objetivo debería ser permitirles una vida digna a través del trabajo (Francisco, 2020), y no la utilización de esa herramienta para la obtención de votos.

Para Villoria (2016), la esencia de este pacto corrupto consiste en un intercambio discrecional y particularista de favores, en el cual los responsables políticos deciden la concesión privilegiada e, incluso, ilegal de derechos y prestaciones, a cambio de apoyo electoral o económico a quienes forman parte de sus redes.

Los recursos que se vuelcan en este intercambio muchas veces provienen de prácticas ilegales, como sobrepuestos en las contrataciones con el Estado, o de licitaciones otorgadas de manera anómala, etc. Todo esto permite asegurar un flujo de dinero para el movimiento clientelar y garantiza el funcionamiento de la red en el territorio. En esas condiciones, la corrupción es doble por los recursos mal habidos y porque con esos recursos se intenta cooptar la voluntad de los más vulnerables.

Por eso, para muchos la política hoy es una mala palabra, y no se puede ignorar que detrás de este hecho están a menudo los errores, la corrupción, la ineficacia de algunos políticos (Francisco, 2020), como también las prácticas clientelares.

Tan preocupante es el clientelismo que algunos autores han estudiado sus diferentes manifestaciones y lo han clasificado en electoral, corporativo y de partido (Villoria, 2016).

En el **clientelismo electoral**, el cliente es el votante que da su voto a aquel partido que, por promesas hechas personalmente por el candidato o por sus representantes, le garantiza mayores favores o beneficios materiales exclusivos. Una modalidad de clientelismo electoral se da cuando el político favorece con sus decisiones un área geográfica

determinada, que es aquella donde fundamenta su carrera política y donde tiene sus redes de apoyo.

El **clientelismo de base corporativa** se caracteriza por que el cliente es una persona jurídica que aporta dinero o apoyos materiales a cambio de que se le adjudiquen contratos, subvenciones o concesiones públicas de manera fraudulenta, de que se le faciliten trámites o de que se le entregue información privilegiada.

Finalmente, en el **clientelismo de partido**, el cliente es un miembro del partido que pone su red de clientes internos al servicio de determinada facción o candidatura, a cambio de obtener un puesto de responsabilidad en el partido o en el Gobierno. Así llegan a puestos importantes personajes indeseables que terminan “desangrando” los caudales públicos.

Cuando la corrupción y el clientelismo se convierten en un estilo de vida, se desvirtúa el ejercicio del poder, se destruye el sentido cívico y se socava la esencia misma de la democracia. Los partidos de clientela buscan tener dominio sobre el Poder Legislativo y sobre el Ejecutivo, a fin de impedir cualquier cambio que se juzgue nocivo a su dominio (Gilli, 2014). En consecuencia, omiten cumplir con el deber de buscar el bien común y de desarrollar una buena política que abra caminos de construcción de comunidades en los distintos niveles de la vida social.

En definitiva, donde imperan las redes clientelares, se produce un funcionamiento parcial y fraudulento de las instituciones del Gobierno, dado el fuerte efecto de dependencia que tiene la consolidación de las redes de patronazgo o clientelismo. La politización de las instituciones de control y de la propia Administración hace que resulte muy difícil combatir adecuadamente el fenómeno.

El papa Francisco³, en su discurso ante una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en octubre de 2014, aseguró:

La corrupción es ella misma también un proceso de muerte: cuando la vida muere, hay corrupción. Hay pocas cosas más difíciles que abrir una brecha en un corazón corrupto: “Así es el que atesora para sí y no es rico ante Dios” (Lc 12,21). Cuando la situación personal del corrupto llega a ser complicada, él conoce todas las salidas para escapar de ello como hizo el administrador deshonesto del Evangelio (cfc. Lc 16,1-8).

Concluye que la corrupción es un mal más grande que el pecado. Más que perdonado, este mal debe ser curado. La corrupción se ha convertido en algo natural, hasta el punto

³ Tuvo lugar el 23 de octubre de 2014 en la Sala de los Papas.

de llegar a constituir un estado personal y social relacionado con la costumbre, una práctica habitual en las transacciones comerciales y financieras, en los contratos públicos, en toda negociación que incluya agentes del Estado.

No hay nada más grave para la sociedad ni nada más provechoso para el corrupto que la miopía de la comunidad frente a las prácticas clientelares perversas y a la institucionalización de la corrupción. Cuando la sociedad adopta una postura complaciente con la corrupción y percibe que en su entorno es algo común, se produce lo que se denomina “una condescendencia escandalosa”.

Esta descripción muestra lo pernicioso que resulta que las prácticas corruptas y los malos hábitos se enquisten en el seno social, pues, cuando la ilegalidad se convierte en el modelo o esquema frecuente del Estado, es muy difícil enfrentarlo y desterrarlo.

Es justamente este contexto el que nos lleva a trabajar en uno de los ámbitos más proclives a la corrupción y, por ende, más riesgosos y permeables. Constituye una de las “zonas de mayor riesgo”: la contratación pública –concretamente, la obra pública–.

En Argentina, como se verá, la obra pública se ha presentado como fuente principal de corrupción, negociaciones incompatibles, enriquecimiento ilícito y defraudación en perjuicio de la Administración.

Pero, antes de abordar una problemática tan compleja, es necesario brindar un panorama general de la situación y del fenómeno de la corrupción. Esto requerirá realizar un análisis multifactorial del origen y del concepto, que se contrapone a los lineamientos éticos, las buenas prácticas y las reglas de transparencia e integridad.

En este abordaje revisaremos lo que viene sucediendo en el país desde hace décadas, la importancia de los medios de comunicación para dar a conocer los hechos de corrupción, la tolerancia electoral hacia esta actividad, entre tantos otros temas relevantes, hasta llegar al nudo de la cuestión.

1.2. ORIGEN DE LA CORRUPCIÓN

Resulta muy difícil establecer la génesis de la corrupción, pues es una conducta que estuvo siempre presente en la historia de la humanidad, lo que delata su permanencia a lo largo del tiempo.

Diferentes motivos se esbozan para justificar y explicar por qué la corrupción ha atravesado diferentes siglos, épocas y hasta movimientos culturales. Algunas de esas razones son la tibieza para encarar el problema, la falta de compromiso con el rol social, la ausencia de visibilidad de las consecuencias que genera, así como la relativización de la cuestión moral y de la ética. Hasta se ha sostenido que la corrupción se encuentra arraigada en la costumbre y en la naturaleza humana.

No es posible considerar que la corrupción sea algo innato del ser humano; la persona no nace corrupta, sino que las circunstancias, las situaciones o las condiciones de la vida en sociedad posibilitan que su pureza se vaya pervirtiendo.

Los argumentos que tienen mayor peso son la falta de integridad de la Administración pública y la ausencia de conductas éticas o morales en la sociedad. Si la corrupción se alimenta del abuso del poder y si desemboca en la búsqueda de beneficios particulares, esto se debe a la generalización de una cultura de incumplimiento de las reglas.

Así, la falta de acatamiento a las normas se entrelaza inevitablemente con lo moral y con el sentido ético, un tema que ha despertado enorme preocupación en los grandes pensadores de todas las épocas. Veamos.

1.2.1. LA ÉTICA Y LA MORAL EN SÓCRATES, PLATÓN Y ARISTÓTELES

Reiteradamente, varios filósofos distinguidos se plantearon el problema del saber, el poder, la honradez, la virtud y el bien moral.

En el caso de Sócrates, su sentido ético fue tan estoico que terminó siendo juzgado y condenado a muerte porque, según sus perseguidores, pervertía a la gente por hacerla pensar y porque, de alguna manera, compelió a la sociedad a tomar conciencia de que sus gobernantes eran todo lo contrario de lo que debían ser. Nótese que, a pesar de haber podido huir de la prisión, se negó a hacerlo porque ello era contrario a la ley.

Fue Platón, discípulo de Sócrates, quien narró, en el conocido diálogo *El Critón*, un encuentro en prisión en el que deja al descubierto que la ética y la integridad de Sócrates están por encima de cualquier otro bien preciado, como el poder, el dinero, la libertad e, incluso, la vida. Critón, uno de los amigos más cercanos de Sócrates, lo visitó en la cárcel y le propuso la fuga: él, junto con otros discípulos, lo ayudarían a escapar a otra ciudad.

Sin embargo, Sócrates respondió en nombre de la razón, el deber y la integridad: “He aquí lo que debemos reflexionar: si es justo que yo trate de salir de esta cárcel sin la anuencia de los atenienses o no lo es”.

La ética de Sócrates es un ejemplo válido hasta el día de hoy, pues, si él escapaba, iba a generar un daño a la ciudad, al atacar su sistema de justicia y sus leyes. Recordemos que la polis no solo era un lugar físico, una entidad abstracta para el griego, sino que era su hogar, su patria, su querencia más íntima y su ideal supremo (Barylko, 2005).

De ahí que las reflexiones y vivencias de Sócrates representen el papel ejemplar del buen ciudadano incorruptible, que antepone en todo momento el bien social a sus intereses personales, aun en el caso extremo de que en este planteamiento esté en juego su propia supervivencia (Fernández Ajenjo, 2019).

Estos valores son retomados por el propio Platón, quien destaca el bien moral, el saber, el poder y la verdad. En sus obras logra desprenderse de lo particular, para referirse a los conceptos de gobierno, patria, sociedad, hombre, bien y mal, todos relacionados con la verdad y la falsedad. Concretamente, centró el estudio de lo justo y de lo injusto en *La República*. Su objeto se orientó a demostrar la necesidad moral, tanto para el Estado como para el individuo, de regir toda su conducta según la justicia. Para Platón, el ideal de una sociedad perfecta y dichosa consiste en que la política esté subordinada a la moral (De Azcárate, 1872).

Y este último concepto es destacable porque, en los tiempos actuales, rara vez se observa que la moral o la ética rijan la conducta de los gobernantes. Por el contrario, en general, es fácil encontrar funcionarios inescrupulosos que anteponen sus intereses personales o los de sus amigos/correligionarios por sobre el bien común.

El ser moral es también enseñado por Aristóteles cuando desarrolla la teoría del justo medio, que consiste en evitar los extremos. Concretamente, afirma que el hombre debe hallar la razón del bien en su justo medio, es decir, entre las pasiones contrarias.

Barylko (2005) expone esta idea y retoma, además, el relato de los mitos, de las grandes aventuras y epopeyas de los pueblos, para explicar esta cuestión de manera gráfica en la historia de Ulises:

Ulises y sus compañeros navegaban por los mares. En un tramo del viaje se avecinó un peligro: el canto de las sirenas. Las sirenas, a diferencia del imaginario actual, eran pájaros

monstruosos que cantaban para atrapar a sus víctimas, a quienes luego devoraban. Ulises ordenó a sus compañeros que lo amarraran al palo mayor de la nave, de modo que, cuando surgiera el canto de las sirenas, lo oyera, pero no pudiera moverse para ir tras ellas. Al resto de su tripulación les puso cera en los oídos para que no pudieran escuchar las canciones.

Cuando el canto de las sirenas se dejó oír, Ulises, amarrado al palo, se sacudía desesperado por correr tras las voces, pero, al estar atado, las sirenas no consiguieron que fuera tras ellas, lo que le permitió sobrevivir.

La historia de Ulises tiene relación con el problema de la corrupción, pues, por un lado, refleja la debilidad frente a la tentación del mal y, por el otro, grafica lo difícil que resulta aferrarse a los valores de la integridad, de la ética y del ser moral, así como evitar caer en la trampa de la corrupción.

1.2.2. EL FLAGELO DE LA CORRUPCIÓN EN ROMA

Continuando con la evolución de la historia, podemos recordar que, en la etapa final de la república, la propia Roma padeció el flagelo devastador de la corrupción, que la obligó a sancionar una serie de leyes referidas tanto a quienes desempeñaban cargos públicos como a las contiendas electorales.

Un buen resumen de estas leyes se puede encontrar en el trabajo de Robles Velasco (2017), quien explica que, a pesar de la sanción de las normas señaladas, la corrupción continuaba. Destaca el autor que el gobernador de Sicilia, Verres, se convirtió en el arquetipo originario del corruptócrata incorregible. Se calcula que robó al erario más de cuarenta millones de sestercios y que depredó literalmente a su provincia.

Un personaje interesante de esta época fue Marco Tulio Cicerón, que se esforzaba por presentar al gobernador como un caso claro de avidez de poder, al afirmar que su conducta representaba la norma en buena parte del Imperio romano: “El poder proporciona al hombre numerosos lujos, pero un par de manos limpias es algo que rara vez se encuentra entre ellos” (Robles Velasco, 2017).

Cicerón nació en el año 106 a. C., cuatrocientos años después de que Roma hubiese instaurado la república tras expulsar a su último rey, y llegó a ostentar los cargos más

elevados cuando el gobierno constitucional se estaba desmoronando a causa de la corrupción. Cicerón era la conciencia incómoda de Roma y, por esa razón, fue despojado prontamente del poder. Guiado por la frustración, comenzó a escribir sobre cómo debía dirigirse un gobierno y sobre la ética, la moral y la corrupción.

Algunas de sus ideas fueron sintetizadas magistralmente por Philip Freeman (2013) del siguiente modo:

La mejor forma de gobierno es la que se basa en el **equilibrio de poderes**. Hasta los monarcas más nobles se trocarán en tiranos si nada restringe su reinado, del mismo modo que la democracia está condenada a caer en el dominio de la turba si no se limita el poder popular. Un gobierno justo debe fundarse en un **sistema de supervisión y equilibrio**. Hay que recelar del dirigente que elude las leyes constitucionales de conveniencia o seguridad (el destacado nos pertenece).

Quienes nos dirigen deberían poseer un carácter y una **integridad** excepcionales. Los gobernantes de una nación han de estar dotados de un valor, una capacidad y una resolución notable. Los verdaderos dirigentes anteponen siempre los intereses de su patria al suyo propio (el destacado nos pertenece).

La corrupción destruye a la nación. La codicia, los sobornos y el fraude devoran a un estado desde el interior y lo hacen débil y vulnerable. La corrupción no es solo un mal moral, sino una amenaza práctica que, como mínimo, desalienta a la ciudadanía, y en el peor de los casos la hace presa de la cólera y la incita a la rebelión.

Todos estos enunciados debieran incorporarse como principios básicos de cualquier gobierno, ya que muestran claramente cómo la falta de integridad lleva inexorablemente a la corrupción. Cuando un grupo de gobernantes logra diferenciarse en una casta que adquiere privilegios de cualquier clase, el mal de la corrupción se inserta de forma generalizada en el conjunto social (Fernández Ajenjo, 2019).

Precisamente, fue un líder religioso y no un líder político quien produjo un antes y un después en la historia de la humanidad. Se trata de Jesús de Nazaret, cuyos valiosos aportes y enseñanzas se erigen, aún en la actualidad, en una guía de cómo proceder con nobleza, ética e integridad.

En su faceta humana fue capaz de luchar con humildad por un ideal, atreverse a expulsar a los fariseos del templo, desafiar a quien estuviera libre de pecado a que arrojara la primera piedra, y aceptar la crucifixión ordenada por un poder ilegítimo. Así, Jesús puso en jaque a los poderosos de la época, a partir de la sumisión, la decencia y la aceptación de la muerte por el bien de la humanidad.

En la vida de Jesús están permanentemente presentes el sentido ético y moral de la vida, la lucha entre el bien y el mal, y el pecado como elemento o hecho corruptor.

Esto se ve bien claro en el pasaje bíblico que relata la conversión de Zaqueo, el recaudador de impuestos. En concreto, Zaqueo, al ser elegido por Jesús para que lo recibiera en su casa, le manifestó: “He aquí, señor, la mitad de mis bienes doy a los pobres; y si en algo he defraudado a alguno, se lo devuelvo cuadruplicado”.

Este gesto fue considerado por Jesús como una verdadera transformación. Actitudes como la narrada permiten reflexionar acerca de cuán deseable sería que los políticos, gobernantes y mandatarios experimentaran el arrepentimiento, la autocrítica y la redención.

1.2.3. HACIA LA ILUSTRACIÓN

Siglos después de Jesús, surgió el pensamiento de San Agustín, ejemplo de corrupto converso que dejó atrás comportamientos disolutos y contrarios a las buenas costumbres públicas, para transcribir en sus diálogos los beneficios de la plena dedicación a la búsqueda del bien y de la verdad, así como el papel del mal como baremo para medir la plenitud de la libertad del hombre (Fernández Ajenjo, 2019).

Otro gran ejemplo de tolerancia, templanza y rectitud es el de Tomás Moro (1478-1535), lord canciller de Inglaterra, que fue decapitado mediante un decreto del rey Enrique VIII, con quien tenía una amistad. Tomás Moro era admirado por el rey por su coherencia de vida, por su gran formación y por las obras que había escrito. En virtud de que el rey se quería separar de su esposa, le solicitó a Moro que dispensara su matrimonio y que lo anulara con fundamentos que forzaban inadecuadamente la letra de la Biblia. Prácticamente todas las personas que tenían poder aceptaron la argucia real, salvo Tomás Moro, que se opuso; y esto tuvo sus consecuencias. Las presiones que sufrió por parte de los poderosos de su tiempo fueron enormes; no obstante, él se aferró a ese “no” porque no hacerlo atentaba contra su conciencia moral (Rojas, 2016).

Una de sus obras más importantes, *Utopía*, tuvo impacto en el ámbito del pensamiento político e institucional. Con ella, Tomás Moro buscó alertar sobre situaciones dadas que, a su criterio, debían ser modificadas.

El libro primero es una crítica cruda a las acciones del rey, en el sentido de que solo atendía los consejos de las personas que lo adulaban o elogiaban sin espíritu crítico, y que

legitimaban ciegamente sus atrocidades. En la segunda parte, se describe un ideal de gobierno y de sociedad.

La introducción explica que la obra se inscribe en aquella larga tradición del escrito político iniciado ya por Aristóteles y por Platón, donde se muestran las vinculaciones entre lo político y su instrumentación por el puente que establece entre ellos la filosofía. Refiere, además, que tal vez ello explique por qué los reyes y los príncipes no buscaban el subsidio de los filósofos para los asuntos públicos y sí, en cambio, el favor elogioso de quienes los justificaban en sus acciones.

Más adelante, Montesquieu (1906), pensador de la Ilustración, destaca en *El espíritu de las leyes* que no alcanza con respetar las leyes, pues en ocasiones es la propia ley la que permite la trampa. Afirma que hay dos clases de corrupción: una cuando el pueblo no observa las leyes; otra cuando es corrompido por las leyes.

El autor, preocupado por el problema de la corrupción, dedica al tema el libro VIII, titulado “De la corrupción de los principios de los tres gobiernos”. Allí describe cuándo el pueblo cae en una condición desgraciada:

Quando aquellos a quienes se confía, queriendo ocultar la propia corrupción, procuran pervertirle. Para que no vea su ambición, le hablan sólo de su grandeza; para que no repare en su avaricia, lisonjean continuamente la de él. La corrupción aumentará entre los corruptores y entre los que están ya corrompidos. El pueblo se distribuirá los caudales públicos, y como habrá reunido a su pereza el manejo de los negocios, así también querrá unir a su pobreza las diversiones del lujo; pero con su pereza y su lujo, su sola aspiración será el erario público. No habrá que admirarse si se ve dar los votos por dinero. No puede darse mucho al pueblo sin sacarle más todavía, pero para esto es preciso trastornar el Estado...

Tal como se señaló en la presentación, Montesquieu expone claramente cómo la corrupción emana de las altas esferas del Estado y cómo repercute en el pueblo, al que le otorga parte de lo que se roba, como una forma de anestesiar toda reacción y de contentarlo. No obstante, en rigor de verdad, lo único que provoca es que se propague aún más la corrupción y que se trastoquen valores fundamentales para la vida en sociedad. Así, cuando “la república se ha corrompido no puede remediarse ninguno de los males que sobrevienen...”.

Una idea que subyace de este pensamiento es que la corrupción de un gobierno casi siempre comienza por sus “principios”. La naturaleza, las dinámicas y las ramificaciones del abuso de poder y la corrupción se extienden mucho más allá de cualquier acotación básica. El abuso de poder y la corrupción, como venimos observando, se encuentran históricamente presentes en todas las formas políticas.

Por eso, el pensador iluminista afirma que todo gobernante tiende al uso despótico del poder y que todo hombre investido de poder abusa de él. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. Para evitarlo, la única solución es encontrar una disposición de las cosas de la cual derive una situación en la que el poder detenga el poder; por ello se hace indispensable la separación de este.

Estas concepciones se replican en otro de los pensadores que ocupan un lugar de privilegio en el escenario del pensamiento iluminista: Cesare Bonesana, marqués de Beccaria (1993). Su obra lo ha consagrado como un pensador destacado de la época y ha sido la piedra angular de todas las reformas penales que permitieron el posterior desarrollo de la disciplina en la forma en que se presenta contemporáneamente.

De la lectura de la obra *De los delitos y de las penas*, publicada en 1764, cuando el autor tenía apenas 25 años, puede apreciarse una firme convicción y apego a los valores éticos, a pesar del contexto histórico brutalmente represivo⁴. Esta circunstancia hace que el pensador se destaque al mostrar preocupación por la integridad y por la corrupción en sus diversas formas y dimensiones.

Así, en el capítulo referido a la “Oscuridad de las leyes”, expone su intranquilidad respecto de las leyes que no son claras, pues estas se prestan a las interpretaciones más variadas y dan lugar a la oscuridad (entendida como falta de transparencia). Sin leyes escritas, una sociedad no tendrá jamás una forma estable de gobierno, y aquellas serán pasibles de que se corrompan pasando por el tropel de los intereses particulares.

En el capítulo "Indicios y formas de juicio", deja al descubierto su inquietud en relación con el despojo de toda subjetividad que debe demostrar un juez, pues este no debe buscar un culpable, sino la verdad. Así, en el apartado dedicado a los magistrados, menciona, como medio para evitar los delitos, interesar al magistrado más a la observancia que a su corrupción.

⁴ El rey de la Edad Media era una figura muy fuerte, pues era representación de Dios en la Tierra, Dios hecho persona. Por eso sus actos de gobierno eran prácticamente incuestionables. Bajo ese ropaje era fácil cometer cualquier tipo de atropello, abuso o arbitrariedad por parte de los más altos líderes. La ley valía por la voluntad del soberano y, para entrar en vigor, debía emanar de él. Contra esas monstruosas aberraciones inhumanas reaccionó la sociedad que forma parte de las luces. Las ideas liberales que llegaron de Inglaterra, con los enciclopedistas Diderot, D'Alambert y Holbach, se agudizaron en la pluma de Montesquieu (1775), quien con fina ironía atacó el derecho penal en sus bases; obra que fue continuada por Voltaire (1768) y por Rousseau (1778). En este contexto emerge la obra de Beccaria, con la clara influencia de los autores que iluminaron su pensamiento.

Del pensamiento del autor también se puede extraer que la impunidad conspira contra la erradicación de cualquier delito, en especial del delito de corrupción. Y esto es así porque la indemnidad de estos hechos genera un marco adecuado para que se estimulen y aumenten las actividades corruptas. En este sentido, la impunidad del corrupto es el peor ejemplo que recibe la sociedad por parte del Poder Judicial y representa un disparador para continuar saqueando el Estado.

Las palabras de Beccaria tienen vigencia en el sistema penal actual, a pesar de haber transcurrido más de dos siglos y no obstante los avances de la ciencia del derecho.

Cierto es que hoy ya no se viven las atrocidades que en otra época descompusieron el orden establecido, pero la nocividad de la corrupción en todos sus niveles sigue presente. Por eso no está de más recordar el pensamiento de este hombre que ha representado la gloria de servir a la justicia, y que aportó las luces de su entendimiento y su saber.

1.2.4. PERMANENCIA DE LA CORRUPCIÓN COMO ELEMENTO SISTÉMICO

El repaso realizado permite afirmar que la corrupción es un elemento sistémico, enraizado en las estructuras centrales de todas las sociedades, que ha estado presente a lo largo de la historia humana.

Especialmente, la corrupción se encuentra enquistada en los Estados (nacionales, provinciales y municipales), sin que haya podido reducirse, a pesar de que todos los políticos, en sus discursos, y como propaganda de campaña, se empeñan en mencionar que darán una “lucha despiadada contra la corrupción”. Eso sí, cuando les toca gobernar, lejos de eliminarla de sus Administraciones, proponen o establecen medidas débiles, sin metas claras que realmente ataquen los focos de riesgo.

Así, en general, no logran impedir ni reducir estas prácticas, y esto es así porque en muchas ocasiones la corrupción es funcional al Gobierno de turno, interesado en perpetuarse en el poder y en financiar sus propias campañas políticas. Esto ha llevado a autores como Malem Seña (2016) a afirmar que las élites políticas no desean combatir la corrupción, aunque la ciudadanía manifieste un rechazo claro hacia esta.

Se ha sostenido que el proceso de corrupción comienza con una *fase de nepotismo leve*, en la que, dentro de un cuerpo social sano, se empieza a pudrir la semilla que hará florecer

los escándalos de corrupción mediante la utilización de las relaciones personales para obtener pequeños favores, aparentemente inocuos, en el trato con las Administraciones públicas.

Tras este primer síntoma, el paso del tiempo hará que la segunda *fase de clientelismo gris* –del cual ya dimos referencias– germine. Aquí, el apadrinamiento ya no será altruista, sino a cambio de un precio en forma de regalos suntuosos y prebendas.

Así, la corrupción ya está lista para desarrollarse en la *fase de defraudación penal*, en la que los intereses de los gobernantes corruptos y los de sus eventuales agentes corruptores comienzan un intercambio lucrativo para ambas partes en forma de concesiones de beneficios públicos, como contratos o subvenciones a cambio de sobornos y de otros lucros personales. Si las sociedades se instalan largo tiempo en este clima de defraudación generalizado, pueden situarse en una *fase de corrupción sistémica*, en la que todos los sectores pierden el vigor por la defensa de los intereses públicos (Fernández Ajenjo, 2019).

Y, cuando la corrupción se vuelve sistémica e institucionalizada, las élites suelen colonizar los organismos de control y juzgamiento, utilizan un lenguaje anticorrupción puramente retórico, establecen medidas meramente simbólicas de lucha contra la corrupción y generan mecanismos para garantizar la impunidad.

Además, tal como aprecia Ghersi (2010), cuando la estructura sistémica está conformada, es muy difícil de investigar, combatir y castigar. Por lo cual, si se pretende tener cierta eficiencia en las investigaciones, se necesita crear cuerpos especializados que, por supuesto, no son generados por la clase política corrupta que se alterna en el poder. Para calmar los ánimos sociales, la realidad demuestra que se crean comisiones parlamentarias investigadoras que nunca terminan con resultados positivos.

1.3. CONCEPTUALIZACIÓN

1.3.1. LA INTEGRIDAD COMO OPUESTO DE LA CORRUPCIÓN

El repaso del apartado anterior nos permite mostrar cómo la integridad, la ética y la moral, a las que hicieron referencia los grandes pensadores, son expresiones que se contraponen a la corrupción.

Ciertamente, el vocablo “integridad” procede directamente del latín *integer*, que, al traducirlo, hace referencia a algo intacto, entero, incólume, genuino, sano, puro, honesto, imparcial, no contaminado, sin prejuicios, racional. A la vez, “íntegro” es sinónimo de “persona recta, proba, intachable, sólida, sin fisuras, coherente”. Por tanto, alguien puede ser definido como moralmente íntegro cuando, por hábito, actúa o se sitúa frente a la realidad de una manera respetuosa de la naturaleza de las cosas y de las relaciones entre ellas (Paladino - Debeljush - Delbosco, 2019).

De lo dicho se puede afirmar que íntegra es la persona que permanece fiel a sus principios, que es auténtica, que no tiene dobleces ni en sus intenciones ni en su conducta, que obra siempre en conciencia, que no elude sus responsabilidades.

Thomas Becker (1998) define la integridad como lealtad a los principios y valores racionales en el actuar. Es decir, la integridad de una persona está asociada a ser alguien de principios, que practica lo que dice haciendo caso omiso a las presiones emocionales o sociales y sin permitir ninguna consideración irracional que ponga en riesgo las convicciones racionales.

Las prácticas corruptas desintegran esa probidad y a la persona, tanto en su individualidad como en su relación con los demás, y provoca el debilitamiento personal y laboral. Justamente, la palabra “corrupto” se refiere a la pérdida de aquello que hace “completa” a la persona, y supone alterar o trastocar la forma de alguna cosa; implica también destrucción, devastación, ilegalidad o inmoralidad.

El papa Francisco (2013) ha recuperado esta acepción ontológica del término latino *con:rumpo*, o ruptura extremada de las cosas que produce putrefacción, para identificarla con una enfermedad del alma que la envenena y que le impide a la persona el cumplimiento de sus obligaciones sociales. Así, se encadena en un proceso patológico que genera un grave peligro de ruina personal y social.

Esta afección social se fundamenta en la existencia de corazones corruptos que se caracterizan por la inmanencia que los somete a la esclavitud de un tesoro que anestesia el buen espíritu, impidiendo detectar el mal olor que desprenden sus acciones. En definitiva, los desvalores de la corrupción constituyen una verdadera cultura con capacidad dogmática para extenderse por el cuerpo social; por ello, no estamos tanto ante un acto o conjunto de actos como ante un estado de la persona o de la ciudadanía (Fernández Ajenjo, 2019).

Esta primera aproximación deja en claro que la corrupción se presenta como el opuesto de la integridad, así como que tiene una connotación negativa. Desde esta visión, es posible comenzar a conceptualizar la corrupción e intentar superar el escollo que emerge al abordar esta problemática.

No hay un concepto unánime de corrupción, ni tampoco una definición mayoritariamente aceptada. Como se verá, confluyen en ella diferentes elementos y aspectos, tanto sociales como económicos, jurídicos y culturales, que impiden ensayar una única acepción.

Para empezar, diremos, siguiendo a Bour (2012), que hay dos elementos esenciales en la corrupción: una transacción voluntaria ilegal entre dos partes (el agente y alguien más) y la infidelidad hacia una tercera (el principal). Sin infidelidad, un crimen no constituye corrupción, sino otro delito diferente (robo, homicidio, etc.). El acto infiel está siempre presente en la corrupción.

Para expresarlo más claramente: si un empleado encargado de las compras pacta con un proveedor de materias primas un precio superior al que corresponde y luego se divide con él el resultado, este es un crimen conforme a la definición de corrupción.

La infidelidad y la falta de integridad aparecen en todas las definiciones, incluso en las clasificaciones de Fernández Ajenjo (2019) –que recurre a Heindeheimerbe–, cuando divide la corrupción en blanca, gris y negra. Sostiene el autor:

La corrupción blanca se caracteriza por componerse de actos que se alejan del imperativo moral, pero que son generalizadamente tolerados y aceptados por la opinión pública, la sociedad civil y las cúpulas políticas (v. gr. el favoritismo en la prestación de servicios públicos rutinarios).

La corrupción gris la conforman todas aquellas conductas de las cuales las élites y la opinión pública discrepan al momento de estimarlas corruptas o no. Actos defraudatorios que comienzan a recibir un reproche esporádico ante la inexistencia de un consenso social sobre su condena o permisibilidad (v. gr. nepotismo en el nombramiento de cargos públicos de confianza).

La corrupción negra son los actos que la clase política y la opinión pública consideran corruptos. La reacción social opta por perseguir y castigar estas prácticas (v. gr. la parcialidad en el nombramiento de cargos públicos meritocráticos).

Como es fácil observar en los tres ejemplos que se mencionan, la integridad se degrada cuando los cargos públicos no son ocupados por los mejores, sino por personas de confianza o elegidas “por acomodo” aunque no sean aptas para la función.

Claro que el abanico de casos de corrupción no se agota en la clasificación del autor; por el contrario, se viene observando que los casos graves de corrupción que afloran no se

limitan al favoritismo, al nepotismo o a la parcialidad. En todo caso, esos actos constituyen la preparación del terreno para que luego se lleven adelante hechos escandalosos de corrupción que minan la credibilidad de los funcionarios y de las instituciones.

1.3.2. DIFERENTES ENFOQUES

La corrupción como tal constituye una categoría cultural que forma parte del discurso jurídico, económico y social, pero también del lenguaje corriente.

Se infiere así que, por tratarse de un fenómeno complejo y transversal que se va modificando con el transcurso del tiempo y que ocurre en diferentes ámbitos –Administración pública, fuerzas de seguridad, Poder Judicial, empresas–, la definición que se adopte dependerá, en gran medida, del enfoque que se seleccione.

Desde el punto de vista jurídico, se concibe la corrupción como el uso del poder para un beneficio privado o de un grupo o clase; además, connota el quebrantamiento de normas jurídicas. Las posiciones formalistas o legalistas representan una aproximación sociopolítica al fenómeno, por lo que el significado del término necesariamente refiere que las conductas corruptas implican violación de preceptos legales (Gilli, 2014).

Si se analiza el tema desde el plano político, se dirá que la corrupción es un acto que atenta contra la democracia, ya que constituye una muestra inequívoca de deslealtad hacia el sistema democrático. La conciencia de esta deslealtad hace que los actos de corrupción tiendan a ocultarse, esto es, que se cometan en secreto o, al menos, en un marco de discreción (Malem Seña, 2016).

En este sentido, vale destacar que la corrupción de los miembros del Gobierno supone una deslealtad ante los ciudadanos y ante los grupos políticos de apoyo a los gobernantes; es decir, implica una vulneración del mandato de confianza definido en el programa político apoyado por la mayoría social. Desde este punto de vista, se la define de esta manera:

El abuso por parte del agente (funcionario) de la posición que le encarga ocupar el principal (ciudadanía), un abuso en el que se incumple la obligación fiduciaria de velar por el interés del principal en todas las acciones, poniendo por delante el interés propio del agente (Villoria Mendieta, 2006).

También se ha sostenido que la corrupción política es el comportamiento que ocurre cuando un funcionario público utiliza el poder discrecional propio de su cargo para su beneficio personal (Laporta y Álvarez, 1997), ocasionando una disminución en los recursos del Estado y, consecuentemente, afectando el desarrollo social (Peregrini, 2011).

Existen definiciones que se centran en la relación que guarda la corrupción con la función pública, como la de Bayley. Para este autor, la idea de corrupción no solo debe abarcar la cuestión monetaria, sino también lo que se suele llamar “gancho” o “acomodo”, un tipo de abuso que no se hace necesariamente por la ganancia del funcionario –ni monetaria ni de otro tipo–, sino a veces por amistad o para retribuir favores.

Otras definiciones focalizan el interés público y entienden que existe corrupción cuando el que tiene una posición de poder y está encargado de hacer ciertas cosas –un funcionario responsable– es inducido a través de incentivos monetarios o de otro carácter a beneficiar a quien ofrece los incentivos y causa, por tanto, daño al público y a sus intereses (Nino, 2019).

Este último autor presenta una conceptualización más integral y neutra, al caracterizar la corrupción como la conducta de quien ejerce una función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer ciertos fines, para cuya consecución fue designado en esa función, y no cumple con aquellas obligaciones o no las cumple de forma de satisfacer esos fines, de modo de obtener un cierto beneficio para él o para un tercero. Incluye también la conducta del tercero que lo induce a ese incumplimiento o se beneficia con él.

1.3.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

En el plano internacional, existe un amplio abanico de convenciones, tratados y acuerdos dictados a través de diferentes organismos, que proporcionan un marco de referencia heterogéneo en materia de corrupción. En efecto, los organismos internacionales han ensayado varias definiciones, de acuerdo a la mirada a la cual se pretende darle mayor énfasis.

Así, cuando el foco se centra en el funcionario, se sostiene lo siguiente:

La corrupción significa el abuso de la confianza pública con fines privados. Es un fenómeno moral, aunque haya dinero involucrado en la gran mayoría de los casos. Se utiliza un cargo

público para beneficio de uno o más individuos en vez de un interés nacional. La corrupción puede existir independientemente del beneficio financiero; es universal y multiforme⁵.

Siguiendo este enfoque, para el Banco Mundial, la corrupción es el “fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa”. En esta última definición, se aprecia que no solo se hace mención de los funcionarios públicos, sino que también se incluye a los agentes privados que, indefectiblemente, deben ser considerados en esta problemática compleja.

En la misma línea, el artículo 3 del Convenio del 26 de mayo de 1997, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, definió así la corrupción activa:

El hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función.

De manera similar, el artículo 2.1 de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (del 22 de julio de 2003), coloca el acento en aquel que realiza un ofrecimiento ilegal a algún directivo, o que cumple funciones laborales en el sector privado. La definición es la siguiente:

Prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

Como puede apreciarse, las tipologías que adopta la normativa internacional dependen esencialmente de las características de la conducta ilegal que desean destacar, o del abordaje al que pretenden darle un mayor énfasis.

A modo de ejemplo, tanto en la Convención Interamericana contra la Corrupción⁶, ratificada por la Ley 24.759⁷ –que goza de jerarquía suprallegal en el ordenamiento jurídico argentino (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional)– como en la Convención

⁵ Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1997). “El ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”. Resolución adoptada el 27 de junio de 1997, p. 27

⁶ Aprobada en la Tercera Sesión Plenaria de la Organización de Estados Americanos celebrados en Caracas, Venezuela, entre el 27 y 29 de marzo de 1996.

⁷ Sancionada el 4 de diciembre de 1996 y promulgada de hecho el 13 de enero de 1997.

de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada por la Ley 26.097⁸, se puede encontrar un enfoque más amplio de lo expuesto.

Las convenciones señaladas se erigen en los principales instrumentos jurídicos de carácter internacional referidos a la prevención y represión de actos irregulares cometidos por funcionarios públicos. Ambas realizan sugerencias que son vinculantes para los Estados que las suscribieron y definen la corrupción desde el deber de tipificar ciertas conductas en los ordenamientos internos.

Para comenzar, diremos que la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) fue suscripta bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos (OEA). La adopción de la CICC por parte de países miembros de la OEA tiene sus antecedentes en una serie de resoluciones y declaraciones que surgieron en el seno de ese organismo, que, con el tiempo, fue mostrando especial interés en el tema de la corrupción.

La decisión de convertir la OEA en uno de los principales foros de cooperación entre los Estados para combatir la corrupción quedó plasmada en la Declaración de Belém do Pará de 1994. En esta, la OEA se impuso la obligación de estudiar medidas "destinadas a combatir la corrupción, mejorar la eficiencia de la gestión pública y promover la transparencia y la probidad en la administración de los recursos políticos".

La CICC tipifica varios actos como hechos de corrupción. Concretamente, en su sección VI.1.a delimita el concepto de acto de corrupción:

El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.

En la sección VI.1.b, se describe el acto de soborno de la siguiente forma:

El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.

La introducción de este acto de corrupción en la CICC fue un importante avance, ya que considera simultáneamente las figuras de corrupto y de corruptor. La CICC plantea la obligación de los países de castigar no solo al funcionario que se aprovecha de su cargo,

⁸ Sancionada el 10 de mayo de 2006 y promulgada el 6 de junio de 2006.

sino también a las personas que lo incitan a cometer tales abusos. Estas personas pueden ser ejecutivos de empresas privadas, agentes del sector financiero, militantes de partidos políticos o miembros de organismos sin fines de lucro.

La CICC entiende como acto de corrupción el solo hecho de realizar una acción, de adoptar una decisión, o de omitir hacerlo, en contradicción con los deberes o funciones que le han sido asignados a una persona que ejerce un cargo público. En la sección VI.1.c de la CICC se describe el acto de corrupción: "La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero".

Dentro de esta figura de corrupción quedan incluidos el incumplimiento de deberes, los actos arbitrarios y el abuso de funciones.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción estableció que los Estados partes deberán penalizar las siguientes conductas: *i*) la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en la otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales (soborno activo), y *ii*) la solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales (soborno pasivo).

Cabe destacar que, durante las negociaciones para elaborar esta Convención, la disposición en que se tipificaba la corrupción como delito fue objeto de debate, principalmente porque ya en ese entonces se juzgaba que era insuficiente para combatir un fenómeno de tanta amplitud. Así, se consideró que, teniendo en cuenta que la corrupción era uno de los métodos y actividades a los que recurrían los grupos delictivos organizados, era preferible optar en último término por incorporar una disposición relativa a la corrupción en el sector público, pues no se podía abordar el problema exhaustivamente⁹.

⁹ Conforme surge del documento titulado *Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada: instrumentos de evaluación de las necesidades*. Naciones Unidas, Nueva York, 2016, pp. 15 y ss.

1.3.4. SEXTORSIÓN COMO FORMA DE CORRUPCIÓN

De lo hasta aquí expuesto se infiere que las recompensas o los sobornos no necesariamente tienen un carácter pecuniario, y que las ventajas pueden incluir cualquier forma de gratificación no necesariamente medible en dinero.

El beneficio propio o ajeno actúa como elemento causal constitutivo de la acción defraudatoria. Desde el punto de vista subjetivo, ese fin espurio puede ir dirigido a satisfacer un interés propio del funcionario que ostenta la potestad pública, o un interés de terceros vinculados al círculo personal o social de la autoridad pública (recompensa económica para financiar a su partido político). En el aspecto objetivo, el beneficio generalmente será de naturaleza material y se realizará mediante la percepción de dinero o de otra clase de bienes, pero también puede tener naturaleza inmaterial: es el caso de la concesión de un puesto público a un pariente, o el de la exigencia de prestaciones de carácter sexual (Fernández Ajenjo, 2019).

De hecho, se ha comenzado a hablar de un concepto llamado “sextorsión”, que se presenta como una forma de corrupción. Esta idea fue introducida por la Asociación Internacional de Mujeres Juezas en el lanzamiento de la Red Mundial de Integridad Judicial¹⁰, en Viena, en cuyo panel tuvimos la oportunidad de participar¹¹.

Si bien el término “sextorsión” se ha utilizado mayormente para señalar una forma de chantaje cibernético mediante la cual se amenaza a la víctima con publicar fotografías o videos suyos de contenido sexual, para recibir una contraprestación económica; en esa ocasión se propuso reformular el concepto con el siguiente significado: “abusar de una posición de autoridad para extorsionar con sexo”.

Claramente, esta visión coloca su eje central en el sexo como moneda de contraprestación. En concreto, desde una situación de superioridad, el funcionario ejerce esa autoridad de manera coactiva para obtener un beneficio sexual. Este enfoque permite exhibir que es tan perjudicial y nocivo para los intereses del Estado que el funcionario se corrompa por

¹⁰ En 2016, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) puso en marcha un proyecto mundial para prestar apoyo y asistencia técnica de manera continua a los Estados miembros en los ámbitos específicos que abarca la Declaración de Doha, aprobada en el Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal de 2015, en particular en lo relativo al fortalecimiento de la integridad judicial y a la prevención de la corrupción en el sistema judicial. En la Declaración de Doha, los Estados reafirmaron su compromiso para prevenir y combatir la corrupción, y para aplicar medidas encaminadas a aumentar la transparencia en la Administración pública y a promover la integridad, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

¹¹ El 9 y 10 de abril de 2018.

dinero o que lo haga por una contraprestación sexual. Por ende, los dos supuestos debieran considerarse como formas de corrupción, aunque debemos advertir que la sextorsión deja secuelas directas en las víctimas. La Dra. Nancy Hendry¹² lo explica claramente:

La sextorsión ocurre cuando un sujeto que se encuentra bajo una posición de autoridad y de confianza pública abusa de su poder, ya sea requiriendo o aceptando un favor sexual a cambio de algo que se encuentra dentro de su autoridad para otorgar o negar. En otras palabras, “sextorsión” es una forma “sexual” de corrupción: alguien que ejerce esa autoridad para obtener un beneficio personal en vez de conseguirlo a través de la integridad, equidad e imparcialidad esperada por su cargo.

[La] “sextorsión” es una forma de explotación sexual en la cual la corrupción –en tanto abuso de autoridad más que fuerza física– se utiliza para extorsionar a través de favores sexuales; y es una forma de corrupción en la cual el sexo, más que el dinero, es la moneda de cambio (...) ‘Sextorsión’ no refiere únicamente a los abusos de poder intercambiados entre empleadores y empleados, sino también a aquellos que se manifiestan entre funcionarios públicos y ciudadanos, entre profesores y estudiantes, guarda cárceles y reclusos y tantos otros casos de abuso de poder que involucran extorsión sexual (...) cuando las personas piensan en corrupción suelen asociarla con intercambio de dinero en mano, y no en favores sexuales¹³.

Lo valioso y original de esta descripción es que corre el foco del fenómeno, al desplazar el dinero como moneda corriente de corrupción, y que abre la discusión para pensar en otros tipos de ventajas o beneficios –como puede ser el sexo– que son contrarios a los valores morales y éticos esperables de un funcionario público.

Tanta relevancia reviste este tema que, en el informe *Barómetro global de la corrupción: América Latina y el Caribe 2019 - Opiniones y experiencias de los ciudadanos en materia de corrupción*, que realiza Transparencia Internacional, se determinó que, en los 18 países sondeados, una de cada cinco personas atraviesa situaciones de extorsión sexual, o sextorsión, al intentar acceder a un servicio gubernamental, como atención de la salud o educación, o conoce a alguna persona que ha tenido una experiencia de este tipo¹⁴. Esto ha llevado a que, desde Transparencia Internacional, se realizaran recomendaciones para impedir esta práctica.

¹² Abogada por la Universidad de Harvard, *Senior Advisor* de la Asociación Internacional de Mujeres Juezas.

¹³ Entrevista publicada en la revista *Juntas Somos Más*, del 6 de marzo de 2014 (www.amja.org.ar).

¹⁴ https://www.transparency.org/news/feature/que_piensan_las_personas_corrupcion_en_america_latina_y_el_caribe (Consultada el 9/4/20).

1.3.5. AUSENCIA DE INTEGRIDAD: DENOMINADOR COMÚN DE TODAS LAS DEFINICIONES

La descripción anterior permite reconocer ciertos rasgos que se repiten de manera frecuente. En especial, que la corrupción tiene una connotación altamente negativa y que representa uno de los males sociales más graves, puesto que pervierte la función pública y el desempeño correcto del funcionario, erosiona las relaciones entre los particulares y el Estado, deteriora las instituciones, provoca descreimiento social y produce consecuencias nefastas a corto, mediano y largo plazo.

El término “corrupción” no es de índole técnica; no se considera un delito por sí mismo en la mayoría de los códigos penales alrededor del mundo. Tampoco tiene una definición legal en la mayoría de los tratados internacionales.

La definición más común es la que utiliza Transparencia Internacional, según la cual “corrupción” es el abuso de poder para beneficio particular. Tal abuso puede ocurrir en el nivel de la Administración y de los servicios públicos cotidianos –corrupción menor– o en los cargos políticos de alto nivel –gran corrupción– (Peters, 2018).

Cuando a una persona se le otorga poder para que lo use en beneficio del grupo que se lo cede fiduciariamente, y esta lo utiliza para beneficiarse directa o indirectamente, traicionando la confianza, estamos ante un supuesto de corrupción. Esto nos permite considerar como corruptos los actos realizados tanto en el sector privado como en el sector público.

Un director de una empresa que, conociendo los malos datos de esta, los oculta a sus socios y vende sus acciones, actúa corruptamente, igual que lo hace el director de compras, si recibe sobornos por comprar a determinados proveedores cargando el sobreprecio a la empresa. En el ámbito público, un alto funcionario que favorece a un contratista porque le ha prometido colocar a su hijo en la empresa actúa corruptamente; un ministro que promueve una regulación sesgada que beneficia indebidamente a un grupo de interés que financia a su partido también (Villoria, 2016).

Más allá de lo expuesto, los diferentes ensayos o intentos de definir la corrupción nos grafican también la imposibilidad de establecer un concepto de corrupción unívoco, comprensivo de todos los enfoques y factores que confluyen en él. A pesar de ello, pudimos advertir que en todos ellos existe un denominador común, esto es, la falta de integridad y de ética en las conductas corruptas.

Tanto la integridad pública –que denota la capacidad de actuar conforme a los valores sociales de la sociedad política y a las normas jurídicas del Estado– como la ética pública son instrumentos poderosos para guiar a funcionarios y gobernantes. De hecho, como hemos desarrollado, los grandes pensadores han intentado desde antaño fortalecer sus bases para evitar la corrupción y para elegir a los mejores para gobernar.

Debe quedar claro que la ética pública no es distinta de la ética privada, sino que es la proyección en el ámbito público de los principios éticos comunes. En este sentido, no existen dos morales o éticas –una pública y otra privada–, sino que se trata de dos manifestaciones distintas de una misma realidad, dos dimensiones diferentes de un mismo fenómeno (Cala, 2017).

Ciertamente, la ética es la disciplina del conocimiento que tiene por objeto el estudio de los distintos caracteres, hábitos, costumbres y actitudes del ser humano. La ética clasifica las acciones en buenas o malas, debidas o indebidas, convenientes o nocivas, virtudes o vicios, y diferencia cuáles son aquellas acciones dignas de imitar.

Esta disciplina enseña a todo individuo a ser dueño de sí mismo y demuestra que cualquier persona posee la capacidad para actuar de manera correcta o errónea. De allí que la ética aplicada a los servidores públicos implica un cambio esencial en las actitudes de cada persona, que se traduce en actos concretos orientados hacia el interés público. En otras palabras, implica el ejercicio de la virtud por parte de los servidores públicos, que les permite actuar correctamente en cada situación, por difícil que esta sea (Bautista, 2017).

En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la ética pública es el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más fácil de su propia perfección¹⁵.

La integridad y la ética se presentan como contrarias a la corrupción. En efecto, así lo demuestra el mismo sentido etimológico del término –que proviene del latín *corruptio*–, que resulta de *com* (junto) y *rumpere* (romper), y que supone un acto que altera el estado de las cosas.

Estas diferencias son más claras cuando acudimos al *Diccionario de lengua española* de la Real Academia Española, que lo define como la “acción y efecto de corromper o

¹⁵ La Ley, tomo 1876-C, p. 380.

corromperse”, es decir, alterar y trastocar la forma de algo. Y agrega: “Estragar, viciar, pervertir” o “sobornar a alguien con dádivas o de otra manera”.

1.3.6. DEFINICIÓN

A partir de todos los elementos expuestos, podemos intentar ensayar una definición del término “corrupción”. Así, consideramos la corrupción como un abuso del poder público, prohibido por las normas de las instituciones, cuyo sujeto activo tiene por finalidad obtener para sí o para un tercero un beneficio ilegal –que puede ser económico o de otra índole–, en clara contraposición a los valores de la ética y de la integridad pública y privada.

Si bien la definición tiene un núcleo central que gira en torno al cargo público –el del funcionario o servidor público–, también incorpora al sector privado, la cuestión moral y la ética, y deja abierta la posibilidad de que existan actos de corrupción que no se traducen necesariamente en dinero.

Esto último es lo que hace interesante la definición ensayada, ya que la característica saliente no es solo la pretensión de conseguir alguna ventaja irregular para sí o para un tercero, sino también la ausencia de integridad en la conducta.

Se podría enumerar una gran cantidad de violaciones a la integridad y a la ética pública que estarían abarcadas por la corrupción: el soborno, la venta y manipulación de información, el amiguismo o clientelismo, el nepotismo, la arbitrariedad, la discriminación, el acoso sexual, entre tantos comportamientos inadecuados. En suma, desde donde se la analice, la corrupción abarca toda violación a la integridad y a la ética pública (Rodríguez-Dincourt Álvarez, 2017).

Como consecuencia del descuido que se ha tenido de la ética en el ámbito público, existen actitudes negativas de los servidores públicos. Una de ellas es la que nos interesa: la corrupción, que aparece como un rasgo en distintos Gobiernos y Administraciones públicas, a tal punto que es posible afirmar que es un fenómeno mundial que ha invadido el ámbito público.

En especial, en Argentina, la corrupción de la política ha caído en situaciones grotescas, con personas incompetentes para su cargo, desleales para con el país, que carecen de la

más mínima sensibilidad humana y de un espíritu de justicia. Se trata de personas que se ubican en las antípodas de las condiciones que, como señalaban los griegos, son necesarias para ocupar un cargo público, a saber: capacidad para el cargo, lealtad respecto de su gente y de la Constitución, virtud y justicia. (Bautista, 2017).

Con base en lo anterior, entendemos que, tal como lo destaca Queralt (2019), la problemática debiera abordarse desde un planteamiento político criminal más global, general e integral.

Si la corrupción es sistémica y si desnaturaliza las finalidades institucionales para atender objetivos particulares de los sujetos, de modo habitual, permanente y mediante una organización más o menos estable y sólida, debieran replantearse muchas de las acciones. En lo principal, pregonar la ética y la integridad pública desde las esferas más altas del Estado.

1.4. EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN

1.4.1. ASPECTOS GENERALES

Tal como se señala repetidamente en diferentes instrumentos internacionales, la corrupción constituye uno de los grandes males sociales que debilitan las instituciones del Estado, la democracia participativa y la justicia social. A la par, los actos de corrupción ocultan delitos graves, como el tráfico de estupefacientes y la trata de personas, entre otras manifestaciones del crimen organizado.

Se suelen identificar múltiples causas de propagación de la corrupción, tales como *i)* la escasa voluntad política de terminar con la corrupción; *ii)* el capitalismo clientelar, que hace que los puestos se cubran “a dedo”, con base en la lealtad política, sin evaluar las aptitudes reales, los méritos o las capacidades para el cargo; *iii)* la ineficiente tarea de la Justicia, que, en la mayoría de los casos, no logra una condena ejemplar en tiempos razonables, con lo cual el denominador común es la impunidad y la prescripción de la acción penal, y *iv)* la ausencia de controles serios y rigurosos.

Sea cual fuera la noción de acto de corrupción, de lo que no hay duda es de que esta acción ilegal genera el deber de reparar el daño social que provoca. En el pasado, en referencia a la corrupción, se solía hablar de un “crimen sin víctima”, debido a la

dificultad de ligar los actos de corrupción con efectos directos sobre las personas, y de identificar individuos específicos perjudicados por tales delitos.

Este concepto fue modificándose gradualmente con el correr del tiempo, a poco de vislumbrarse las graves consecuencias que genera la corrupción tanto para la comunidad como para los individuos.

Para la sociedad hay afectación material o patrimonial cuando, por ejemplo, se pagan montos mayores en la construcción de una obra contratada por el Estado; a su vez, hay un perjuicio inmaterial o extrapatrimonial en caso de que se provoque la disminución potencial de los ingresos económicos de la población, la deficiente prestación de servicios públicos básicos o la pérdida de confianza en las instituciones. Los perjuicios a los individuos concretos o a los grupos específicos se evidencian cuando una empresa pierde una licitación porque se negó a pagar un soborno, por citar un ejemplo (Feingeblatt, 2019).

Justamente, es relevante detenerse en el tema relacionado con el daño que provocan los actos de corrupción.

Se sostiene que el daño causado a un sujeto o a la sociedad se puede valorar en tres niveles: leve, grave o muy grave. El primer nivel únicamente implica un malestar de conciencia en el cual no queda más remedio que convivir, pero respecto del cual habrá que estar vigilante para que no se extienda a hechos más graves. En el segundo nivel, la corrupción grave causa peligrosos perjuicios al bienestar ético, que requerirán una reacción personal y social más fuerte, pues impacta en la prestación de los servicios públicos. Por último, la corrupción muy grave produce la incapacitación social de una persona o institución para prestar servicios a la sociedad.

Respecto a este último nivel de corrupción, existen numerosos ejemplos de casos sistémicos graves que alcanzan a destruir el bien público de un sector social, como el caciquismo político, la cooptación partidista de las instituciones públicas o la administración clandestina de servicios públicos (Fernández Ajenjo, 2019).

Cuando esto ocurre (cuando se percibe la presencia de altos funcionarios corruptos en la Administración pública), la ciudadanía se ve defraudada y siente desconfianza hacia las instituciones del Estado. En consecuencia, se abre el espacio para que suceda lo que se establece en el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción: se

socava la legitimidad de las instituciones públicas, se atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos.

Por eso preocupa sobremanera la corrupción enraizada en las estructuras centrales de la sociedad: la institucionalizada, la que ningún político ni ningún Gobierno han intentado dismantelar sinceramente, y la que, además, tiene mecanismos propios para garantizar la impunidad.

Como puede colegirse, estamos hablando de algo grave, patológico e institucionalizado desde los propios organismos del Estado; se trata de un mal que provoca consecuencias profundísimas. En un Estado de derecho democrático, la corrupción puede ser considerada propiamente patológica porque es frontalmente antagónica a los valores que lo animan. Por consiguiente, no se puede hablar de corrupción sin oponerla a los principios de Estado de derecho democrático (Rodríguez-Dincourt Álvarez, 2017) y sin reparar en las consecuencias dramáticas que genera.

Puntualmente, los instrumentos internacionales en la materia alertan sobre los peligros de la gran corrupción. Así, en el prefacio para la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el secretario general Kofi A. Annan dejó establecido que la corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Entre ellas: *a)* socava la democracia y el Estado de derecho, *b)* da pie a violaciones de los derechos humanos, *c)* menoscaba la calidad de vida, *d)* permite el florecimiento de la delincuencia organizada, entre otras graves amenazas para la sociedad.

También se ha sostenido que la corrupción en el Estado democrático de derecho corroe los fundamentos morales de la sociedad, generando inestabilidad política básicamente a través de sobornos. En consecuencia, las Administraciones públicas y, en general, las instituciones democráticas se ven deslegitimadas.

1.4.2. DAÑOS ECONÓMICOS

En el plano económico, se desalienta a los inversores nacionales o extranjeros (las empresas serias no suelen invertir en ámbitos proclives a la corrupción). Con ello se frena la productividad, se acentúan los procesos de crisis económica y se da lugar a flujos de dinero negro, dañando la estabilidad y la reputación del sector financiero (Santana Vega,

2019). Al mismo tiempo, se provocan perjuicios serios para las relaciones comerciales de un país.

Sobre el particular, en la Asamblea General de la OEA realizada en mayo de 1992, se aprobó una resolución en la que se encomendaba al Consejo Interamericano Económico y Social (CIES) que analizara las prácticas corruptas en el comercio internacional, con relación a los desafíos económicos y sociales del continente americano.

En dicha resolución se expresó que las prácticas corruptas tienen efectos perjudiciales sobre las transacciones comerciales internacionales que atraen inversiones, recursos financieros, tecnología, conocimientos especializados y otros recursos importantes del exterior que promueven el desarrollo económico y social en todo el mundo, particularmente en los países de la región que intentan revitalizar o desarrollar sus economías.

Numerosos estudios sugieren que la corrupción desincentiva la inversión, al elevar el costo de hacer negocios y la incertidumbre; por lo tanto, se produce una inversión negativa o inversa entre la corrupción e inversión extranjera directa.

Si bien es dificultoso calcular los costos reales de la corrupción, es interesante mencionar un trabajo realizado por Transparencia Colombia y por la Fundación Vortex para medir el cálculo de reparación del daño social en uno de los casos del megajuicio denominado Lava Jato, citado en una investigación sobre los costos de la corrupción¹⁶.

Tal como se conoció públicamente, la investigación del Lava Jato trata sobre una red de sobornos a funcionarios públicos y de donaciones para campañas presidenciales, hechos por la compañía brasileña Odebrecht. Estos pagos millonarios se extendieron por al menos 12 países de Latinoamérica, incluida la Argentina. A cambio, la empresa recibió contratos de empresas estatales cuyos costos eran inflados para cubrir los montos pagados en sobornos y donaciones. A continuación, realizamos una breve descripción de dos casos:

¹⁶ Citado en https://www.academia.edu/40940767/Los_Costos_Sociales_de_la_Corruptei%C3%B3n, consultado el 6 de abril de 2020.

1.4.2.1. Caso Refinería Abreu-Lima (Brasil)

Por la disponibilidad de información (acusación, sentencias, resolución del Tribunal de Cuentas), se eligió en este informe el caso de la adjudicación ilícita de un contrato para construir una unidad de coquización retardada en la refinería Abreu-Lima, en Brasil, mediante un esquema de cartelización creado en torno a la petrolera paraestatal Petrobras, en el que un grupo de empresas conocidas como “el club” obtenían contratos mediante el pago del 3 % del valor total del contrato. Dicho porcentaje, que era distribuido entre funcionarios públicos y un partido político, resultó en sobrepagos y en un aumento en el tiempo de ejecución de la obra.

En total, los sobornos ascendieron a USD 28,8 millones.

La metodología propuesta gira en torno al cálculo del daño emergente (efectiva e inmediata disminución en el patrimonio), del lucro cesante (pérdida de una ganancia esperada o la disminución potencial del patrimonio) y del enriquecimiento ilícito (los sobornos pagados).

El contrato fue ejecutado por un valor cercano a un billón de dólares (R\$3.858.183.012,52) y los sobornos alcanzaron un monto total de USD 28 millones (R\$ 115.745.490,38).

Sobre la base de esa información, se calcularon los valores actuales del daño emergente (Fórmula 1), del lucro cesante (Fórmula 2), del enriquecimiento ilícito (Fórmula 3), y el valor actual del daño total (Fórmula 4).

El daño emergente se calculó a partir de la diferencia entre el costo bruto del contrato (incluyendo aditivos) y el costo actuarial (actualizado con un factor de ajuste según la tasa de inflación de Brasil entre 2009 y 2018).

El lucro cesante se estimó a partir del valor del daño emergente (previamente actualizado y ajustado por un segundo factor sustentado en la tasa de interés interbancaria de Brasil, entre 2009 y 2018).

En otras palabras, el lucro cesante expresa el valor que se podría haber acumulado, con el rendimiento financiero mínimo que se habría obtenido si los montos se hubieran invertido con un rendimiento bajo, por ejemplo, en bonos del Estado.

El valor del enriquecimiento ilícito se calculó de acuerdo con los pagos de sobornos, también actualizados con la tasa de inflación entre 2009 y 2018 de Brasil.

El valor actual del daño total se calculó sumando el monto del daño emergente y el lucro cesante, y dividiendo el resultado entre el valor actual del contrato para dar con la proporción del daño causado (38,66 %).

Asimismo, se estimó el valor del enriquecimiento ilícito (los sobornos) sobre el valor del contrato (3 %), y el valor de dicho monto si se hubiera reinvertido en el mercado financiero (7,97 %).

De acuerdo con los proponentes de la metodología, se arribó a la siguiente conclusión:

De la evaluación de daños y enriquecimiento ilícito se puede concluir que la empresa estatal contratante –Petrobras– habría dejado de percibir potencialmente ingresos por un equivalente al 38.66 % del valor del contrato –dado que la relación entre el valor actual Daño Total y el Valor actual Contrato ascendería a un 38.66 %– y que el enriquecimiento ilícito equivaldría hasta un 7.97 % del valor del contrato.

1.4.2.2. Caso Carretera Callejón de Huaylas-Chacas-San Luis (Perú)

Esta investigación se basó en un caso de corrupción en Perú, en el que el Gobierno regional de Áncash licitó la construcción de la carretera Callejón de Huaylas-Chacas-San Luis. La obra se adjudicó a un consorcio de la empresa brasileña Odebrecht en 2010, y las irregularidades empezaron a darse aun antes de que se iniciara la obra, que concluyó en 2015 con dos años de retraso y con un presupuesto un 38 % más alto que lo inicialmente acordado. La empresa Odebrecht, en 2017, admitió haber pagado sobornos por USD 2,6 millones al gobernador regional de Áncash.

Este es uno de varios proyectos en los que Odebrecht ha reconocido haber pagado sobornos en Perú y por los que llegó a un acuerdo con las autoridades: la empresa se compromete a aportar pruebas contra los funcionarios involucrados en los casos de corrupción y a pagar una reparación civil por USD 182 millones, más un pago de USD 19 millones.

Para cuantificar el daño patrimonial se consideraron todos los costos que no debieron ser parte del proyecto y que surgieron por los hechos de corrupción (“daño emergente”), a saber:

- Mayores costos por adiciones a la obra sin sustento, no indispensables o de mala calidad.
- Mayores gastos generales o administrativos indebidos ocasionados por la ampliación de plazo para la ejecución de la obra, considerando aquellos que fueron advertidos por la Contraloría.
- Costos financieros que la empresa se ahorró gracias a adelantos que se le hicieron sin haber cumplido los requisitos.
- Ahorro en el costo del capital a favor del consorcio por los adelantos indebidos, que generaron un perjuicio para el Estado.
- Mayores gastos generales, intereses y laudos arbitrales cuestionables, que no estaban incluidos en el presupuesto inicial de la obra.
- Gastos innecesarios para la licitación de la obra, pues se consideró que los gastos realizados en los procedimientos de selección para la ejecución y supervisión de la obra fueron innecesarios.
- Gastos del Estado en su defensa, incluyendo un plazo procesal mínimo de tres años a partir de la investigación preparatoria más el tiempo ordinario del juicio en primera instancia.

1.4.3. CUANTIFICACIÓN INTERNACIONAL

Como puede observarse, los daños patrimoniales por casos graves de corrupción son fenomenales y, sin ninguna duda, repercuten en la economía de un país.

Así, no es inverosímil que el Fondo Monetario Internacional (FMI) haya calculado que el costo global anual de la corrupción es de entre 1,5 a 2 billones de dólares (aproximadamente el 2 % del PBI mundial)¹⁷. Con respecto a la inversión, se ha demostrado que, en los países donde existe corrupción, es casi un 5 % menor que en los países relativamente libres de corrupción¹⁸.

¹⁷ International Monetary Found (2016). *Corruption: Costs and Mitigating Strategies. IMF Staff Discussion Note*. Disponible en <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-DiscussionNotes/Issues/2016/12/31/Corruption-Costs-and-Mitigating-Strategies-43888>.

¹⁸ OECD (2014). *The Rationale for Fighting Corruption, CleanGovBiz-OECD Background brief*. Disponible en: <https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>.

Otra consecuencia que señala el Banco Interamericano de Desarrollo es que los costos de endeudamiento generalmente tienden a aumentar para aquellos países en los que la corrupción se percibe como alta. Además, las mejoras en los niveles de gobernanza y en la lucha contra la corrupción se asocian a un aumento de tres veces del ingreso *per capita* a largo plazo¹⁹.

1.4.4. VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

También existe consenso en cuanto a que los actos de corrupción tienen una incidencia negativa en la estructura del Estado democrático de derecho, en la economía de un país y en el sistema de la economía social de mercado.

No obstante, nos interesa detenernos en un análisis más profundo de las derivaciones de la corrupción, que no siempre son tan visibles, pero cuyo estudio es central.

Ya hemos sentido que la corrupción extermina la integridad, las virtudes morales y éticas que deben guiar la conducta de los funcionarios y de los particulares, a la par que trastoca valores fundamentales de la sociedad. Además, provoca un daño social inconmensurable, dado que el dinero público que se desvía para financiar la corrupción reduce sensiblemente la capacidad del Estado para atender las necesidades básicas de la población en materia de salud, asistencia social, educación, vivienda, trabajo, justicia: en fin, para asegurarle el acceso a una vida digna.

Por eso, reiteradamente se señala que la corrupción atenta directamente contra los principios democráticos del Estado de derecho, al impedir el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos. Los actos corruptos y los abusos de poder, especialmente de gobernantes democráticamente elegidos, generan problemas en la relación entre legitimidad y autoridad, al lesionar el núcleo de los valores de la democracia.

Principalmente, invierten los principios del Estado de derecho. Donde debiera haber igualdad ante la ley generan desigualdad, donde debiera primar el interés público prima el privado y donde debiera primar la transparencia priman los secretos y los privilegios de unos pocos (Rodríguez-Dincourt Álvarez, 2017).

¹⁹ BID (2018). Informe del Grupo Asesor de Expertos en anticorrupción, transparencia e integridad para América Latina y el Caribe. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/informe-del-grupo-asesor-de-expertos-en-anticorrupcion-transparencia-e-integridad-para-america>.

En la Resolución 1/17²⁰, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reafirmó, justamente, la importancia que tiene la lucha contra la corrupción para garantizar el goce efectivo de los derechos humanos, en especial, de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, cuya efectividad depende de las políticas y del presupuesto público.

En dicha resolución, referida principalmente a Guatemala –pero que tiene relevancia internacional–, la Comisión señaló que la corrupción afecta no solo la legitimidad de sus gobernantes y los derechos de las personas gobernadas, sino en forma profunda al erario nacional, de por sí insuficiente para satisfacer los requerimientos de la ciudadanía en materia de alimentación, salud, trabajo, educación, justicia.

La dignidad de la persona, esto es, el derecho a recibir un trato íntegro (Luciani, 2015), es un bien indisponible que bajo ningún punto de vista puede cederse, limitarse ni, menos aún, transgredirse. De acuerdo con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas²¹, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana, y de sus derechos iguales e inalienables.

El concepto de dignidad humana puede definirse desde dos enfoques: *a)* en un sentido amplio, como el valor esencial, el fundamento de todos los demás valores y, por ende, de todos los derechos individuales; *b)* en un sentido restringido, como el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir, como ser humano y con todos los atributos de su humanidad. Se colige, entonces, que este derecho también es el que tiene toda persona a ser considerada como un fin en sí misma y no como un medio o como un instrumento (Ekmekdjian, 1994).

A su vez, la dignidad deriva en el derecho de la persona a no ser sometida a humillaciones o a un trato denigrante, y en su derecho a no ser tratada como una cosa.

Como se ha señalado, a partir de la Convención Constituyente de 1994, se incorporaron en Argentina numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional (art. 75, inc. 22), y, junto con ellos, el principio de dignidad del hombre, proclamado en el sistema internacional de derechos humanos.

²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 12 de septiembre de 2017.

²¹ San Francisco, 26 de junio de 1945.

A modo de ejemplo, en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se hace referencia a la dignidad como uno de los derechos fundamentales del hombre. De la misma manera, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²², se establece que los principios de la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad inherente a la persona.

De igual forma aparece reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)²³, en cuanto dispone que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad (artículo 11.1.).

La subordinación de intereses preponderantes, como la vida y la dignidad humana –entre tantos otros bienes avasallados–, en beneficio del rédito económico y en desmedro de los derechos fundamentales nos muestra claramente cómo la corrupción afecta y amenaza la vigencia de los derechos humanos. La gran corrupción priva al Estado de recursos de una manera inequitativa.

Esto es evidente cuando los fondos son malversados directamente del presupuesto del Gobierno o cuando estos son mal administrados. También ocurre en el caso de proyectos de infraestructura excesivos o sin un mínimo de razonabilidad. O cuando se desarrollan edificios, rutas, aeropuertos, etc., de una mala calidad o con sobrepuestos en las mismas licitaciones.

Como una derivación lógica de lo que acabamos de señalar, debemos decir que son los sectores más pobres, los más vulnerables, los que se ven perjudicados en mayor medida por las consecuencias de estas prácticas nocivas; a los más necesitados se los priva de los fondos que podrían destinarse para su progreso y su desarrollo.

Claramente, la acción que llevan a cabo los funcionarios públicos corruptos implica una violación de los derechos humanos, en tanto lesiona los principios básicos de una democracia de igualdad de oportunidades para los ciudadanos. Así, solo accede a los derechos quien puede comprarlos, y los que no pueden hacerlo quedan fuera del sistema.

En países empobrecidos, como Argentina, no hay duda de que la corrupción limita la capacidad de los Gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la

²² Aprobado por la Argentina por Ley 23.313.

²³ Aprobado por la Argentina por Ley 23.054.

injusticia, cercena las oportunidades del cordón más vulnerable de la sociedad, de los que más sufren, los más necesitados, y, a la vez, desalienta la inversión y las ayudas extranjeras.

Por eso, con razón se afirma que las consecuencias nefastas de la corrupción van desde la deslegitimación de las instituciones, la animadversión social, la falta total de credibilidad en los funcionarios e instituciones hasta la eliminación de la posibilidad de disfrutar de los derechos que proporciona el ejercicio de la legalidad, al atribuirse privilegios a quienes los unen lazos de colusión. Todo esto termina favoreciendo la exclusión social (Virgolini, 2005).

En una sociedad democrática, las decisiones que toman las autoridades se basan en la búsqueda del bien común y en el trato de los individuos en igualdad de condiciones. Los actos que desvían las decisiones desde el bien común hacia beneficios privados rompen esa base de la convivencia democrática, al generar privilegios en el acceso a la toma de decisiones con base en el poder que generan los actos de corrupción. Esto tiene un impacto directo en el Estado de derecho, en la medida que es un sistema de reglas comunes, en el que el poder está controlado por instituciones reguladas legalmente. Por ende, alterar los equilibrios de poder y el natural funcionamiento de las instituciones judiciales afecta seriamente sus bases (Nash, 2019).

No hay duda de que, desde esta perspectiva, la corrupción excluye a los pobres del acceso a los servicios públicos, los desapodera de bienes, acentúa la pobreza y, en contraposición, beneficia los intereses particulares de unos pocos.

En definitiva, los mayores perjudicados por la corrupción siempre son los más frágiles; a estos no solo se los priva de tener las mismas oportunidades que el resto, sino que se los condena a la pobreza y a la precariedad. Significa más desigualdad porque los más vulnerables son los más afectados por la fuerte caída del gasto social (Ballesteros Fernández, 2017).

Y, en este sentido, diversos estudios empíricos han indicado la relación que existe entre la corrupción y las violaciones de los derechos humanos. La ecuación que se elabora es la siguiente: a mayor corrupción, menos derechos civiles. Las personas que viven en los países peor posicionados en cuanto a la corrupción y a las violaciones de los derechos humanos padecen realidades totalmente distintas a los mejor posicionados (Cardona, 2018).

También se ha podido mostrar que los países que tienen una alta tasa de corrupción (o altos niveles de percepción de la corrupción) son también países con un registro bajo de protección de los derechos humanos. Por ejemplo, los países que se ubican en la parte inferior de la lista de 173 países clasificados por Transparencia Internacional en el Índice de Percepción de Corrupción de 2015 son Sudán, Corea del Norte y Somalía. Podemos decir con seguridad que la corrupción y las violaciones de los derechos humanos crecen en el mismo ambiente y que probablemente tienen las mismas raíces, tales como la pobreza y las instituciones débiles (Peters, 2018).

La encíclica *Laudato si'*²⁴, del papa Francisco, relaciona directamente la pobreza con la corrupción, al destacar que los países pobres necesitan tener como prioridad la erradicación de la miseria y el desarrollo social de sus habitantes, y que, para ello, los gobernantes deben tener la obligación de controlar la corrupción.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁵ ratificó que la corrupción afecta a los derechos humanos en su integralidad –derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–. Asimismo, destacó especialmente que la corrupción tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y en el ejercicio de los derechos humanos por parte de los grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza. Por último, concluyó que los sectores vulnerables son las primeras víctimas del impacto de la corrupción.

El problema se profundiza aún más cuando estas prácticas colusorias emanan del más alto nivel, pues implican el apoyo de estructuras detrás del poder y debajo de este. Además, los mandos medios y los mandos bajos siguen el ejemplo o forjan el ejemplo sobre el máximo liderazgo respecto de la permisibilidad de prácticas corruptas (Almagro, 2018).

Algunos casos recientes, de los que da cuenta el manual de casos titulado *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos*, editado por la Fundación Konrad Adenauer Stiftung²⁶, permite mostrar formas no meramente individuales de abuso de posiciones de poder (actos de corrupción), sino formas institucionales (situaciones de corrupción), en las que el fenómeno de la corrupción a través de la captura institucional impacta en el

²⁴ Del 24 de mayo de 2015.

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/18, del 2 de marzo de 2018.

²⁶ Cuya autoría nos pertenece.

goce y ejercicio de derechos humanos como la vida, la salud, la integridad personal o la libertad de expresión (Nash, 2019).

En esa publicación, dejamos establecido con ejemplos concretos de Argentina (tragedia de Once, cartelización de la obra pública y diversos casos judiciales) cómo la corrupción afecta severamente a los derechos humanos –vida, dignidad, seguridad, entre otros– (Luciani, 2019). En rigor de verdad, la idea que subyace es que la corrupción, más que un delito, es una enfermedad de los regímenes políticos.

Basta con observar las consecuencias desfavorables que genera la corrupción para impulsarnos a efectuar un cambio radical y a implementar medidas concretas, claras y efectivas para imposibilitar cualquier acto –sin importar su grado de lesividad– que quiebre la lealtad de un funcionario público, porque lo que está aquí en juego es la dignidad del ser humano.

Es necesario pregonar los valores de la ética, la honestidad, la transparencia, el respeto al Estado de derecho y la obligación de rendir cuentas. Cuando la corrupción se encuentra enraizada en las instituciones, es imposible sostener una cultura de integridad, porque los ámbitos de la Administración se encuentran intoxicados, contaminados, deteriorados.

La única forma de modificar este cuadro de situación es transmitiendo desde los más altos niveles del Estado conductas ejemplares –los antiguos las llamaban “causa ejemplar de los comportamientos”–. Esto provoca necesariamente un contagio favorable para adquirir una conducta ética e íntegra. Solo si se incorporan esos valores y si se sostienen en el tiempo sin interrupciones, podrá construirse una cultura de integridad.

Pugnar por una cultura de integridad implica una coherencia entre lo que se dice valorar y lo que se hace o lo que se pide que hagan otros. También conlleva resistir las presiones contrarias a la integridad, que repetidamente florecen en el ejercicio de cualquier forma de poder, tanto en el plano individual como en lo referido a la corrupción sistemática.

Para conseguir liderazgos políticos honestos en una o en más décadas, debemos seguir esforzándonos por defender la democracia y los derechos humanos de todos los habitantes. En definitiva, es necesario demandar un fuerte sentido ético, por ser una virtud que debe estimularse en un ambiente propicio.

1.4.5. PÉRDIDA DE CAPITAL SOCIAL

Mantener conductas éticas, íntegras y transparentes es dificultoso en un país donde la corrupción se encuentra enquistada, donde los partidos políticos tienen una muy mala imagen pública y donde existen factores estructurales, tanto de carácter sociocultural como organizacional del Estado, que lo permiten.

El problema se torna más complejo si se tiene en cuenta que la realidad socioeconómica de la región no puede erigirse en un freno o contrapeso. América Latina tiene problemas profundos de pobreza que afectan a vastos sectores de la población, y la falta de equidad es una característica inocultable que ha llevado a considerarla el continente de mayor desigualdad.

Es paradójico que, mientras la humanidad evoluciona y avanza a pasos agigantados en campos como la informática, la biotecnología, la robótica, la microelectrónica, las telecomunicaciones, la ciencia de los materiales, existan personas en situación crítica: millones de personas carecen de lo más mínimo, como agua potable, instalaciones sanitarias básicas y electricidad (Klikberg, 1999).

La desigualdad presente en la región y también en el mundo provoca fracturas sociales pronunciadas y necesidades muy variadas, lo que determina que las expectativas y las exigencias sociales sean disímiles, de acuerdo con el grupo de pertenencia y el estatus social.

Indudablemente, la corrupción no es ajena a esta problemática; por el contrario, casi la totalidad de los estudios realizados indican que existe una relación inversa entre corrupción y crecimiento económico. Es decir, la corrupción se presenta como un obstáculo para el desarrollo.

Al mismo tiempo, la carencia de recursos para cubrir necesidades básicas genera, en el conjunto de la sociedad, desazón y falta de credibilidad en los sistemas políticos y en los gobernantes. Esto, a su vez, da lugar a una grave pérdida de “capital social”. Así, cuanto mayor sea la corrupción, peor será la percepción social y mayor será la desconfianza en el sistema.

Lo dicho impone profundizar en las verdaderas implicancias de la corrupción en el capital social. Para ello, nos parece adecuado precisar a qué se refieren los autores cuando

mencionan el capital social, pues se trata de un concepto que no ha logrado una definición unificada.

1.4.5.1. Concepto de capital social

Ciertamente, los sociólogos hacen referencia al capital social como al conjunto de recursos que tiene una comunidad y que le permiten resolver los problemas colectivos de sus miembros. Son sistemas de valores compartidos y respetados, redes sociales compactas, buenas prácticas en la resolución de conflictos; además, es la implicación de los ciudadanos en las tareas públicas de interés social y la confianza básica en las instituciones.

Se suelen distinguir dos visiones del capital social. La primera se refiere a un nivel “micro”, esto es, al número de contactos que posee un individuo y su habilidad para generar relaciones imbuidas de normas y valores que facilitan la cooperación. Esta mirada es propiciada, principalmente, por James Coleman (1988), para quien el capital social es la capacidad que poseen las personas para trabajar en grupos, sobre la base de un conjunto de normas y valores compartidos (Zuntini - Leonardi, 2010).

El mismo Coleman (1990) explica que el capital social se presenta tanto en el plano individual como en el colectivo. El primero tiene que ver con el grado de integración social de un individuo y con su red de contactos sociales, implica relaciones, expectativas de reciprocidad y comportamientos confiables, y mejora la eficacia privada. Pero también es un bien colectivo; así, por ejemplo, si todos en un vecindario siguen normas tácitas de preocupación por los demás y de no agresión, los niños podrán caminar a las escuelas con seguridad y el capital social producirá orden público.

El segundo enfoque, propiciado por Putnam (1993), consiste en una visión más macro: desde el prisma de la comunidad, hace alusión a los aspectos de la organización social, tales como la confianza, las normas y las redes que facilitan la cooperación y la coordinación en beneficio mutuo, con la finalidad de lograr el bienestar colectivo. Específicamente, afirma que el capital social se refiere a aquellos “rasgos de la organización social como confianza, normas y redes que pueden mejorar la eficiencia de la sociedad facilitando acciones coordinadas (...) y de cooperación para beneficio

mutuo”. De ello se infiere que, debido a que el capital social es una propiedad del sistema social, es beneficioso por definición (Zuntini - Leonardi, 2010).

Kliksberg (1999) reconoce a Robert Putnam como uno de los precursores del concepto y explica que el capital social se conforma sustancialmente por el grado de confianza entre los actores sociales de una sociedad, las normas de comportamiento cívico practicadas y el nivel de asociatividad. Así, la existencia de altos niveles de asociatividad en una sociedad indica que esta tiene capacidades para actuar en forma cooperativa, armando redes, concertaciones y sinergias de todo orden, lo que muestra la riqueza y la fortaleza del tejido social.

En concreto, para Putnam, el capital social consiste en los aspectos de las organizaciones sociales, tales como las redes, las normas y la confianza, que facilitan la acción y la cooperación para el beneficio mutuo. El concepto que predomina es que el trabajo en conjunto es más fácil en una comunidad que tiene un *stock* abundante de capital social.

De manera similar, Boix y Posner (1998) se refieren al capital social como a la cooperación, a largo plazo, en la provisión de bienes públicos y privados a través de redes de confianza mutua que logran resolver el problema del oportunismo y mejorar la responsabilidad de los poderes públicos vía supervisión y concientización ciudadana.

En síntesis, desde una perspectiva individualista o “micro”, el capital social está compuesto, al mismo tiempo, por las redes sociales de que dispone un individuo y por el conjunto de recursos materiales, o no, que pueda obtener a través de ellas. En tanto que, desde un punto de vista “macro”, el capital social es un cierto *stock* social de confianza, normas y valores comunes conducentes a comportamientos cooperativos y prosociales, que son la base para el mejor funcionamiento de la economía y de la sociedad en general.

Entre ambas propuestas existe una relación casi evidente: una sociedad con una mayor dotación de redes sociales es también una sociedad con una mayor dotación de confianza (Membiola-Pollán - Pena-López - Sánchez-Amboage, 2019).

De todo lo expuesto se colige que el capital social es un activo intangible que se manifiesta en la confianza en las personas y en las instituciones, que será mayor cuando se amplíen las oportunidades de progreso y que será menor cuando se limiten esas posibilidades o cuando se perciba un alto grado de corrupción.

El capital social tiene que ver, entonces, con comportamientos sociales que benefician al conjunto de la sociedad y que ayudan a una cohesión más fuerte. En este sentido, se entiende que los arreglos institucionales horizontales tienen un efecto positivo en la generación de redes de confianza, buen gobierno y equidad social, y que el capital social contribuye de manera importante a estimular la solidaridad (Kliskberg, 1999).

Según Durston (2000), las características salientes del capital social pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- El control social a través de la imposición de normas compartidas por el grupo.
- La creación de confianza entre los miembros del grupo.
- La cooperación coordinada en tareas que exceden las capacidades de una red.
- La resolución de conflictos por líderes o por una judicatura institucionalizada.
- La movilización y gestión de recursos comunitarios.
- La legitimación de líderes ejecutivos con funciones de gestión y administración.
- La generación de ámbitos y estructuras de trabajo en equipo.

1.4.5.2. Diferentes enfoques sobre el capital social

Así como pueden advertirse claramente las bondades del capital social, la construcción teórica de este concepto también tiene otros enfoques. En efecto, algunos autores, como Portes y Landolt (Durston, 2000), sostienen que el capital social lleva también a la discriminación, a la explotación, a la corrupción y a la dominación por mafias, como también a sistemas autoritarios.

Si bien reconocen que la sociabilidad puede ser fuente de bienes públicos, exponen que puede llevar a diferentes males tales como el desincentivo a la iniciativa individual, la exclusión de los otros, la restricción de las libertades, el fomento de los conflictos intragrupal y la práctica del clientelismo.

Desde esta mirada, cierto es que, en ocasiones, la corrupción hace uso de ese capital social para consolidarse a través del clientelismo, y que este, a su vez, lo utiliza para mantenerse en un territorio específico, mediante el intercambio constante de información (recurso del capital social) entre sus participantes. Por lo tanto, el capital social adquiere un rol fundamental para la consolidación de ambos fenómenos, lo que explica de mejor manera

esta asociación mutualista que surge entre el clientelismo político y la corrupción (Moya Díaz, 2017).

También es verdad que el capital social puede llevar a la dominación de las mafias, pues los recursos básicos pueden ser capturados por agentes más poderosos para lograr relaciones de dominación y explotación, basadas en la violencia y el miedo. Las organizaciones criminales y las estructuras políticas del clientelismo usan estos precursores del capital social e incluso tratan de parecerse al capital social para beneficiarse con la fuerza de sus normas.

Pero es necesario trazar una distinción entre lo que ocurre con las relaciones genuinas de capital social, que son instituciones de cooperación, y la actividad que desarrollan, por ejemplo, las mafias, en las que esa “cooperación” o “identificación” no es libre ni voluntaria, sino, antes bien, coercitiva y violenta.

Y aquí radica la principal diferencia, pues la actividad criminal intenta destruir las instituciones del capital social comunitario, de confianza, cooperación y autoridad legitimada por el conjunto, y logra distorsionar por medio de la violencia y de las amenazas las relaciones del capital social (Durstun, 2000).

El capital social genuino reside en las relaciones sociales y es apoyado por elementos simbólicos y de valores en todas las culturas. Así, se distingue de otras instituciones (mafias, redes de corrupción, clientelismo autoritario) que hacen uso de los mismos precursores que el capital social, pero que se cimientan en la amenaza de violencia más que en la confianza (Durstun, 2000).

Además, el capital social se refiere a la totalidad de las relaciones sociales y no a un sector, y su hilo conductor es, como dijimos, la confianza, la cooperación y la reciprocidad, donde la confianza se identifica como el factor más determinante.

1.4.5.3. Capital social y corrupción

Está claro, entonces, que tanto la gran corrupción como las redes clientelares que se establecen en la Administración pública en favor de intereses particulares influyen de manera decisiva en el nivel de capital social.

La relevancia que juega la confianza como control de la corrupción es fundamental, ya que tiende a irradiarse a toda la comunidad política a través de diferentes instituciones confiables, como ser la familia, los vínculos, las amistades, las relaciones en diferentes estratos.

La estructura jerárquica propia de las redes de corrupción y la presencia de estas prácticas en la Administración pública reducen los niveles de confianza interpersonal y de capital social (Prats Cabrera, 2008), y cuando se percibe la presencia de corrupción, se genera un aumento de la desconfianza en sus representantes, que afecta a las instituciones.

Una vez dañado el vínculo entre la sociedad y las instituciones, el proceso de deterioro se agiliza, se expande, y cada vez se hace más difícil recuperar la confianza, pues los lazos entre estas se cercenaron (Bornia, 2017).

Ciertamente, cuando la corrupción como metodología individual (acumulación de capital de los funcionarios públicos), política (generación de clientelismo para mantener el poder), jurídica (uso de facultades extraordinarias y generación de impunidad) y social (crecimiento de la pobreza y marginación) se hace sistémica en los municipios, provincias y Estados, el nivel de confianza (como capital acumulado) se deteriora y produce un daño institucional irremediable en el mediano y en el largo plazo (Gherzi, 2010).

Se ha afirmado que coexisten tres posibles enfoques acerca de los niveles de confianza y de la corrupción (Calleros y Escribano, 2014).

El primer enfoque sostiene que la confianza interpersonal es la que determina el grado de corrupción. Las sociedades que muestran bajos niveles de confianza interpersonal tendrán mayores niveles de corrupción, ya que tienden a ser más tolerantes y permisivas ante la corrupción.

El segundo enfoque identifica la confianza que existe en las instituciones públicas o políticas como la que determina la propensión a tolerar hechos de corrupción o a participar en estos. Se centra en el hecho de que la confianza en la política determina la predisposición del público a participar en actos de corrupción tales como el clientelismo, los sobornos, etcétera.

El tercer enfoque considera que la percepción de la corrupción por parte de los individuos determina tanto el nivel de confianza como la legitimidad del régimen. A mayor percepción individual de corrupción, menor será el apoyo a las instituciones políticas.

Cuando predomina la confianza de las redes individuales por encima de la confianza del conjunto de la sociedad, esa relación se transforma en terreno fértil para la corrupción, en tanto en cuanto los agentes corruptos deben encontrar un marco favorable; concretamente, deben existir redes de reciprocidad.

De ahí que se hable de un capital social negativo que se da cuando se entablan relaciones a niveles “micro”, que facilitan el establecimiento de relaciones de confianza recíproca ajenas al mercado y un capital social positivo cuando la confianza es universalista (Pena López - Sánchez Santos, 2009).

Por eso, la persistencia de la corrupción en el entorno público genera más desconfianza en el Gobierno y en las personas en general, lo cual debilita el tejido social disminuyendo la capacidad de la sociedad para contrarrestar los efectos de la corrupción a través de las redes de cooperación y organización ciudadana, puesto que la fragmentación social aumenta la búsqueda individual de soluciones y la tendencia a participar en la corrupción (Calleros - Escribano, 2014).

Para concluir: la corrupción tiene un impacto negativo en la confianza y en la legitimidad misma de un régimen. Esto, a su vez, debilita los pilares de efectividad, los controles sociales y la justicia, que dan soporte al sistema político en su conjunto.

La destrucción del capital social en el ámbito político supone, además, un obstáculo para consolidar la recuperación económica porque dificulta las decisiones colectivas. Por el contrario, los niveles altos de confianza están directamente relacionados con los bajos costos administrativos y con la confianza en las instituciones.

CAPÍTULO II

LA CORRUPCIÓN EN ARGENTINA

2.1. CRIMINOLOGÍA DEL FENÓMENO

Como ya expusimos, la corrupción es tan vieja como la historia de la humanidad. Pero sucede que, en Argentina y, en especial, en América Latina, estas prácticas y los “pactos entre elites”, destinados a la protección mutua, han alcanzado niveles tan extraordinarios que debieran encender alertas para prevenir, sancionar y juzgar estos hechos con rigor y en tiempo oportuno; finalmente, para recuperar los bienes extraídos ilegalmente de las arcas del Estado.

Las secuelas que deja la corrupción son determinantes para generar una animadversión mayúscula en la sociedad, en los gobernantes, en los funcionarios y en los privados que se benefician de ella. Sin embargo, extrañamente, en Argentina, más allá de verificarse una tenue reacción ante casos escandalosos de corrupción, es posible ver cómo esta inercia se va disipando, para cobrar nueva fuerza el conformismo y la naturalización.

Esta condescendencia se traslada a la clase dirigente, que, salvo algunas honrosas excepciones, no muestra ninguna señal de querer producir un cambio real y sincero. Esto lleva a que los dirigentes políticos se conformen con el discurso de que la corrupción es un mal social que ya no tiene cura, y opten por mantener el *statu quo* que, obviamente, les resulta favorable.

En *Un país al margen de la ley*, de Carlos Nino (2019), se describe la tendencia recurrente de la sociedad argentina y, en especial, de los factores de poder –incluidos los sucesivos Gobiernos– a la anomia en general y a la ilegalidad en particular. Es decir, la propensión generalizada a la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales, que ha generado una ineficiencia económica y social que no hemos podido superar.

Para Nino, esto explicaría lo que viene sucediendo en el país desde hace tantos años en distintos sectores profesionales: en la política, la salud, en los deportes, en el mundo de la cultura y en el sector privado, entre otros. Sin duda, la actividad política es el terreno más fértil para la corrupción. La relación íntima entre corrupción y política viene escribiendo su historia desde hace muchísimos años frente a la cara de toda la ciudadanía.

Así, se observan procesos electorales sospechados de ser financiados con dinero ilícito o con prebendas inescrupulosas, que demuestran una crisis fenomenal de los partidos políticos. Se trata de procesos electorales vacíos de contenido doctrinario e ideológico, cuyos militantes, en muchas ocasiones, son mercenarios del mejor postor.

En su ensayo, el autor destaca que una de las causas del desequilibrio institucional argentino ha sido la conformación de un sistema hiperpresidencialista, en el que el presidente de la nación absorbe funciones que deberían corresponder al Congreso de la Nación, a la Judicatura o a los Gobiernos provinciales.

Este hiperpresidencialismo, que afecta gravemente al Estado de derecho en Argentina, se debe, en parte, a la interpretación abusiva de normas en beneficio de los poderes presidenciales, y, además, a las circunstancias fácticas que han hinchado enormemente los poderes reales del presidente, provocando tensiones con otros poderes, así como situaciones de crisis continua.

Para el autor, la consecuencia de la presidencia hipertrofiada genera *i)* el debilitamiento del poder del Congreso, pues sus funciones y su manejo son monopolizados por el Ejecutivo; *ii)* la sumisión del Poder Judicial –que muchas veces carece de recursos adecuados para llevar a cabo funciones de investigación y juzgamiento en forma correcta–, y *iii)* la dependencia de las provincias respecto del Estado central en materia de ingresos fiscales, que son cada vez menos susceptibles de recaudación provincial y que se someten mansamente al régimen de coparticipación.

El profesor citado asegura que las facultades excesivas del presidente han sido un factor de tensión política que ha conducido en muchos casos a situaciones de ilegalidad y de fractura de la institucionalización. A su criterio, un presidente con menores facultades es objeto de menores presiones de grupos corporativos y su debilidad no incide en la debilidad de todo el sistema. Sobre esto último, advierte que la dinámica corporativa es un alimento persistente de la corrupción de los funcionarios. En un Estado corporativo bien “aceitado”, la corrupción adquiere formas sofisticadas, puesto que no se manifiesta meramente en dar algún beneficio económico a un funcionario para que otorgue protección o privilegio, sino en obtener que el funcionario del área, incluso un ministro, esté estrechamente vinculado con el grupo de interés en cuestión.

Contrariamente, tal como destaca Ghersi (2010), los roles de los tres poderes denotan una forma de gobierno y una distribución de funciones para evitar arbitrariedades. Así, la

reunión del poder en una sola persona (presidencialismo o vicepresidencialismo) habilita el uso de facultades extraordinarias que permiten la concentración del poder legislativo y ejecutivo, como el uso indiscriminado de decretos de necesidad y urgencia que exceden las funciones del presidente y que lo convierten en “la suma de poder público”.

Esto a la vez permite, a pesar de lo que manda la Constitución Nacional, que el poder central constantemente “coaccione” a los poderes provinciales con la coparticipación o con el giro de remesas dinerarias para diversos fines (obras públicas, subsidios, etc.). Asimismo, coadyuva a la acción nula de los organismos de control, tanto de forma directa –porque muestran incapacidad de investigación– como de forma indirecta –porque la designación de los titulares de esos organismos está a cargo del Gobierno de turno–.

Gilli (2014) alerta que las deficiencias en el sistema de división de poderes son una causa grave de corrupción. El crecimiento acelerado del Poder Ejecutivo bajo la idea del Estado de bienestar produjo asimetrías que favorecen la corrupción, ya sea por la politización del Poder Judicial, o por la falta de control parlamentario al Gobierno central, debido a la capacidad insuficiente o a la falta de voluntad.

El desgaste que ha sufrido el sistema de “frenos y contrapesos”, los abusos recurrentes de las clases dirigentes, la forma establecida de los controles, se transforman en beneficio de las “elites”. Esto no merece considerarse producto del azar, o de una mala coyuntura política, como si nos hubiera tocado vivir en una época marcada por la presencia de una dirigencia particularmente mala o corrupta. Más bien debemos prestar atención sobre los factores estructurales que ayudan a explicar estas singularidades (Gargarella, 2020)

De ahí que se sostenga, con razón, que la corrupción en Argentina está generalizada masivamente en la sociedad y en las instituciones, a tal punto que ha superado un umbral difícilmente reversible, pues se alimenta a sí misma, afecta a los mismos mecanismos designados para contener la corrupción e impide la detección de irregularidades.

Esto último ocurre no solo por el miedo de los denunciantes a las represalias, a la inestabilidad política del país y a la arbitrariedad de quienes ejercen el poder –máxime cuando los denunciantes ocupan cargos públicos–, sino también por la falta de medios técnicos de la Justicia, la misma Administración y las fuerzas de seguridad. A esto debe agregarse la ausencia absoluta de los organismos del Estado en realizar controles serios.

Argentina es un país débil institucionalmente, y, en esas condiciones, el riesgo de que la corrupción se expanda es cada vez mayor, ya que la situación imperante provoca un descreimiento en el sistema jurídico. Así, la sociedad entra en una especie de anomia en la cual la ley no tiene el valor de regir las conductas humanas, y el derecho resulta impotente para contrarrestar esa realidad.

Todo esto hace que el costo de la corrupción sea muy bajo para la clase dirigente, si se computa la probabilidad efectiva de sufrir un perjuicio real y concreto como consecuencia de ella. Esta es, sin lugar a duda, una de las razones que explican por qué en Argentina la corrupción se desarrolla en dimensiones inusitadas, a tal punto que se la considera endémica.

Justamente, el sistema hiperpresidencialista o vicepresidencialista posibilita que, durante el mandato constitucional de los que gobiernan, exista una sensación de inmunidad e impunidad. Es decir, de que pueden hacer lo que quieren porque las maniobras de corrupción no serán advertidas y quedarán ocultas en los “sótanos” del poder. Existe confianza en que, cuando salgan a la luz –si esto alguna vez sucede–, la Justicia tardará mucho tiempo en investigarlos. Además, tienen la esperanza de que, con buenos abogados lobistas que interpongan todo tipo de “chicanas” procesales, influencias o presiones ilegales, se pueda neutralizar el embate judicial.

Ni hablar si los mismos funcionarios investigados y hasta condenados se mantienen en el poder o si vuelven a ganar elecciones, pues, desde ese lugar, pueden ejercer una presión mayor hacia los jueces y fiscales que investigan casos graves de corrupción. No es muy difícil advertir que, desde el poder que les da el cargo que ostentan, tendrán mayores posibilidades de contener investigaciones, ejercer influencias, motorizar operaciones mediáticas para descalificar a magistrados, y así lograr impunidad.

Lo descrito no es una simple ocurrencia; es algo que viene dándose en la región y también en el país. Por esa razón, la sociedad debe ser rigurosa y estar atenta para que se respete la división de poderes. De esta manera, los funcionarios (magistrados y fiscales) podrán seguir desarrollando su actividad con normalidad, sin que nada interfiera en su tarea, y podrán llevar adelante los juicios de acuerdo a lo que establecen las normas procesales, hasta arribar a una sentencia.

Si nos atenemos a diferentes casos emblemáticos de corrupción en la historia judicial de nuestro país, advertimos que se trata de una actividad que viene acompañando a los diferentes Gobiernos de distintos partidos políticos e ideologías.

A continuación, repasaremos brevemente algunos casos graves de corrupción acaecidos desde la década del 90, que grafican lo expresado en los apartados anteriores.

2.2. CASOS DE CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL

Desde que Nino señaló la nocividad de la figura del hiperpresidencialismo y su dominio sobre los otros poderes del Estado, han salido a la luz continuos escándalos de corrupción que han provocado el descrédito de las instituciones públicas y de los políticos en especial.

En Argentina, la corrupción política reina en todos los ámbitos gubernamentales, aunque es cierto que predominan los casos en el ejercicio de la función administrativa (específicamente en materia de contrataciones, ejercicio de poder de policía, pago de subsidios, etc.). La circunstancia de que la corrupción se manifieste con mayor intensidad en el ámbito de Administración pública ha hecho que su análisis jurídico, si bien ha sido abordado por penalistas y constitucionalistas, aparezca preferentemente desarrollado entre los cultores de derecho administrativo (Botassi, 2017).

Ciertamente, desde la década del 90, vienen sucediendo casos obscenos de corrupción en la Administración pública, que perjudican seriamente los fondos del Estado nacional. Esto indica, por un lado, la presencia permanente y casi inalterable de una matriz, una estructura de corrupción, que se repite, pese a los sucesivos cambios de Gobierno; por el otro, la impunidad de buena parte de la clase dirigente, dada la cantidad enorme de casos judicializados y las escasas condenas firmes que se conocen.

Por eso se sostiene, con razón, que nuestro esquema institucional actual se revela como “un traje chico” absolutamente incapaz de abarcar el cuerpo que pretende abrigar. Y no hay reforma de que la ley electoral o la reconstrucción de partidos políticos sea capaz de remediar esta debacle. La crisis institucional resulta agravada por la presencia de funcionarios “poco virtuosos” o “corruptos” (Gargarella: 2020).

Por supuesto, las modalidades delictivas se fueron modificando a lo largo del tiempo, de acuerdo a la realidad coyuntural del Estado, a las políticas de cada Gobierno, a las ventajas que se brindan en cada momento para perpetrar estas maniobras, como también a la facilidad para sortear los controles dentro de la Administración pública. En otras palabras, la corrupción no cedió, sino que se fue acomodando a la realidad del momento.

2.2.1. DÉCADA DEL 90

A modo de ejemplo, uno de los ejes centrales de la década del 90 fue la reforma integral del Estado. Desde esa época, comenzó un proceso de privatización de las empresas del Estado que generó innumerables denuncias penales por casos de corrupción. Algunos terminaron en condenas que fueron confirmadas por tribunales de diferentes instancias.

Para contextualizar lo que sucedía en ese entonces, resulta imprescindible remontarnos al año 1989, pues para aquel entonces el país atravesaba una situación delicada en el plano político y en el económico, caracterizada por una crisis hiperinflacionaria, el incremento de los niveles de pobreza, los saqueos y el traspaso anticipado del mando de la presidencia²⁷.

En ese contexto, el 17 de agosto de 1989, el flamante Gobierno logró la sanción de la Ley 23.696 (conocida como Reforma del Estado). A través de esta norma, se declaró en estado de emergencia la prestación de servicios públicos y se inició un proceso mediante el cual muchas empresas públicas pasarían total o parcialmente a manos privadas.

Esto se denominó vulgarmente “privatización”, y ofreció un sinnúmero de oportunidades para que los funcionarios llevaran adelante todo tipo de tropelías y arbitrariedades, desde los más diversos niveles.

Un caso de los más emblemáticos de corrupción se dio en el proceso de privatización del astillero Tandanor, que involucro al mismo presidente, al entonces ministro de Defensa, como también a otros funcionarios públicos y empresarios, al cual nos referiremos con mayor detenimiento en el siguiente apartado.

²⁷ El 8 de julio de 1989, el Dr. Carlos Saúl Menem asumió la presidencia, en reemplazo del Dr. Raúl Alfonsín (el traspaso originalmente estaba previsto para el 10/12/1989).

Caso Swift

Un caso relevante de la época es el de la empresa Swift Armour SA, en el que se denunció a funcionarios del Gobierno nacional, a cargo del expresidente Carlos Saúl Menem, que reclamaban el pago de una "comisión" para la instalación de una nueva planta.

En el verano de 1990-1991, el embajador de Estados Unidos, Terence Todman, envió una nota al Gobierno argentino, en la que respaldó una denuncia recibida del frigorífico Swift por un pedido de soborno para "agilizar" sus trámites de liberación de impuestos de maquinarias para su planta de Rosario.

Se trataba de una inversión de 140 millones de dólares y estaba trabada, según se denunció, en el despacho del excuñado del entonces presidente y asesor presidencial, Emir Yoma.

El incidente se conoció el 6 de enero de 1991, a partir de una nota del periodista Horacio Verbitsky en el diario *Página 12*²⁸, y, como consecuencia del escándalo, renunciaron el entonces ministro de Economía, Erman González, Emir Yoma y el ministro Roberto Dromi.

Caso IBM-BANCO NACIÓN

También el caso IBM-Banco Nación tuvo una repercusión inusitada y ocurrió cuando, en 1994, el Banco Nación otorgó a la empresa IBM la licitación para la renovación de su sistema informático, y, a cambio, se pagaron más de 21 millones de dólares en sobornos. Este fraude millonario al Estado tuvo lugar en el trámite licitatorio para la puesta en marcha del Proyecto Centenario, consistente en informatizar 525 sucursales del Banco.

La licitación fue confeccionada para que solo IBM pudiera ganarla, contra el pago de 37 millones de dólares en coimas, de los cuales llegaron a pagarse 21 millones²⁹. En el hecho intervinieron distintos funcionarios del Banco, representantes de la firma IBM Argentina, como también otros particulares.

²⁸ https://www.pagina12.com.ar/especiales/20aniversario/todo_un_estilo.html.

²⁹ Para mayores precisiones del caso, se recomienda la lectura de la nota <https://www.lanacion.com.ar/politica/ibm-nacion-como-se-descubrio-la-coima-nid53838>.

El caso fue denunciado por el periodista Santiago Pinetta en el libro *La nación robada*³⁰. La fiscal de juicio³¹ realizó un acuerdo de juicio abreviado con los imputados, en el que estos reconocieron su responsabilidad. El Tribunal Oral Federal homologó el acuerdo y condenó a los responsables con penas privativas de la libertad.

No obstante, las defensas, a pesar de haber prestado su consentimiento para el acuerdo, recurrieron la resolución ante diferentes instancias, para posteriormente solicitar la prescripción de la acción penal. Este planteo llegó hasta la Corte Suprema de Justicia, donde fue rechazado, por lo que la condena adquirió firmeza.

Caso Siemens

En este caso se investigó el delito de cohecho cometido por 17 personas. El auto de procesamiento expuso que existió un accionar sistemático de integrantes de la empresa Siemens para pagar sobornos con el único fin de que la filial local de Siemens AG – Siemens It Services SA– resultara adjudicataria de la Licitación Pública Nacional e Internacional n° 1/96 para la Contratación de un Servicio Integral para la Implantación y Operación de un Sistema de Control Migratorio y de Identificación de las Personas.

Para materializar los pagos, se implementó un sistema que justificó los egresos de grandes sumas de dinero por parte de la empresa Siemens AG y de sus filiales. Eso, a la vez, permitió que los funcionarios públicos encubrieran la recepción del dinero.

También se acreditó la existencia de un acuerdo económico al que arribaron integrantes de Siemens con integrantes del grupo económico SOCMA, a cambio de que esta última permitiera la contratación de Siemens sin efectuar impugnación alguna. Dicho acuerdo se habría materializado a través de la compra de la empresa Itron a un valor excesivamente mayor al que costaba, como también mediante la inclusión del Correo Argentino – perteneciente al grupo SOCMA– en el proyecto de los DNI.

En la resolución del juez se afirmó que, efectivamente, los sesenta pagos investigados –por un total de USD 106.302.706– estaban destinados a quienes actuaron como intermediarios y

³⁰ http://reporte24.com.ar/index.php?option=com_k2&view=item&id=3129:pinetta-el-periodista-que-denuncio-el-fraude-ibm-banco-nacion-vive-de-limosnas&Itemid=353.

³¹ Dra. Sabrina Namer.

a miembros del Gobierno que intervinieron en el proceso licitatorio; por lo tanto, se solicitó el libramiento de exhortos internacionales a los Emiratos Árabes Unidos, Dubai, Hong Kong y Estados Unidos –Nueva York–, para individualizar a los destinatarios finales del dinero que egresó de las cuentas de Siemens AG y de sus filiales³².

La Cámara Federal confirmó el auto de procesamiento en octubre de 2014³³; entonces, se decidió elevar a juicio el tramo que investigó a los que pagaron los sobornos. Dicha causa quedó radicada ante el Tribunal Oral Federal 3.

En cuanto al tramo que no se elevó a juicio –el que buscaba establecer qué funcionarios participaron en esta conducta–, se decidió archivarlo. La Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA) recurrió esa resolución, hasta llegar a la Cámara Federal Casación Penal, donde la Sala III no hizo lugar a la impugnación y consideró inadmisibile el recurso de casación interpuesto.

Ante esa situación, la PIA presentó un recurso extraordinario federal para que la Corte Suprema revisara la decisión y se siguiera investigando a los funcionarios involucrados en el hecho que consideró de importante impacto institucional y económico para el Estado argentino³⁴.

Caso Venta de Armas a Croacia y a Ecuador

Otro de los casos de enorme repercusión que involucraron de manera directa al expresidente de Menem y a otros funcionarios fue el de la venta ilegal de armas argentinas a Croacia y a Ecuador, países sobre los que pesaba un embargo militar de la ONU por estar en guerra en la antigua Yugoslavia y contra Perú, respectivamente.

Si bien en una primera instancia el expresidente fue absuelto, esa decisión fue recurrida por el Ministerio Público Fiscal y por una de las partes querellantes, ocasión en la que la Sala I de la Cámara de Casación condenó al entonces presidente por considerarlo coautor

³² <https://www.cij.gov.ar/nota-12824-Caso-Siemens--el-juez-Ariel-Lijo-dispuso-el-procesamiento-de-diecisiete-imputados-por-el-delito-de-cohecho-activo.html>.

³³ <https://www.cij.gov.ar/nota-14340-Caso-Siemens--la-C-mara-Federal-confirm--procesamientos-por-cohecho.html>.

³⁴ <https://www.fiscales.gob.ar/corrupcion/la-pia-interpuso-un-recurso-extraordinario-contr-el-archivo-del-tramo-de-la-causa-siemens-que-alcanza-a-funcionarios-publicos/>.

del delito de contrabando agravado, por tratarse de material bélico, por contar con la intervención de funcionarios públicos y por tratarse de más de tres personas.

Las defensas recurrieron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, ante la falta de doble conforme (precedente Duarte, del 5 de agosto de 2014), el máximo Tribunal devolvió la causa a la Cámara de Casación para que designara otra Sala como tribunal revisor³⁵.

Finalmente, debido al tiempo transcurrido, la Sala designada de la Cámara Federal de Casación Penal³⁶, el 4 de octubre de 2018, decidió declarar la prescripción de la acción penal y, en consecuencia, absolvió al expresidente y al resto de los imputados³⁷, sin expedirse sobre el fondo de la cuestión de este caso de corrupción.

Casos de María Julia Alsogaray, Víctor Alderete y Juan Manuel Pico

Sobresalen también los diferentes procesos penales que se siguieron contra altos funcionarios cercanos al círculo presidencial de aquel entonces, como el caso de María Julia Alsogaray (exsecretaria de Medio Ambiente), condenada por enriquecimiento ilícito y por diferentes actos ilegales llevados a cabo durante su gestión³⁸; el de Víctor Alderete (expresidente del PAMI), condenado a tres años y medio de prisión por hechos de corrupción; el de Juan Manuel Pico (expresidente del Concejo Deliberante), condenado a 14 años de prisión por hechos graves de corrupción³⁹, entre tantos otros.

2.2.2. EL NUEVO MILENIO

El nuevo milenio no trajo una modificación del cuadro de situación descripto. Por el contrario, a pesar de los distintos cambios de Gobierno, la matriz de corrupción se mantuvo casi inalterable. Esto muestra la degradación que sufre sistemáticamente nuestro

³⁵ <https://www.cij.gov.ar/nota-27223-Decisi-n-de-la-Corte-Suprema-en-las-causas-de-Menem.html>.

³⁶ Integrada por la Dra. Liliana Catucci y por los Dres. Carlos Mahiques y Eduardo Riggi.

³⁷ <https://www.cij.gov.ar/nota-32015-Resoluci-n-de-la-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal-en-la-causa-contra-Carlos-Menem-por-contrabando-de-armas.html>.

³⁸ <https://www.cij.gov.ar/nota-14878-Condernaron-a-Mar-a-Julia-Alsogaray-a-tres-a-os-y-medio-de-prisi-n-en-un-juicio-oral.html>.

³⁹ <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-31077-2004-02-03.html>.

país desde hace décadas y que, por supuesto, hace inviables tanto el crecimiento sostenido como la posibilidad de salir de la crisis estructural en la que se halla sumergida la Argentina. Veamos algunos casos:

Coimas del Senado

Otro de los procesos que tuvieron una repercusión pública y mediática formidable fue el conocido como el de las Coimas del Senado, en el que se investigó el pago de sobornos a senadores de la Nación para la aprobación de la ley de reforma laboral de abril de 2000. El expediente penal se había iniciado a mediados de ese año, cuando se revelaron las negociaciones entre funcionarios de la Alianza y senadores del Partido Justicialista.

No obstante, en 2003, se produjo un acontecimiento inédito en materia de corrupción política, caracterizada por estrictos códigos de silencio: el exsecretario parlamentario del Senado Mario Pontaquarto se presentó como arrepentido y detalló cómo habían sido los pagos. Se trató del primer funcionario público en denunciar, autoincriminarse y arrepentirse por el caso de corrupción en la Cámara Alta en el año 2000 durante el Gobierno de Fernando De La Rúa⁴⁰.

Luego del juicio oral y público, diez años después –año 2013–, el Tribunal Oral Federal 3 absolvió a todos los acusados, al estimar que no se habían probado los sobornos con el grado de certeza requerido⁴¹. Más allá de que esta decisión fue confirmada por el tribunal superior, en la sociedad quedó la sensación de impunidad por este hecho, a pesar de la absolución de los implicados.

Caso Antonini Wilson

Ya a partir de 2003, con el cambio de Gobierno, fueron múltiples los casos que tomaron estado público. Uno de ellos fue el caso de las valijas de Antonini Wilson, quien intentó

⁴⁰ Se sugiere la lectura del libro *Mario Pontaquarto, el arrepentido. Cómo se hace política en la Argentina*, editorial Sudamericana, 2005.

⁴¹ <https://www.cij.gov.ar/nota-13142-Difundieron-los-fundamentos-de-la-sentencia-dictada-en-el-juicio-oral-por-las-coimas-en-el-Senado-de-la-Naci-n.html>.

ingresar a la Argentina USD 790.550, cuyo origen y finalidad se desconocían, sin cumplir con los trámites legales respectivos.

Dicho episodio ocurrió luego del aterrizaje de un vuelo contratado por la empresa argentina ENARSA, procedente de Venezuela, en el Aeroparque de la ciudad de Buenos Aires. Un detalle no menor es que el vuelo transportaba también al funcionario público argentino Claudio Uberti –quien habría autorizado el embarque de Wilson, luego acusado de diferentes hechos de corrupción– y a colegas de la empresa estatal venezolana PDVSA.

En diciembre de 2007, el FBI arrestó a tres ciudadanos venezolanos y a uno uruguayo en Florida. Allí, se los acusó de ser agentes del Gobierno venezolano y de haber presionado a Antonini Wilson, quien se encontraba colaborando con el FBI en Miami desde el escándalo, para que no revelara el origen ni el destino del dinero decomisado en Argentina. Según el FBI, el dinero decomisado había sido enviado por el entonces presidente venezolano Hugo Chávez, para apoyar la fórmula Cristina Fernández-Julio Cobos, elegidos luego como presidenta y como vicepresidente de Argentina. Ambos países negaron las acusaciones (Bour, 2012).

En 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia que había confirmado la prescripción de la acción penal⁴².

Caso Skanska

En el caso Skanska se investigó el pago de sobornos y sobrepagos en el marco de las contrataciones para expandir la capacidad de transporte de gas natural. La obra incluía la instalación de gasoductos en el sistema norte (licenciataria TGN) y en el sistema sur (licenciataria TGS), la incorporación de potencia de comprensión en plantas existentes, el acondicionamiento de las plantas compresoras existentes y la construcción de una nueva planta compresora.

La Sala IV de la Cámara de Casación resolvió –por mayoría– declarar inadmisibles los recursos interpuestos contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones, que había confirmado el procesamiento y el embargo de Julio De Vido –exministro de

⁴²<https://www.cij.gov.ar/nota-20760-Caso-Antonini-Wilson--la-Corte-dej--sin-efecto-la-sentencia-que-hab-a-confirmado-la-prescripci-n-de-la-causa.html>, consultada en marzo de 2020.

Planificación Federal–, directivos de la empresa constructora Skanska, representantes de las compañías intervinientes y otros intermediarios, por administración fraudulenta en perjuicio de la Administración pública y cohecho activo y pasivo, respectivamente⁴³.

Caso de Felisa Miceli

En este caso, se condenó a la exministra de Economía Felisa Miceli a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el término de seis años y costas, por habersele encontrado dinero en el baño de su despacho del Palacio de Hacienda⁴⁴, cuya tenencia no pudo justificar. Todo esto provocó la renuncia de la funcionaria.

Casos de Jaime

La cantidad de casos judiciales que involucran al exsecretario de Transporte Ricardo Raúl Jaime es realmente sorprendente, por la variedad de maniobras delictivas detectadas y por la gravedad de estas. Por esa razón, puede decirse que Jaime es el emblema de la corrupción.

La inmensa mayoría tuvo lugar durante su gestión (2003-2009), y en varios de esos procesos fue condenado. El propio acusado reconoció expresamente haber aceptado dádivas en diecinueve oportunidades, por lo que se lo condenó a una pena de prisión que se unificó con otra condena del Tribunal Oral Federal de Córdoba⁴⁵.

Además, el Tribunal Oral Federal 2 lo declaró culpable de defraudación contra la Administración pública y de descarrilamiento culposo, y se lo condenó a seis años de

⁴³ <https://www.cij.gov.ar/nota-34308-Caso-Skanska--la-C-mara-Federal-de-Casacion-penal-convalid--el-procesamiento-de-Julio-De-Vido-y-otros-imputados.html>, consultado en marzo de 2020.

⁴⁴ <https://www.cij.gov.ar/nota-15564-Difunden-fallo-que-fij--la-pena-de-tres-a-os-de-prision-de-ejecucion-condicional-para-Felisa-Miceli.html>, consultado en marzo de 2020.

⁴⁵ <https://www.cij.gov.ar/nota-18420-El-juez-Ercolini-condena-a-Ricardo-Jaime-a-un-a-o-y-medio-de-prision.html>, consultado en marzo de 2020.

prisión por su responsabilidad en el accidente ferroviario denominado Tragedia de Once⁴⁶, al cual nos referiremos más adelante.

Caso Bolsos de López

Tal vez uno de los casos de corrupción más burdos y elocuentes fue el del exsecretario de Obras Públicas José Francisco López: en junio de 2016 se lo detuvo mientras intentaba ocultar 160 bultos de dinero con USD 8.982.047 (algunos termosellados), 153.610 euros, 49.800 pesos, 425 yuanes, 2 riyales de Qatar, seis relojes de lujo, una carabina Sig Sauer y teléfonos celulares en un convento.

El caso causó impacto en la opinión pública, no solo por las imágenes que se emitieron por los medios de comunicación, sino porque José Francisco López era “el segundo” de Julio De Vido, ministro de Planificación e Inversión Pública durante los Gobiernos de Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner.

La obscenidad de la escena en la que López arrojaba bolsos con fajos de dinero por encima del muro de un convento de monjas, propio de una filmación cinematográfica, sin dudas provocó indignación en la sociedad y fue un punto de inflexión para reconocer lo que siempre se había negado, a modo de relato.

El Tribunal Oral Federal 1 condenó a López a la pena de 6 años de prisión por el delito de enriquecimiento ilícito, y dispuso el decomiso de los bienes secuestrados⁴⁷. La nota del color la da el hecho de que parte de ese dinero se donó al Hospital Garrahan y, según se dio a conocer, se utilizó para comprar insumos contra la pandemia del coronavirus.

⁴⁶ <https://www.cij.gov.ar/nota-30203-Tragedia-de-Once--resoluci-n-de-la-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal.html>, consultada en abril del 2020.

⁴⁷<https://www.cij.gov.ar/nota-34901-Condernaron-a-Jos--L-peza-a-6-a-os-de-prisi-n-en-un-juicio-oral-por-enriquecimiento-il-cito.html>.

Incremento patrimonial de los secretarios presidenciales

No puede omitirse mencionar, en este brevísimo análisis, la cantidad exorbitante de bienes en poder de los secretarios privados de los expresidentes Néstor Kirchner (2003-2007) y Cristina Fernández (2007-2015).

Me refiero, en primer lugar, al proceso que se le sigue al secretario privado de Néstor Kirchner, Daniel Muñoz (fallecido), en el que se determinó que era titular de departamentos en Miami y en Nueva York, valuados en 70 millones de dólares, entre otros bienes.

A partir de la filtración de 2100 documentos oficiales que BuzzFeed News compartió con el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación, se analizaron casos de personas y entidades argentinas en la FinCEN (unidad de inteligencia financiera estadounidense), que también incluyen informes secretos sobre transacciones bancarias del Departamento del Tesoro.

Entre esos documentos surge el nombre de Sean Sullivan, prófugo de la justicia argentina con captura internacional, que habría sido contactado por el matrimonio Muñoz porque necesitaba a alguien que moviera cerca de USD 30 millones de la corrupción argentina, que estaban invertidos en Estados Unidos.

Según lo informado, Muñoz, necesitaba completar esa maniobra con urgencia, antes de que la Justicia argentina lograra localizar los fondos.

Lo que se desconocía era que Sullivan ya estaba siendo investigado por las autoridades antilavado de Estados Unidos, por lo cual, ante esa circunstancia, el dinero habría desaparecido, aunque las autoridades de Estados Unidos siguieron los movimientos financieros y hasta los relacionaron con la corrupción kirchnerista.

El documento en el que quedó asentada la operatoria de Sullivan fue titulado *Cleptocracia*, y es una especie de resumen semanal que redacta la agencia estadounidense con las principales alertas bancarias recibidas sobre personajes vinculados a casos de corrupción⁴⁸.

⁴⁸ <https://www.lanacion.com.ar/politica/fincen-files-sean-sullivan-profugo-cuadernos-estaba-nid2453166> (consultado el 30/09/2020).

En segundo lugar, debemos señalar a Fabián Gutiérrez, exsecretario de Cristina Fernández hasta 2010 (y arrepentido en el caso conocido como Cuadernos, en el cual se encontraba procesado⁴⁹). A Gutiérrez se le atribuyó la titularidad de más de 35 propiedades, decenas de autos de lujo (marca Land Rover, Audi y Porsche) y embarcaciones, y, a fines de 2019, fue procesado por el delito de lavado de dinero.

Gutiérrez falleció de manera violenta el 2 de julio de 2020 en la provincia de Santa Cruz, luego de que lo golpearan y lo torturaran durante horas, supuestamente, para robarle dinero. La causa que investiga este hecho aún se encuentra en trámite.

Excedería el objeto de estudio del presente trabajo enumerar todos los procesos penales abiertos por hechos de corrupción durante este período; la mera enunciación de casos sería exageradamente extensa y tediosa. No obstante, el avance de estas y de otras causas más se puede consultar en el Centro de Información Judicial⁵⁰, donde los diferentes jueces publican sus interlocutorios, resoluciones y sentencias en aras de una mayor transparencia, para que los medios de comunicación y la sociedad tengan acceso a la información.

2.2.3. CASOS EMBLEMÁTICOS DE CORRUPCIÓN DURANTE LAS ÚLTIMAS TRES DÉCADAS

A continuación, analizaremos los casos más representativos de la corrupción argentina, ya sea por la magnitud de las maniobras, por las graves consecuencias que generaron o porque provocaron conmoción en la sociedad. Veamos:

Caso Tandanor⁵¹

Como se adelantó, el caso del astillero Tandanor representa uno de los hechos más graves de la década de los 90, pues su privatización no se debió a razones de funcionamiento

⁴⁹ file:///C:/Users/DiegoS/Downloads/adj_pdfs_ADJ-0.801086001546019992.pdf.

⁵⁰ <https://www.cij.gov.ar/causas-de-corrupcion.html>.

⁵¹ En este caso, en el que actuamos como representantes del Ministerio Público Fiscal en el juicio oral y público, se acusó a los imputados por hechos graves de corrupción. Con la condena se logró el decomiso y la devolución al Estado Nacional de la Planta I, un predio de 8,2 hectáreas en el que se proyectaba hacer un emprendimiento inmobiliario mayor a los 500 millones de dólares, por lo que se constituyó en el decomiso más importante en materia de corrupción.

deficitario, sino al interés de los funcionarios involucrados por hacer un negocio millonario con empresarios amigos.

Antes de la privatización, la empresa era un activo valioso, con buena infraestructura, excelentes recursos humanos y un patrimonio neto positivo. El astillero Talleres Navales Dársena Norte (Tandanor) funcionó durante décadas como un taller de reparaciones navales líder en el cono sur. Tenía dos plantas industriales plenamente operativas (Plantas I y II), equipadas con tecnología de última generación, lo que permitía atender absolutamente todos los rubros y requerimientos de la industria naval.

Concretamente, en septiembre de 1990, se llamó a licitación para privatizar el astillero Tandanor, dependiente del Ministerio de Defensa de la Nación. En el llamado original, se tasó la empresa en la suma de 168 millones de dólares, pagaderos de la siguiente manera: 8 millones en efectivo y 160 millones en Bonos de la Deuda Externa Soberana, todo lo cual debía cancelarse indefectiblemente a la firma del contrato.

Tras un trámite licitatorio lleno de irregularidades, se direccionó la licitación en favor de un grupo empresarial que tenía lazos con el entonces presidente Menem y con otros funcionarios.

Con el contrato ya adjudicado a una empresa amiga, Menem emitió un decreto por el cual cambió sustancialmente el precio y la forma de pago por Tandanor: el valor por abonar se estableció en USD 59.760.000 (ya no en bonos, sino en efectivo), un adelanto por USD 7.200.000 y el saldo restante (USD 52.560.000) cómodamente financiado a nueve años de plazo, con tres años de gracia.

Este Decreto, no solo se redujo sustancialmente el precio, sino que lo que originalmente debía cancelarse en un pago se transformó en cuotas, pero el Estado, como contrapartida, exigió el aval de un banco de primera línea por los intereses correspondientes a los tres primeros años “de gracia” y un seguro de caución por el saldo que quedaría pendiente (USD 52.560.000).

En los hechos, jamás se constituyó el aval, y el seguro de caución lo emitió Aseguradora del Litoral SA, una empresa insolvente y sin reaseguros, que le pertenecía al mismo grupo adjudicatario (empresa CIAMAR).

Una vez realizada la adjudicación de manera fraudulenta, los particulares –con la participación de los servidores públicos– avanzaron rápidamente para concretar el plan,

esto es: un gran negocio inmobiliario en uno de los dos terrenos sobre los cuales funcionaba el astillero público. Así, en tiempo récord desmantelaron la Planta I de Tandanor (de 8,2 hectáreas en Dársena Norte, barrio de Retiro, ciudad de Buenos Aires) y se la vendieron a una sociedad anónima propia (Puerto RETIRO), creada por directivos de la empresa adjudicataria; en otras palabras, se la “autovendieron”.

El valor de venta de este predio se pautó en la suma irrisoria de USD 18 millones, dinero que, tras la realización de cuatro peritajes contables ordenados en la causa comercial y en la penal, no se pudo establecer de manera fehaciente el ingresó a las arcas de Tandanor. Sin embargo, haya o no ingresado es valor, ya era fraudulento: se vendió a USD 18 millones algo que tenía un valor potencial superior a los USD 500 millones, si se considera que allí se proyectaba construir varias torres de alrededor de 30 pisos cada una.

El plan se frustró cuando el intendente municipal Saúl Bouer vetó la ordenanza del Concejo Deliberante de la Ciudad que autorizaba la “indispensable rezonificación” del área en donde estaba emplazado el predio. Esto ocurrió en el plazo de gracia otorgado por decreto por el presidente Menem, y provocó, por un lado, que el adjudicatario no pagara nunca el vencimiento de los pagarés por el saldo impago de la privatización (USD 52.560.000), y, por el otro, que se abandonara la empresa a su buena suerte.

Así, el astillero recorrió un camino ruinoso, cerca del cierre. Finalmente, esta situación fue revertida por sus trabajadores, que por el afecto y cariño a la empresa nunca abandonaron sus puestos de trabajo. En cuanto a la ex Planta I, donde funcionó un taller de reparaciones navales de primera línea, se transformó en un terreno baldío, con construcciones demolidas, una red ferroviaria interna desmantelada y barcos hundidos en los que eran sus diques de carena. Sin embargo, ese mismo terreno conservó un enorme valor inmobiliario –que incluso ha aumentado–, por su ubicación y por su gran extensión.

En el marco de la causa en la que se investigó y se juzgó la privatización fraudulenta del astillero estatal Tandanor, los jueces del Tribunal Oral en lo Criminal Federal 5 condenaron a los responsables por el delito de defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de la Administración pública⁵².

⁵²<https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/tandanor-condenan-a-un-ex-funcionario-y-empresarios-involucrados-en-la-maniobra-fraudulenta-y-ordenaron-el-decomiso-de-un-valioso-predio-a-favor-del-estado/> consultada en el mes de marzo de 2020.

En línea con lo requerido en los correspondientes alegatos por el representante del Ministerio Público Fiscal⁵³, el Tribunal también ordenó el decomiso de la Planta I y dispuso su inmediata restitución al Estado argentino. A la par de ello, también ordenó la reposición del 90 % del paquete accionario de la empresa a favor del Estado⁵⁴. Esta resolución fue confirmada por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal.

Efedrina⁵⁵

El incremento de la importación de efedrina que se produjo en nuestro país a partir de 2004 –pero, en mayor medida, a partir de 2006– y que permitió que se desarrollaran ciertas maniobras, como la tenencia, el comercio, el desvío y, por supuesto, la producción de estupefacientes, no fue solamente un acto vinculado al narcotráfico, sino también un acto de corrupción.

La efedrina es una sustancia química cuyo efecto fisiológico es altamente variable. Sin embargo, su uso en la empresa farmacéutica se relaciona especialmente con el tratamiento de congestiones nasales, la producción de broncodilatadores y la realización de preparaciones magistrales tales como compuestos para adelgazar.

También, por su composición química, la efedrina puede servir como precursor químico para la síntesis ilegal de estupefacientes como la llamada **metanfetamina**, que es una droga estimulante sumamente adictiva y que afecta al sistema nervioso central.

Justamente, en virtud de esa aplicación ilegal, la efedrina ha sido objeto no solo de diversas regulaciones legales en nuestro país, sino también de diversos convenios y tratados internacionales⁵⁶. Estas regulaciones no eran antojadizas, pues se correspondían

⁵³<https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/pidieron-la-restitucion-a-favor-del-estado-de-las-plantas-del-astillero-tandanor-y-penas-de-hasta-4-anos-de-prision-en-el-juicio-por-su-privatizacion-fraudulenta/> consultada en el mes de marzo de 2020.

⁵⁴<https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/tandanor-el-trabajo-del-mpf-en-el-juicio-que-logro-la-restitucion-del-predio/> consultada en el mes de marzo 2020.

⁵⁵ En este caso, actuamos como representantes del Ministerio Público Fiscal.

⁵⁶ Antes del año 2008, en el ámbito interno, todas las cuestiones atinentes a la operatoria vinculada a esa sustancia se encontraban reguladas en el Anexo A: Anexo I. Lista I del Decreto 1095/96 (B.O del 3/10/96), modificado por su similar, el 1161/00⁵⁶. Esta regulación establecía, entre otras cosas: i) la obligación de todas aquellas personas físicas o jurídicas que quisieran operar con estas sustancias de inscribirse en el Registro Nacional de Precursores Químicos (art. 3 ss.), ii) llevar un inventario completo de sus operatorias (art. 6 ss.) y, en especial, informar trimestralmente al Registro, con carácter de declaración jurada, el movimiento de tales sustancias, iii) respecto de los actos de comercio interno, cabe destacar la obligación de que solo fueran realizados entre las personas físicas o jurídicas que también se encontraran inscriptas (art. 12 s.) y iiiii) en punto a las operaciones de importación y exportación, la de solicitar una

con los estándares internacionales vigentes en la materia al momento de sancionarse la normativa bajo análisis, por lo que no podía quedar ninguna duda de que la efedrina estaba incluida como sustancia precursora y de que la metanfetamina estaba dentro de las disposiciones reglamentarias que complementan la Ley de Estupefacientes⁵⁷.

En el juicio oral quedó en evidencia que, a partir del desmantelamiento de laboratorios ilegales de metanfetamina en Estados Unidos y en México, se generó la búsqueda de otros mercados externos para conseguir el precursor efedrina o la metanfetamina ya producida. Estas circunstancias impactaron directamente en el país: la falta absoluta de control por parte de los funcionarios encargados de prevenir el narcotráfico (Sedronar –Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas–, Ministerio de Justicia y Ministerio de Seguridad) permitió un incremento de las importaciones de efedrina y la instalación de los primeros laboratorios de metanfetamina.

El aumento de importaciones fue grotesco. En efecto, un informe proporcionado por la propia Sedronar indica las cantidades totales de efedrina importadas durante el período 2004-2008, que fueron expresamente autorizadas por la Administración pública; a saber:

AÑO	CANTIDAD (en kg)
2004	2900
2005	4225
2006	9900
2007	19.150
2008	12.665

Lo más impactante de toda esta cuestión es que en el juicio oral y público se estableció que, para realizar preparaciones magistrales legalmente, la efedrina se emplea en dosis muy bajas (de unos 5/10 mg a lo sumo; el máximo que se puede usar es 50 mg), y que,

autorización previa que caducaba a los 120 días de emitida y que podía ser utilizada en una sola oportunidad. A ello se añadía el deber de enviar a la Secretaría copia certificada del despacho de importación (art. 14 y ss.).

⁵⁷ La Ley 23.737, según Decreto 722/91, en su Anexo I, la considera dentro de la lista de estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, en los términos el artículo 77 del Código Penal.

para cubrir las necesidades genuinas del mercado interno “legal” en un año no se necesitaban más de 100 kg de efedrina.

Las cantidades exorbitantes de efedrina que las autoridades nacionales permitieron importar para la producción de metanfetamina, pese a los graves efectos que su consumo genera⁵⁸, muestran con claridad la estrecha relación existente entre la corrupción y las actividades del crimen organizado. Es más, la corrupción es un costo que asume el crimen organizado para desplegar sus actos ilegales, costo que, por supuesto, se verá reflejado en el precio del producto final.

Como consecuencia del homicidio de tres personas –Sebastián Forza, Damián Ferron y Leopoldo Bina, hecho conocido como el “triple crimen”, de agosto de 2008–, se conoció la trama oculta vinculada al contrabando de efedrina en el país. Solo a partir de este hecho conmovedor, se endureció la legislación en cuanto a la importación de efedrina, y se comenzó a controlar su ingreso.

Diversas sentencias de los tribunales federales del país en los que se condenó a narcotraficantes mexicanos indicaron hasta dónde había llegado la inacción del Estado nacional en esta materia⁵⁹.

Finalmente, también se condenó a penas de hasta 11 años de prisión a los empresarios que importaron más de 17.000 kg de clorhidrato de efedrina para ser utilizados en la producción de drogas sintéticas⁶⁰, aquellos que subrepticamente irrumpieron en el mercado farmacéutico, ya sea detrás de personas de existencia ideal –generalmente droguerías o farmacias anteriormente habilitadas para el mercado farmacéutico– o a través de testaferros, para no quedar al descubierto en la maniobra ilícita desarrollada y lograr la impunidad tras la detección de los hechos⁶¹.

⁵⁸ Se recomienda ver el documental llamado *Faces of Meth*.

⁵⁹ El Tribunal Oral en lo Criminal Federal 2 de San Martín, el 8 de octubre de 2010, condenó a ocho personas de nacionalidad Mexicana, por haberse constatado que en localidad de Ingeniero Maschwitz se había montado un laboratorio clandestino de envergadura para la producción y elaboración de estupefacientes, en concreto, metanfetamina cristalizada, droga para la comercialización que tenía por destino la República de México (Causa N° 2313 y sus acumuladas) y en la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal 4 de San Martín se logró establecer la coordinación de dos grupos diferentes de personas vinculados al tráfico de efedrina o pseudoefedrina. Las vinculadas a Juan Jesús Martínez Espinoza, por un lado, y las relacionadas con Mario Roberto Segovia, por el otro (Causa N° 2560).

⁶⁰ <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/comercio-ilegal-de-efedrina-condenaron-a-todos-los-acusados/>, consultado en marzo de 2020.

⁶¹ <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/la-efedrina-valia-entre-35-y-40-dolares-por-kilo-y-podia-ser-vendida-en-3-mil-dolares-en-mexico/>, consultado en marzo de 2020.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal de Casación Penal⁶², por lo que se encuentra firme. A pesar de que algunos de los condenados se dieron a la fuga luego de conocerse la sentencia, al poco tiempo fueron todos detenidos y cumplieron las condenas respectivas.

No obstante, vale decir que todavía existen diversos procesos en trámite para establecer la responsabilidad de los funcionarios públicos que permitieron, por acción o por omisión, que estas maniobras se perpetraran.

2.2.4. CASOS DE CORRUPCIÓN EN CASA DE LA MONEDA

Hablar de la Casa de la Moneda en Argentina implica acercarse a uno de los focos de corrupción más emblemáticos de las últimas décadas, que ha salpicado a diversos funcionarios de diferentes arcos políticos.

Al parecer, el lugar donde se fabrica el dinero es uno de los lugares más codiciados por los dirigentes políticos, a tal punto que siempre se ha designado a personas de confianza.

En una entrevista al auditor general de la nación, Dr. Leandro Despouy⁶³ –plasmada en el libro de Carlos Gabeta (2013)–, explica que la Casa de la Moneda siempre ha querido monopolizarse, pues se erige en un negocio fabuloso en un país en el que la necesidad de fabricar billetes es enorme y constante, a causa de la inflación y del alto crecimiento circulante.

El funcionario indica que la AGN ha auditado regularmente la Casa de la Moneda y, al respecto, refiere:

Lo que se desprende con nitidez es un comportamiento cuanto menos negligente del Estado con su empresa, creada precisamente para fabricar moneda. Ya el expresidente Carlos Menem la había bastardeado. Pero en los últimos años, también este gobierno [en alusión a los mandatos de Néstor Kirchner y de Cristina Fernández 2003-2015] fue canalizando su creciente demanda de billetes por fuera de la empresa, que fue abdicando de esa función primordial, por ejemplo, cuando se encargó la fabricación de billetes a una empresa de Brasil. O sea, que el Banco Central se proveía de billetes por fuera de la Casa de la Moneda.

Respecto del informe de la AGN (Res. 17/12), sobre los estados contables de 2010, señala:

⁶²<https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/casacion-confirmando-las-condenas-de-hasta-11-anos-de-prision-por-comercio-ilegal-de-efedrina/>, consultado en marzo de 2020.

⁶³ Fue presidente de la Auditoría General de la Nación desde el año 2002 al año 2016.

[Se] desprende claramente que la Casa de la Moneda no está actuando según su propia naturaleza, que es responder a las necesidades del Banco Central. No sería sorprendente que altos funcionarios ligados al manejo de dinero público pudieran haber sido beneficiados por esta resignación estatal (...)

[Si el] Gobierno hubiese querido servirse de la empresa estatal, la habría fortalecido en lugar de debilitar sus funciones, como hizo en los últimos años (...) Argentina es un país donde es posible hacer cosas que difícilmente podrían hacerse en otro lado. Hay ámbitos en el sector público y en el privado donde existen enormes e intrincadas redes de complicidad y corrupción que actúan para garantizarle impunidad.

Si nos atenemos a los procesos judiciales y a las condenas por hechos de corrupción vinculados a la Casa de la Moneda, se advierte con facilidad que ha habido un foco de corrupción muy fuerte durante los últimos 30 años. Además, este foco de corrupción se ha mantenido casi inalterable a pesar de que los Gobiernos se fueron sucediendo.

Peculado durante la gestión de Gostanian⁶⁴

Nos referiremos, en primer término, al hecho que involucró al presidente de la Casa de la Moneda del Gobierno de Carlos Menem, Armando Gostanian, quien se desempeñó como director durante más de 10 años (desde septiembre de 1989 hasta diciembre de 1999).

Luego del juicio oral y público, se acreditó que, entre el presidente de la Casa de la Moneda, miembros del Directorio y el representante de la empresa Atlantic Zeiser en Argentina –en el marco de las contrataciones celebradas entre la Sociedad del Estado Casa de la Moneda y la firma alemana Atlantic Zeiser de 1996 a 1999–, se sustrajo dinero de la mencionada sociedad del Estado, a través de los sobrepuestos fijados en los productos que comercializaba dicha empresa alemana.

Este accionar delictivo quedó acreditado en, al menos, seis operaciones concretas, en las que todos los imputados intervinieron. En estas operaciones comerciales, que consistían básicamente en la compra de equipos o repuestos de máquinas de la empresa estatal, se calculaba –siempre antes del cierre de la contratación y de la remisión de las facturas proforma por parte de la empresa alemana, por intermedio de su representante en Argentina, Acremo o Moligraf– un sobrepuesto de aproximadamente el cincuenta por ciento (50 %) del valor real. Justamente, la diferencia económica que sustrajeron los acusados.

⁶⁴ En este caso, actuamos en el debate oral y público como representantes del Ministerio Público Fiscal.

Así, la Casa de la Moneda, por intermedio de los acusados, abonaba un monto muy por encima del real y lo detraía de las arcas del Estado, para luego reintegrar la empresa alemana el 30 % del valor total al Sr. Armando Gostanian y el 20 % a otros integrantes del Directorio, por intermedio del representante de la empresa.

Para lograr impunidad y para que no se advirtiera la maniobra detectada, idearon un plan ingenioso que consistía en realizar la contratación aparentando cumplir con los pasos administrativos correspondientes. Una vez depositado el dinero en la cuenta de la firma Atlantic Zeiser, su representante debía abonar la suma sustraída (en efectivo o mediante una transferencia), o depositarla directamente en una cuenta bancaria en Suiza a nombre del Sr. Armando Gostanian.

Luego del alegato de acusación del Ministerio Público Fiscal⁶⁵, el Tribunal Oral Federal 4⁶⁶ condenó a Gostanian a la pena de 5 años de prisión; al resto de los imputados, a penas de hasta tres años de prisión⁶⁷. Además, se les impuso la obligación de devolver el dinero sustraído del erario de la Casa de la Moneda, consistente en 160.000 dólares y 600.000 euros (1.217.876,80 marcos alemanes)⁶⁸.

Estas condenas se encuentran firmes, a excepción de la del expresidente de la Casa de la Moneda, respecto de quien debió suspenderse la tramitación del sumario por problemas de salud (art. 77, CPPN), como también se suspendió el inicio del debate de otro proceso seguido en su contra por el delito de enriquecimiento ilícito⁶⁹.

⁶⁵<https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/diego-luciani-el-gran-desafio-que-la-sociedad-nos-propone-es-que-los-hechos-de-corrupcion-sean-juzgados-en-un-corto-plazo/> consultada en marzo de 2020.

⁶⁶ Compuesto por los Dres. Bruglia, Bertuzzi y Costabel.

⁶⁷<https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/casa-de-la-moneda-armando-gostanian-fue-condenado-a-cinco-anos-de-prision-por-el-pago-de-sobrepuestos/> consultada en marzo de 2020.

⁶⁸<https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/casa-de-la-moneda-ordenan-efectivizar-el-decomiso-de-mas-de-160-mil-dolares-y-600-mil-euros-a-armando-gostanian-por-el-pago-de-sobrepuestos/> consultada en marzo de 2020.

⁶⁹ Causa N° 1911, caratulada: “Gostanian, Armando s/enriquecimiento ilícito”.

Negociaciones incompatibles durante la gestión de López del Carril⁷⁰

En el Gobierno del presidente De la Rúa, Julio del Carril ocupó la Presidencia de la Casa de la Moneda. A este se le siguieron dos procesos penales por negociaciones incompatibles.

Uno de ellos tuvo lugar cuando la Casa de la Moneda, para festejar el cumpleaños número 40 de Diego Armando Maradona (el 31 de octubre de 2000), decidió lanzar una edición "homenaje" de 1.700.600 monedas con su respectivo *packaging* (en una cara, el jugador besaba la Copa del Mundo de México 86 y, en la otra, sonreía).

En el juicio oral y público, se acreditó que el presidente de la Casa de la Moneda y dos exgerentes tuvieron un interés distinto al de la Administración pública, al contratar a la firma DODICI SA para que se encargara de una parte del trabajo, lo cual la benefició en desmedro de la Casa de la Moneda.

El otro hecho que se juzgó consistió en la aprobación irregular de un convenio de pago con una empresa suiza (De La Rue Giori) por la reparación de tres máquinas de la Casa de la Moneda. El convenio se habría aprobado el 20 de diciembre de 2000 mediante la utilización ilegal del derecho al voto doble por parte del presidente del Directorio, a pesar de que en el organismo existía una oposición al contrato, ya que se aducía que los trabajos no estaban terminados y que, por ende, “no existía deuda pendiente”, como informó en aquel momento el Área de Ingeniería de Planta de la Casa de la Moneda.

Luego del debate oral y público, se solicitó al Tribunal Oral Federal 4⁷¹ que se condenara a la pena de 4 años de prisión al presidente de la Casa de la Moneda por “negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública en calidad de coautor”; también se pidieron penas de hasta un año y medio para dos exgerentes de la entidad⁷².

El Tribunal Oral Federal 4, en 2014, condenó finalmente al presidente de la Casa de la Moneda a la pena de 3 años de prisión, y al resto de los imputados, a la pena de un año y medio de prisión, por el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la

⁷⁰ En este caso, actuamos en el debate oral y público como representantes del Ministerio Público Fiscal.

⁷¹ Conformado por los Dres. Guillermo Néstor Costabel, Patricia Mallo y Mario Pose.

⁷² <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/pidieron-cuatro-anos-de-prision-para-el-ex-presidente-de-la-casa-de-la-moneda/> consultada en marzo de 2020.

función pública⁷³. Esta sentencia fue confirmada parcialmente por el superior jerárquico y adquirió firmeza por uno de los hechos por el que Del Carril fuera acusado.

Negociaciones incompatibles de Boudou en el caso Ciccone Calcográfica

Este caso reviste un interés superlativo, no solo por el alto cargo que ostentaba uno de los condenados (vicepresidente de la nación), sino porque, como consecuencia de la investigación desarrollada, que incluyó allanamientos a las fincas de los responsables, fueron apartados del caso tanto el fiscal federal como el juez de instrucción. Asimismo, el procurador general de la nación, Dr. Esteban Righi, se vio obligado a renunciar a su cargo.

El hecho concreto que se les atribuye al entonces vicepresidente de la nación y a otras personas es la participación en una maniobra montada en tres etapas, destinada a la adquisición de la empresa Ciccone Calcográfica SA y al levantamiento de la quiebra, para después obtener un certificado fiscal y poder contratar con el Estado nacional la elaboración de los billetes de curso legal. Es decir, quedarse con la fábrica de hacer billetes.

La primera etapa, según surge de la imputación, consistió en una serie de reuniones para idear la adquisición de Ciccone Calcográfica, firma que fue declarada en quiebra en julio de 2010, para un “posterior salvataje de la empresa y contratación con el Estado”, a efectos de convertirse “en la única firma” capaz de imprimir el papel moneda de la Argentina.

La segunda etapa comprendió una “estrategia en AFIP y en el Ministerio de Economía para lograr el levantamiento de la quiebra”, que fue finalmente dispuesta por el Juzgado en septiembre de 2010. Para ello, la AFIP “varió en un breve plazo, y sin ninguna razón evidente, su admitida táctica fiscal de solicitar la quiebra de la empresa en procura de satisfacer sus acreencias”. El 13 de diciembre de 2011, cuando Amado Boudou ya era vicepresidente de la nación, se otorgó la concesión del certificado fiscal para contratar con el Estado, lo que “permitió a la empresa, convertida ahora en Compañía de Valores

⁷³ <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/condenaron-a-3-anos-de-prision-en-suspenso-al-ex-presidente-de-la-casa-de-la-moneda/> consultada en marzo 2020.

Sudamericana, suscribir con la Casa de la Moneda, el día 16 de abril del año 2012, un contrato para la impresión de 410.000.000 billetes”.

El último tramo del plan consistía en asegurar, en el futuro, los negocios que concretaría la empresa rescatada de la quiebra. Por ello fue necesario hacer fracasar una licitación que tramitaba en la Casa de la Moneda, para realizar nuevas compras que, de haber finalizado, le hubieran permitido a esa sociedad del Estado “el autoabastecimiento de la producción de la totalidad de las demandas de billetes del Banco Central”. Por el contrario, la maniobra concluyó con la contratación, en abril de 2012, de la empresa Compañía de Valores Sudamericana (CVS, ex-Ciccone) por parte del Estado Nacional.

En el juicio oral y público, el Tribunal Oral Federal 4 condenó al exvicepresidente de la nación a la pena de 5 años y 10 meses de prisión, como también al resto de las personas que participaron de los en la maniobra⁷⁴. Esta decisión fue confirmada por la Sala IV de Cámara Federal de Casación Penal⁷⁵. A fines de 2020, los cinco miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación declararon “inadmisible” el recurso de queja que presentó la defensa de Bodou, por lo que la condena adquirió firmeza.

Así y todo, un sector minoritario –integrado por funcionarios investigados o condenados por casos de corrupción– se oponía a que se ejecutara la sentencia. Para ello, convocaron a manifestaciones y publicaron solicitadas en medios de comunicación, sin ninguna fundamentación razonable.

En definitiva, con estas acciones se atenta severamente contra la independencia del Poder Judicial y se evidencia una nueva maniobra tendiente a subvertir la división de poderes, propia del sistema republicano de gobierno.

2.2.5. TRAGEDIA DE ONCE

Nos detendremos brevemente en un caso que ha sido emblemático para nuestro país en materia de corrupción y que, según se creyó, significaría un antes y un después en esta

⁷⁴<https://www.cij.gov.ar/nota-32039-Caso-Ciccone--difunden-fundamentos-de-la-sentencia-que-conden--a-Amado-Boudou-y-a-otros-imptuados.html> consultada en abril de 2020.

⁷⁵ <https://www.cij.gov.ar/nota-35201-La-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal-confirm--condenas-por-la-causa-Ciccone.html> consultada en abril de 2020.

materia. Vamos a hacer referencia a la Tragedia de Once, que provocó la muerte de 52 personas y las lesiones de otras 789.

Los hechos sucedieron del siguiente modo⁷⁶: el miércoles 22 de febrero de 2012, aproximadamente a las 8:30 a. m., la formación ferroviaria nro. 3772, identificada con la chapa 16 de la línea Sarmiento, que por ese entonces explotaba la empresa Trenes de Buenos Aires SA (TBA), colisionó contra la cabecera de la estación Once, una de las principales terminales ferroviarias de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A consecuencia de la colisión, se produjo el acaballamiento del coche furgón (segundo en la formación) sobre el coche cabecera; el furgón se elevó sobre el nivel del primer vagón e ingresó en el interior del salón de pasajeros del que encabezaba la formación. Este acontecimiento causó el aplastamiento de los pasajeros (que ya se encontraban en condiciones dramáticas de hacinamiento), lo que ocasionó las muertes y las lesiones mencionadas.

El tren, que estaba compuesto por 8 vagones, llevaba aproximadamente 1200 pasajeros –un número que excedía con creces su capacidad–. Las escenas y los testimonios de los sobrevivientes registrados por los medios de comunicación fueron conmovedores. El rescate de las víctimas fue dificultoso y demandó mucho tiempo⁷⁷, a tal punto que algunos pasajeros que tenían heridas y huesos rotos estuvieron más de 4 horas soportando el dolor.

En el juicio oral y público que llevó adelante el Tribunal Oral Federal 2⁷⁸, se probó la convergencia de diversos factores para que se produjera la colisión, algunos vinculados con la conducción del tren y otros provocados por las serias deficiencias en la operación del servicio, la falta de mantenimiento del material rodante y una política empresarial desaprensiva de los recaudos mínimos de seguridad.

Respecto de esto último, se consideró que existió una extensión desproporcionada del daño, a causa de una serie de irregularidades atribuibles solamente a la empresa Trenes de Buenos Aires y a quienes, desde la función pública, debían controlar su operación. Concretamente, la empresa TBA redujo los montos de dinero que se destinaban para el mantenimiento de los trenes del ramal Sarmiento, a partir del incumplimiento de las tareas

⁷⁶ Según la sentencia del Tribunal Oral Federal 2.

⁷⁷ Una de las víctimas fue encontrada dos días después del suceso.

⁷⁸ Los fundamentos de la sentencia se dieron a conocer el 30 de marzo de 2016 (CIJ).

de mantenimiento y de las medidas que establecía la normativa pertinente. Así, TBA omitió sistemáticamente ejecutar los planes que en tal sentido se encontraba obligada a cumplir.

En este marco, se dejaron de ejecutar los programas que consistían, por ejemplo, en la reparación de los vagones del ferrocarril –en contraposición a las obligaciones emergentes del contrato de concesión suscripto con el Estado nacional–. De esta manera, se creó un riesgo jurídicamente desaprobado con relación a los bienes dados en concesión, circunstancia que finalmente se concretó en el resultado desgraciado.

Todo esto fue posible a partir de la falta de control y fiscalización por parte de quienes estaban obligados a ello en virtud de los cargos que ocupaban en la Secretaría de Transporte de la Nación. Los jueces del Tribunal consideraron que estaba acreditada la relación existente entre los funcionarios públicos que omitieron velar por el cumplimiento de los contratos de concesión y los miembros del directorio de la empresa. Por esa razón, decidieron condenar a los particulares y a los funcionarios públicos por el delito de administración fraudulenta en perjuicio de la Administración pública⁷⁹.

Esta decisión fue confirmada por el tribunal superior⁸⁰, que consideró verificada la decisión de las autoridades de TBA de no realizar el mantenimiento de los bienes concesionados. Además, se constató la colaboración necesaria de los funcionarios de la Secretaría de Transporte, quienes tenían la obligación de supervisar el control y la fiscalización del sistema de transporte ferroviario, deber que deliberadamente incumplieron. Esta práctica ocasionó el deterioro paulatino del material rodante, y la disminución de su vida útil provocó un enorme perjuicio para el patrimonio estatal.

Así, se concluyó que el evento del 22 de febrero de 2012 no solo se produjo con motivo de la conducción negligente del maquinista, sino que, además, se explicaba por una diversidad de factores que se describen ampliamente en la sentencia y que responden a las pésimas condiciones en que se explotaba el servicio, a partir de las políticas empresariales verificadas y de la ausencia de controles serios por parte de la Secretaría de Transporte.

⁷⁹ Artículo 174, inciso 5°, en función del artículo 173, inciso 7°, del Código Penal.

⁸⁰ Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal dictó sentencia este año (causa n° 1188/2013/TO1/CFC5).

De esta manera, la Justicia concluyó que había una estrecha vinculación entre los actos de corrupción cometidos por los funcionarios públicos y los resultados expuestos. La Corte Suprema confirmó dicha sentencia, por lo cual se encuentra firme.

2.2.6. DERIVACIONES DE ESTOS CASOS

Como se describió anteriormente, la sociedad argentina viene observando, desde hace décadas, las consecuencias nefastas que genera la corrupción. Todos estos episodios, en especial el último caso señalado, permitieron visualizar cómo la corrupción puede destrozar, sin miramientos, bienes jurídicos elementales que atañen a la comunidad, como la vida, la integridad, la dignidad, la seguridad y el respeto de los derechos humanos (Luciani, 2019).

A partir de este suceso, se patentizó con más fuerza que la política en materia ferroviaria fue un fracaso, a causa de la Administración pública corrupta de aquel momento. La pésima calidad de los servicios que se prestaban derivó en una desconfianza social que se agudizó ante la poca transparencia, la nula facilitación para que los ciudadanos accedieran a la información, la ausencia de rendición de cuentas, la falta de evaluaciones de las políticas públicas y la opacidad en la toma de decisiones.

Estos déficits, además de descuidar a la población, tienden a alejar al ciudadano de sus gobernantes y generan desconfianza acerca de lo que estos hacen con el dinero público.

Con razón, se ha sostenido que las Administraciones se transforman en unas cajas negras rodeadas de un halo de misterio, en las que solo se puede ver lo que entra y lo que sale, pero nada se sabe de lo que ocurre dentro. Y esto, evidentemente, provoca incertidumbre, desconfianza y deslegitimación social. La culpable de esta situación es la clase política, que nunca ha percibido las Administraciones públicas como instituciones democráticas, sino como un botín o un premio reservado a los que ganan las elecciones.

Este oscurantismo ha permitido todo tipo de irregularidades que oscilan entre el clientelismo y la corrupción. Y todo ello incrementa la desconfianza y la desafección de la sociedad hacia el ámbito público (Ramió Matas, 2015).

Por la demanda social y por la lucha incansable de los familiares de las víctimas de la Tragedia de Once para acabar con la “maldita impunidad” y para impedir que otros

hechos de esta naturaleza volvieran a ocurrir, los gobernantes –que aún hoy siguen negando su responsabilidad– se vieron compelidos a realizar ciertos cambios en materia de transparencia y de mejora del sistema ferroviario.

No obstante, no puede pasar inadvertido que el plan de mejoras del sistema ferroviario incluyó, también, el soterramiento de las vías del ferrocarril Sarmiento⁸¹. Para ello, el Estado contrató con la firma Odebrecht, la cual, como ya se dijo, fue salpicada por graves hechos de corrupción en diferentes países de la región, incluida la Argentina.

Ciertamente, el exvicepresidente de la empresa Odebrecht para América Latina, Luiz Antonio Mameri, admitió que autorizó el desembolso de casi tres millones de dólares en sobornos a funcionarios argentinos, e identificó a diferentes empresarios como intermediarios de estos pagos ilegales⁸². Su declaración en el marco del instituto de la “delación premiada” o “colaboración premiada” –instaurado en Brasil mediante la sanción de la Ley 12.850– ratificó no solo la cartelización de la obra pública en Argentina, sino también la exigencia de sobornos para trabajar en el país.

Más allá del mayor o el menor valor probatorio de este testimonio y de la utilidad que pueda tener en las causas investigadas, lo cierto es que tan solo unos años después del hecho que conmocionó al pueblo argentino –que debió haber marcado un antes y un después en materia de corrupción y, especialmente, en el manejo de los ferrocarriles del área metropolitana de Buenos Aires–, vuelven a asomar las sombras de la corrupción entre funcionarios públicos y el sector privado.

Esto demuestra que ni la muerte de 52 personas ha sido suficiente para impedir nuevos hechos de corrupción.

A todo lo expuesto habría que agregar otros procesos penales que se encuentran en los tribunales orales federales por hechos de corrupción, que vinculan a los expresidentes de la Nación, Néstor Kirchner y Cristina Fernández, a saber:

⁸¹ Es un proyecto de ingeniería que encara el Estado argentino en la ciudad de Buenos Aires y en la zona oeste del Gran Buenos Aires que prevé la construcción de un túnel y de vías bajo trinchera del Ferrocarril Domingo Faustino Sarmiento a través de una extensión de 32 km.

⁸² <https://www.lanacion.com.ar/2131656-las-coimas-del-sarmiento-yo-autorice-pagos-por-29-millones-de-dolares>.

- La causa Obra Pública Vial en Santa Cruz⁸³, en la que se les imputa la conformación, entre 2003 y 2015, de una asociación ilícita que tuvo como finalidad sustraer y apoderarse de fondos públicos por medio de la asignación *discrecional* de casi el 80 % de las obras viales adjudicadas en la provincia de Santa Cruz⁸⁴, en favor de las empresas de Lázaro Antonio Báez, amigo del entonces presidente, que habría producido una defraudación en perjuicio del Estado por más de 46.000 millones de pesos⁸⁵.
- Las causas conocidas con el nombre de los hoteles de los entonces presidentes de la Nación –Hotesur⁸⁶ y Sauces–, ambas por lavado de dinero y asociación ilícita.
- La causa conocida mediáticamente como Cuadernos, donde se investiga la conformación de una asociación ilícita integrada por la expresidenta Cristina Fernández, exfuncionarios, empresarios y financistas, para llevar adelante un sistema de recaudación ilegal entre firmas que mantenían contratos con el Estado nacional⁸⁷.

2.3. RELEVANCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

2.3.1. MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA DEMOCRACIA

Muchos de los hechos reseñados se conocieron a partir de investigaciones que realizaron periodistas de diferentes medios de comunicación escritos, radiales o televisivos.

Su difusión sirvió para confirmar que, detrás de un hecho de corrupción, siempre se encuentra la mano del sector privado. Es decir, cuando un funcionario acepta un soborno, no controla, concede un contrato irregularmente, exige una dádiva, se enriquece ilícitamente, defrauda al Estado nacional, etc., aparecen involucradas personas del mundo empresarial que, paradójicamente, en su círculo social gozan de un gran prestigio.

⁸³ <https://www.cij.gov.ar/nota-29318-El-juez-Ercolini-elev--a-juicio-oral-una-causa-contr-Cristina-Kirchner-por-asociaci-n-il-cita.html>.

⁸⁴ <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/comenzo-el-juicio-a-la-ex-presidenta-cristina-fernandez-por-presuntas-irregularidades-en-la-adjudicacion-de-obras-viales-en-santa-cruz/>.

⁸⁵ Por ser representantes del Ministerio Público Fiscal en el juicio que se está desarrollando en la actualidad, evitaremos realizar apreciaciones personales.

⁸⁶ <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/los-fiscales-pollicita-y-mahiques-solicitaron-la-elevacion-a-juicio-de-cristina-fernandez-de-kirchner-en-la-causa-hotesur/>.

⁸⁷ <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/solicitaron-la-elevacion-a-juicio-parcial-de-47-imputados-por-presunta-corrupcion-en-la-obra-publica/>.

Así, el dinero que se desvía de los fondos públicos pasa a manos privadas como un modo de obtener impunidad. El abuso de los funcionarios en el ejercicio de los cargos para obtener ganancias a partir de las actividades con empresas privadas puede poner en riesgo el funcionamiento del Estado de derecho, tal como se ha detectado en Argentina con los presuntos sobornos en la cartelización de la obra pública.

Justamente, el proceso conocido como la causa Cuadernos –ya referido– tuvo su génesis a partir de una investigación de periodistas del diario La Nación⁸⁸. A partir de dicha investigación y de la que realizó la Justicia, se dispusieron una serie de allanamientos, detenciones, citaciones a prestar declaración indagatoria, autos de procesamiento de ex altos mandatarios del Estado, y la contundencia de la prueba provocó que algunos imputados –funcionarios y particulares– se acogieran a la figura del arrepentido⁸⁹.

Esto propició que la sociedad conociera un entramado sistemático de sobornos que se encontraría presente en casi toda la obra pública. Y provocó, una vez más, el rechazo y el hastío frente a los actos de corrupción cometidos por los funcionarios públicos.

Si bien en el imaginario colectivo siempre ha estado latente la sensación de que la relación funcionario-empresario es promiscua, los acontecimientos revelados –en especial la investigación periodística– han puesto esta realidad en el centro de la escena.

Aquí observamos con nitidez el papel determinante de los medios de comunicación para sacar a la luz acontecimientos graves de corrupción que, durante años, habían permanecido en la clandestinidad.

El aumento de países con gobiernos democráticos y la mayor presencia de medios de comunicación libres y activos crearon un entorno dentro del cual la discusión de la corrupción dejó de ser tabú. En algunos países, como Rusia, los medios de comunicación respondieron con creces a esta nueva condición de libertad. En otros, los cambios políticos trajeron consigo un crecimiento del reporte de casos de corrupción (Bour, 2012).

En este sentido, la función de los medios periodísticos es clave no solo para investigar casos de corrupción, sino también para alertar sobre situaciones opacas, poco claras,

⁸⁸ Diego Cabot, Candela Ini, entre otros.

⁸⁹ A partir de la sanción de la Ley 27.304 del año 2016, se modificó el régimen del arrepentido, dada la creciente demanda social que reclamaba mayor efectividad en hechos vinculados a actos de corrupción y el crimen organizado.

alejadas de los principios de transparencia de la Administración. En definitiva, para ejercer libremente y sin censuras previas el derecho constitucional a informar.

En el informe temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, titulado *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*⁹⁰, específicamente se hace referencia al impacto de la corrupción en el ámbito de la libertad de expresión y en el acceso a la información pública. Así también se destaca el rol de la libertad de expresión, la prensa y los periodistas en la lucha contra la corrupción, en cuanto es un instrumento eficaz para el control ciudadano de las autoridades.

En concreto, se afirma que el artículo 13 de la Convención Americana “no solo protege el derecho de expresar y difundir ideas y opiniones sino también la libertad y el derecho de ‘buscar’ y ‘recibir’ ‘informaciones’”⁹¹.

En este aspecto, la Corte Interamericana ha señalado que es una herramienta fundamental “para evitar abusos de los funcionarios públicos, promover la rendición de cuentas y la transparencia, permitir el debate público y facilitar acciones ciudadanas para cuestionar, indagar y considerar si se está dando cumplimiento adecuado a las funciones públicas”⁹². Tal derecho también se puede ver reflejado en el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Según el informe, la jurisprudencia interamericana contempla el acceso a la información pública como mecanismo fundamental para que las personas puedan ejercer el control democrático a través de la opinión pública⁹³. En ese sentido, los Estados de la región son herederos de una fuerte cultura del secreto y de la confidencialidad en el sector público de varios países⁹⁴.

⁹⁰ <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf> (aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 6 de diciembre de 2019).

⁹¹ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr 77.

⁹² Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No 151, párrs. 86 y 87.

⁹³ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No 151, párr. 87.

⁹⁴ Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión. Declaración Conjunta sobre Acceso a la Información y sobre la Legislación que Regula el Secreto (6 de diciembre de 2004).

De allí que el monitoreo permanente que realiza la relatoría para la libertad de expresión sobre la implementación del derecho de acceso a la información pública en la región muestra lo siguiente:

Muchas de las controversias suscitadas entre ciudadanos, organizaciones y periodistas que requieren información al Estado versan sobre materias sensibles para el combate a la corrupción como licitaciones y contratos, salarios y beneficios de los servidores públicos, uso de los recursos del Estado, entre otras materias que deben estar sujetas a la máxima rendición de cuentas.

Aquí es precisamente donde los medios de comunicación juegan un papel fundamental. Como sabemos, hoy la vida pública se juega en buena medida en los medios de comunicación, y resulta imposible concebir una democracia moderna sin una prensa libre e independiente y sin una sociedad que ejerza su derecho a recibir información.

Al igual que el propio Estado –o incluso más que este–, los medios de comunicación están en todas partes y llegan aun donde el Estado no controla o donde ha resignado espacios. De allí que, pese a no emprender una búsqueda completa y sistémica, pueden captar al azar situaciones como, por ejemplo, un papel con un mensaje en la carpeta de un político, y pueden divulgar una infracción a la ética institucional. Los periodistas están muy bien preparados, entrenados y cuentan con una suerte de ventaja para el control, pues para hacerse de la información no requieren de las solemnidades propias del proceso penal. Son ávidos testigos de lo alterado, lo malo, lo irregular, lo extraño, lo sorpresivo (Caputi, 2010).

Los medios controlan que las autoridades nacionales, provinciales y municipales no se excedan en sus funciones. Así, investigan y hasta denuncian cuando entienden que existe alguna ilegalidad. Sin ellos, muchos de los casos que tomaron estado público se mantendrían en secreto o, como se ha denominado, en los “sótanos del poder”.

El periodista Alconada Mon (2018), ganador de premios importantes e investigador de muchas de las causas por corrupción –entre ellas, las irregularidades en torno a la adquisición y funcionamiento de los hoteles de los expresidentes (Hotesur y Sauces)–, se refiere al sistema de los sótanos como a una estructura de poder y de negocios que impera en Argentina desde hace décadas y que ha ido *in crescendo* en beneficio del “círculo rojo”, “las élites” o “las corporaciones”, lo cual claramente atenta contra la democracia.

Este sistema funciona como un círculo cerrado que permite acumular poder, enriquecerse, ascender de clase social y perdurar impune, siempre que se acaten las reglas espurias que

lo regulan. A quien se desvíe de estas reglas impuestas esta élite es capaz de “montarle una operación”, lograr enviarlo a la cárcel como chivo expiatorio para salvar al resto del “rebaño” o hasta “mandarlo a matar”.

Eso explica los motivos por los cuales muchos casos ni siquiera salen a la luz, no toman estado público o se silencian rápidamente. Y, cuando se conocen, todo ese poder que los corruptos tienen se emplea para crear estrategias viles, tendientes a descalificar y a desacreditar a todo aquel que haya trabajado en el caso (periodistas, medios de comunicación, funcionarios, jueces y fiscales), como forma de sembrar un manto de duda sobre su tarea.

2.3.2. COLONIZACIÓN DE LOS MEDIOS POR PARTE DE LOS GOBIERNOS

Ciertos medios de comunicación, captados por el poder, se prestan a maniobras cuasi extorsivas, olvidando que uno de los mejores mecanismos que el pueblo tiene para ejercer sus derechos –y que el Gobierno necesita para patentizar su ética y transparencia– es el conocimiento real y objetivo de los hechos.

Por desgracia, algunos periodistas, medios de comunicación audiovisual, radios y diarios son capturados o colonizados por el poder político de turno. Esto se puede deber a múltiples razones: a la afinidad ideológica, como táctica para manipular la información, al interés en recibir pauta oficial o, directamente, a que las élites adquieran el medio de comunicación con la plata de la corrupción. Así, además de la defensa que se despliega en los tribunales, es posible expandirla hacia los medios de comunicación propios o afines.

Esos medios solamente interesan para desacreditar investigaciones de manera dogmática, sin un análisis serio, para neutralizar al rival que denuncia irregularidades, para construir un relato muy alejado de la realidad. En definitiva, se convierten en sirvientes del poder, no para informar, sino para confundir y engañar a la sociedad distorsionando la información.

Así, difunden los mensajes que las autoridades quieren propagar, se esfuerzan por tergiversar la verdad real y para ello la parcializan o la fragmentan, construyen una verdad paralela ficticia, sesgada y apartada de los sucesos, con el fin de neutralizar los embates o de manejar la opinión pública, en caso de que se descubran las maniobras de corrupción.

Incluso, cuando estas se conocen, despliegan una táctica extraña y llegan hasta a justificar las acciones ilegales cometidas.

Estos pactos de corrupción hacen que no se informe debidamente a la población y que se manipule a la sociedad. Por esta razón, el medio y sus periodistas van perdiendo seriedad y credibilidad poco a poco, y se tornan mercenarios de la “causa” con enormes anteojeras u orejeras –de las que usan los caballos de tiro–, de modo que solo vean el camino que les muestra el poder y que no se distraigan con la visión periférica, esto es: lo que sucede realmente.

Así, los medios que subsisten económicamente merced a esta estructura de poder son un instrumento estratégico para las instituciones poderosas, ya que se sirven de la desinformación para confundir las conciencias, adormecer el derecho a saber y anestesiar el derecho a participar con pleno conocimiento de las decisiones públicas.

Y todo aquel que, dentro del medio, pretenda ser independiente u objetivo, o que quiera mostrar la noticia de la forma en que sucede realmente, se topará con la bajada de línea editorial y no tendrá lugar en ese espacio, o será perseguido por quienes integran los sótanos del poder. En definitiva, el objetivo es que la corrupción se mantenga en la oscuridad.

Esto responde a la idea de que la desinformación es un fenómeno inherente a la lucha por el poder; es el ejercicio de la mentira. Se engaña para mantener el poder, para llegar a él o para aumentarlo; se desinforma para moldear la opinión pública y extender así las fronteras del control. Ciertos medios impiden que se ventilen los abusos de poder, violando derechos elementales del ser humano (Álvarez Icaza, 1999).

De esta forma, cuanto más baja es la circulación de noticias, mayor es la corrupción. Y cuanto más corrupción hay en un Gobierno, más se ataca a los periodistas, los periódicos cierran oficinas o despiden reporteros avezados (por lo general veteranos), para sustituirlos por jóvenes mal pagos. Así, se pierde la capacidad para monitorear a los Gobiernos, ya que una prensa ahogada o comprometida financieramente es más fácil de comprometer éticamente (Martínez, 2016).

2.3.3. PROYECTO DE LEY SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CASOS DE CORRUPCIÓN

En definitiva, se pretende controlar a la prensa a cualquier costo. Tan lejos se ha llegado que cinco legisladoras presentaron un proyecto de ley⁹⁵ para que, en casos de corrupción, se declare nula toda resolución judicial que ordene la prisión preventiva o detención, cuando los medios de comunicación hayan realizado publicaciones previas sobre los hechos, que puedan haber “afectado la percepción pública respecto del principio de inocencia sobre el afectado por la resolución”.

Nótese que, entre los fundamentos de este proyecto, se menciona:

...referentes con amplia representación y legitimidad en nuestro país están sometidos a proceso, acusado de gran variedad de figuras penales. Los procesos abiertos son suficientes para afectar la organización y la movilización de diferentes colectivos sociales; tanto de los que están directamente involucrados en las causas, como de aquellos que se ven intimidados por este accionar judicial...

Esto que refieren cinco legisladoras trasluce que lo que verdaderamente busca este proyecto es mantener esa oscuridad sobre los hechos de corrupción; esto es, que no se conozcan. En definitiva, lo que parece enmascarar este proyecto es el intento de coartar la libertad de expresión de los medios de comunicación independientes.

De más está decir que la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (Adepa) se expidió al respecto y manifestó su “rechazo a que se intente deslegitimar y limitar, a través de un proyecto legislativo desatinado y sin antecedentes en el mundo, el rol del periodismo de investigación, central en las democracias modernas”. En ese sentido, refirió:

la norma propuesta vulnera claramente la libertad de expresión y promueve la autocensura. Para Adepa, pretender que una investigación periodística sobre corrupción, una de las funciones de la prensa libre, constituya *per se* un atenuante en la situación procesal de un denunciado, roza el disparate y busca, una vez más, confundir intencionadamente los roles que periodismo y justicia tienen en democracia.

Para este organismo, cuestionar y debilitar *ex ante*, genéricamente y nada menos que por ley la función del periodismo de investigación busca desincentivar la labor periodística, reducir los niveles de transparencia y, en definitiva, favorecer la impunidad. En su comunicado, Adepa insta a los legisladores a desestimar este proyecto de ley que viola los principios más elementales de la libertad de expresión,

⁹⁵ S 3435/19, presentado por las Senadoras: María E. Catalfamo, Ana M. Ianni, Nancy S. González, Ana C. Almirón y María I. Pilatti Vergara.

contenidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos⁹⁶.

Además, el proyecto contraría los postulados de la CIDH y la Corte Interamericana que han sostenido consistentemente que cualquier limitación a la libertad de expresión debe ser aplicado en forma sumamente estricta cuando se trate de expresiones atinentes al Estado, asuntos de interés público, de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o candidatos a ocupar cargos públicos, o a particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, así como al discurso y debate políticos⁹⁷.

2.3.4. INFORME DE ADEPA SOBRE LA LIBERTAD DE PRENSA EN EL AÑO 2020

El 21 de octubre de 2020, el presidente de la Comisión de Libertad de Prensa de Adepa presentó, durante la 76^a Asamblea organizada por la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), un informe sobre la situación de la libertad de expresión en Argentina.

En este se señala, entre otras cuestiones, que la tarea de los periodistas fue afectada por disposiciones locales abusivas y por la implementación excesiva de protocolos sanitarios en varios lugares del país. Asimismo, menciona que el debate público se deterioró en los últimos meses, y que derivó en agresiones a la prensa.

A raíz de la pandemia y de la crisis económica, la merma de los ingresos publicitarios impactó negativamente en la sostenibilidad de los medios. También en este período se observó la intención del Estado de avanzar sobre los contenidos periodísticos.

Además, Adepa advierte que, en forma sorpresiva, sin debate público, el 9 de octubre, la Defensoría del Público, perteneciente al Gobierno nacional, anunció la creación del Observatorio de la Desinformación y la Violencia Simbólica en Medios y Plataformas Digitales (Nodio)⁹⁸.

⁹⁶ <http://adepa.org.ar/un-proyecto-desatinado-que-afecta-la-libertad-de-expresion/>.

⁹⁷ <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf> (conf. p. 80).

⁹⁸ <https://defensadelpublico.gob.ar/nodio-una-iniciativa-de-la-defensoria-para-fortalecer-la-pluralidad-de-voces/>, consultada el 16 de enero de 2021.

Al respecto, el informe destaca que, según lo expresado en una conferencia ofrecida por la titular de la Defensoría, el Nodio tendrá el objetivo de “proteger a la ciudadanía de las noticias falsas, maliciosas y falaces”, generar materiales para “reflexionar acerca de las prácticas responsables en búsqueda de un periodismo de alta calidad” y debatir “sobre los aspectos éticos del ejercicio de la libertad de expresión en internet”.

Adepa y los medios en general rechazaron inmediatamente la iniciativa, por considerar que se trata de un “método sutil para disciplinar o como represalia por motivaciones ajenas a los principios que dicen promover”, y porque está alejada de iniciativas de la sociedad civil para promover el análisis crítico de los contenidos que circulan en el ecosistema digital. En este sentido, se reseñó lo siguiente:

- Un periodista denunció ataques de sectores políticos y sindicales, en el marco de una campaña de desprestigio que lo vinculó en una causa de espionaje.
- El senador oficialista Oscar Parrilli, en el debate sobre una reforma judicial, incluyó una cláusula que obligaba a los jueces a denunciar presiones de los “poderes mediáticos”. La iniciativa estaba ligada a la llamada teoría del *lawfare* sostenida por el senador, sobre una connivencia entre políticos, jueces, periodistas y medios con el propósito de condicionar y de hostigar a personas de la vida pública. Luego el senador retiró la cláusula.
- En un video publicado en junio por la vicepresidenta de la nación, Cristina Kirchner, se superponían imágenes de periodistas reconocidos con una voz en *off* que denunciaba una “cobertura de los medios hegemónicos”, así como su “complicidad” con el Gobierno anterior.
- También se destaca la afirmación del exjuez de la Corte Suprema de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eugenio Raúl Zaffaroni, quien se refirió a los medios de comunicación como “un partido único, con el equivalente al partido de Hitler”.

En el informe de Adepa, se resalta que el presidente Alberto Fernández no contribuyó a mejorar el clima del debate público, pues en septiembre afirmó que la oposición y los medios “maltratan la democracia” y sostuvo que su gestión sufre un “ametrallamiento mediático”. Asimismo, en agosto, el Poder Ejecutivo dictó un

decreto de necesidad y urgencia que declara servicio público la televisión por cable, lo que fue considerado como una intromisión estatal con los contenidos⁹⁹.

2.3.5. ALCANCE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE PRENSA

No cabe duda de que estas estrategias y otras más son parte de un sistema que busca limitar la información y que, por ende, violan de manera flagrante derechos humanos inalienables del Estado, como el de preservar la libertad de expresión y de prensa, salvaguardados por la Constitución Nacional¹⁰⁰ y por diversos tratados internacionales incorporados a aquella¹⁰¹.

Ciertamente, el conjunto de derechos y libertades relacionados con la comunicación de ideas y noticias ha tenido diversas denominaciones en la doctrina y en la legislación comparada. Así, se la llama “libertad de expresión”, “libertad de prensa”, “libertad de imprenta”, “libertad de opinión”, “libertad de palabra”, etcétera (Ekmekdjian, 1993).

Más allá del nombre que se le dé, el derecho constitucional a la libertad de expresión no es un derecho del hombre a pensar en su soledad ontológica, sino un derecho a hacer público su pensamiento o a transmitirlo a través de las más variadas formas de comunicación (Bidart Campos, 1972).

De ahí que se lo haya definido como el derecho a hacer público, transmitir, difundir y exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones, críticas, imágenes o creencias a través de cualquier medio: oralmente, mediante símbolos y gestos, en forma escrita, a través de la radio, el cine, el teatro, la televisión, etcétera (Bidart Campos, 2001).

La garantía constitucional de la libertad de expresión está instituida con la finalidad de asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y para ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república en todo momento, al mismo tiempo que tutela la libre difusión de las ideas como concepto

⁹⁹ <https://adepa.org.ar/informe-sobre-argentina-en-la-asamblea-de-la-sip/>, consultada el 16 de enero de 2021.

¹⁰⁰ Artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional.

¹⁰¹ Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Libertades del Hombre; artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

esencial del bien jurídico protegido. El derecho es inherente a toda la población y no es exclusivo o excluyente de los titulares o permisionarios de los medios de difusión¹⁰².

A la libertad de expresión se le han otorgado dos dimensiones: la personal, que requiere que nadie se vea impedido arbitrariamente de manifestar su pensamiento propio; y la colectiva (o social), que exige que todos tengan derecho a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno¹⁰³.

En la actualidad, la magnitud de la transformación operada con la revolución de las comunicaciones y con los cambios tecnológicos determina que el mercado de información, la empresa periodística, el periodista y el lector, el oyente y el televidente consumidores de la información no puedan ser comprendidos jurídicamente desde el exclusivo derecho individual a publicar las ideas por la prensa sin censura previa, que consagró la Revolución francesa en el siglo XVIII. Antes bien, se encuentran relacionados por una conexión de sentido que toma como necesario punto de partida el derecho social a ser informado (Fayt, 2004).

Cuando se restringe la libertad de expresión de una persona, no solo se viola su derecho individual, sino también el derecho de todos a recibir información e ideas. Por eso, acciones como las descritas no hacen más que intentar imponer un cepo inadmisibles a la prensa libre e independiente.

Debe reafirmarse entonces que, como norma general, la censura previa por cualquier medio de comunicación está prohibida. Y que la Constitución Nacional brinda protección a los derechos de buscar, dar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, y en especial de aquellos asuntos que guarden vinculación con la cosa pública o tengan trascendencia para el interés general¹⁰⁴.

Las nociones “de información” y “a la información”, más allá de resultar omnicomprendivos de las libertades de prensa, imprenta, expresión y opinión a través de cualquier medio, involucra tanto a quienes emiten o difunden opiniones e informaciones como a quienes las reciben y las procuran.

¹⁰² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Servini de Cubría, María R., amparo”, 8-9-92, J.A. 1992-IV-18.

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de octubre de 1985.

¹⁰⁴ Fallos 316:1623 de la Corte Suprema Justicia de la Nación.

En este sentido, nuestro más alto tribunal ha declarado que, entre las libertades que la Carta Magna ampara, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, a tal punto que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal¹⁰⁵.

Esta última posición también la sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al afirmar que los medios de comunicación vendrían a ser una institución necesaria para muchos fines tales como contar con una democracia. La proyección institucional de los medios opera “como contención” de su ejercicio leal y ético, y contribuye valiosamente a defender y a fortificar el sistema de derechos y la democracia (Caputi, 2010).

Especialmente, si se tiene en cuenta que las dimensiones, los contenidos y las irradiaciones de todo el plexo de libertades y derechos que se ponen en ejercicio con la expresión, la información y la comunicación tornan innegable la función social de estas (Bidart Campos, 2001).

2.3.6. MEDIOS DE COMUNICACIÓN LIBRES PARA DETECTAR LA CORRUPCIÓN

Entonces, queda claro que la prensa y los medios de comunicación son instituciones centrales de la democracia, y que su diseño facilita el bien común. La misión bien entendida de control, aunque moleste al controlado, es necesaria para contrapesar el poder que significa manejar los recursos económicos de un Estado.

Como se viene señalando, la exposición de los actos de corrupción a través de los medios de comunicación es un factor fundamental, ya que permite que se conozcan hechos graves de corrupción, mientras se mantiene a la sociedad activa y vigilante.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reconocido la relación estrecha que existe entre el derecho a la libertad de expresión, la democracia¹⁰⁶ y la corrupción. En este aspecto, protege especialmente la búsqueda y la difusión de información relativa a la

¹⁰⁵ Fallos 248:291 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

¹⁰⁶ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, OEA.

corrupción, por su importancia para el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos¹⁰⁷.

Pero también sirve para que los Gobiernos que se consideren honestos e íntegros, o que realmente quieran serlo, puedan controlar en tiempo oportuno la acción de sus dependientes y así prevenir hechos de corrupción, actuar rápidamente y alertar sobre situaciones irregulares u opacas que puedan perjudicar los recursos del Estado.

A modo de ejemplo, en plena cuarentena por la pandemia del COVID-19, el periodista del diario La Nación Diego Cabot¹⁰⁸ detectó que el Ministerio de Desarrollo Social, luego de un proceso licitatorio, hizo compras de alimentos (aceite, fideos, arroz, etc.) a un precio un 50 % más caro que los precios máximos establecidos por la Sindicatura General de la Nación. Como resultado de esa adquisición, el Estado habría abonado 270 millones de pesos extra (algo así como 4 millones de dólares).

Esto provocó que se ordenara un sumario interno y que el ministro de Desarrollo Social despidiera al secretario de Articulación de Política Social, encargado de la compra, y a otros 14 funcionarios del área¹⁰⁹. Merced a esa intervención, se pudo anular parte de la compra y se realizó una nueva convocatoria.

Más allá de lo que resulte de la investigación administrativa y de la causa penal abierta, entendemos relevante ponderar dos cuestiones. Por un lado, la circunstancia de que el periodismo hubiera advertido rápidamente esta conducta permitió que el Gobierno tomara cartas en el asunto. Por el otro, se destaca el acceso efectivo a la información por parte de la ciudadanía, que pudo conocer esta situación irregular a partir de que el Ministerio de Desarrollo Social publicara en el *Boletín Oficial* las resoluciones de compras.

Por eso insistimos en el papel crucial de la prensa libre e independiente.

Lo mismo podemos decir de otro hecho que tomó estado público y que es motivo de investigación en la justicia. Me refiero a la compra de 6 millones de barbijos, hecha con

¹⁰⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 13.

¹⁰⁸ <https://www.lanacion.com.ar/economia/coronavirus-polemica-compra-alimentos-del-gobierno-precios-nid2351250>, consultada al 11 de abril de 2020.

¹⁰⁹ https://www.clarin.com/politica/escandalo-sobrepuestos-echaron-encargado-comprar-fideos-aceite_0_ffDaYC2tV.html, consultada el 11 de abril de 2020.

supuestos sobreprecios por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires¹¹⁰. Un detalle que no pasó inadvertido es que ciertas empresas a las que se les compró ese material habrían comenzado a funcionar apenas unos meses antes de la operación. Es decir, carecía de antecedentes para hacer transacciones con el Estado.

Conocer estos eventos en tiempo oportuno hace que la justicia avance rápidamente para determinar los hechos, al mismo tiempo que le permite hacerse de la prueba y, en su caso, establecer responsabilidades.

2.4. *LAWFARE*

2.4.1. SITUACIÓN ACTUAL

Ya se adelantó que, como parte del entramado tendiente a desacreditar investigaciones penales por procesos graves de corrupción, a limitar al acceso a la información y a controlar a los medios de comunicación, en los últimos tiempos ha empezado a circular pública y mediáticamente, primero en algunos países de la región y luego en Argentina, el término *lawfare*, originario del inglés. Este se utiliza para descalificar de plano diversos procesos penales por corrupción seguidos contra funcionarios, exmandatarios y empresarios.

Este vocablo, que tuvo un muy buen *marketing* –tal vez por su origen extranjero–, constituye una forma novedosa y más refinada de lo que se ha denominado antiguamente como persecución política.

Sin desconocer que la historia argentina se encuentra especialmente marcada por casos que se erigieron en verdaderas persecuciones políticas –basta recordar lo que sucedió durante la última dictadura militar–, no podemos dejar de mencionar que dicha terminología también fue usada en exceso por condenados por hechos de corrupción, por crímenes de lesa humanidad o por delitos que lesionan bienes jurídicos fundamentales para la sociedad, como los vinculados al crimen organizado: el narcotráfico, la trata de personas, los secuestros extorsivos, etcétera.

¹¹⁰ <https://www.pagina12.com.ar/260132-barbijos-denuncian-sobreprecios-en-la-compra-de-la-ciudad> (consultada el 12 de mayo de 2020).

En la práctica, es usual observar que, cuando los investigados y hasta los condenados no pueden revertir los hechos o las pruebas en los procesos penales, emplean este tipo de estrategias que resultan ajenas al ámbito procesal y que se relacionan más con el aspecto político. Así, se autoproclaman “perseguidos políticos”.

Alegar persecución política o, para decirlo de manera más actual, *lawfare*, por un lado, significa negar que el proceso penal transita por los carriles legales en búsqueda de la verdad; por el otro lado, es una herramienta que tiene como objetivo presionar, amedrentar y desacreditar a los magistrados que llevan adelante investigaciones complejas, para disuadirlos de cumplir con su misión de hacer justicia. Máxime si se tratan de altos funcionarios del Estado.

2.4.2. ORIGEN DE LA PALABRA *LAWFARE*

Si bien la ciencia jurídica no se encuentra familiarizada con este tipo de acepciones novedosas, en Argentina ocurre una situación particular, pues esta terminología no es solo utilizada por imputados, procesados o condenados, sino también por diversos abogados defensores como parte de sus defensas técnicas. Esto nos invita, como personas del derecho, a establecer con la mayor precisión posible su significado real.

Para ello, es fundamental remitirnos a la génesis de este concepto, pues nos servirá para aclarar los motivos de su uso en un momento determinado y para avanzar en una primera línea de análisis, esto es: que el término *lawfare* no tiene el significado que se le pretende otorgar en la actualidad y se lo ha tergiversado intencionalmente.

En efecto, al remontarnos al origen del uso del término en inglés, encontramos que fue el general estadounidense Charles Dunlap (2001) –luego de la guerra de Kosovo– quien usó y analizó el concepto de *lawfare* o “guerra jurídica”. Dunlap sostuvo que el término “guerra jurídica” es el uso de la ley como medio para conseguir lo que de otra manera tendría que conseguirse con la aplicación de la fuerza militar tradicional.

El autor reconoció que los australianos Carlson y Yeomans lo emplearon por vez primera en un trabajo publicado en 1975, para aludir al supuesto “cinismo” de la Unión Soviética cuando apelaba a los tratados de derecho internacional para suplir su incapacidad militar.

Así, se entendía que la guerra del derecho sustituía a la guerra y que el duelo no era con espadas, sino con palabras¹¹¹.

En una publicación más reciente, Dunlap (2017) explicó cómo Estados Unidos habría aplicado la ley para sustituir otras metodologías militares; en otras palabras, describió cómo ese país habría utilizado la ley para evitar más violencia. Citó diversos ejemplos, a saber:

- Durante la fase inicial de una operación militar, se advirtió que imágenes aéreas de Afganistán tomadas por medio de satélites eran comercializadas en el mercado libre. Para evitar que cayeran en manos enemigas, se optó por emplear un “arma jurídica” –un contrato– para comprar dichas imágenes.
- Además, diversas sanciones legales incapacitaron a las fuerzas aéreas enemigas. Al lograr neutralizar las naves, disminuyó el ritmo de expansión militar.
- El Departamento del Tesoro de Estados Unidos usó varias iniciativas –armas jurídicas– para dificultar o negar a los terroristas los recursos que necesitaban, particularmente los financieros.

El autor también hizo referencia a cómo el adversario utilizó la “guerra jurídica” como un pilar de su estrategia para confrontar fuerzas armadas que cuentan con capacidad militar de alta tecnología. Aseguró de esta manera que determinados Estados han usado a los civiles como escudos humanos para luego acusar a Estados Unidos –arma jurídica– de estar atacando a personas inocentes durante los bombardeos.

La idea que trasluce es que la guerra no solo se produce en el campo de batalla, sino que también es jurídica. Por eso el autor reclama el más alto acatamiento a la ley y a su sentido moral, pues los incidentes ilegales, las violaciones a la ley, la transgresión a los Convenios de Ginebra o a los estándares del Comité Internacional de la Cruz Roja tienen como consecuencia inmediata el desprestigio, y el impacto repercute de manera directa en el campo de batalla.

¹¹¹ LAS REGLAS DE ENFRENTAMIENTO (ROE) COMO PARADIGMA DEL ESTADO DE DERECHO EN OPERACIONES MILITARES
(https://www.defensa.gob.es/portaldcultura/Galerias/actividades/fichero/2012_PreDefQuerolyLombardero_Las_ROExs.pdf, consultado el 27/2/20).

De ahí que aconseje evitar todo tipo de ilegalidad, porque la indisciplina afecta directamente al éxito operacional, y los adversarios, familiarizados con la guerra jurídica, lo pueden explotar a su favor de inmediato.

2.4.3. LA FALACIA DEL *LAWFARE*

Hasta aquí, es fácil colegir que el término *lawfare* ha sido usado para designar estrategias estrictamente militares entre Estados en situación de guerra, por lo que no se comprende qué tiene que ver con lo que se pretende denotar, pues el uso que se le da en Latinoamérica parece ignorar intencionalmente el origen del concepto.

Más allá de ello, lo que llama la atención es la exportación de este concepto a procesos judiciales, porque para la Fundéu¹¹², fundación asesorada por la RAE, la palabra *lawfare* –formada por *law* (“ley”) y *warfare* (“guerra”)– se emplea en el ámbito militar para describir un método de guerra asimétrica no convencional en el que la ley es usada como un medio para conseguir un objetivo militar. En consecuencia, recomienda, en el campo político, reemplazar *lawfare* por las expresiones “persecución judicial”, “instrumentalización de la justicia” o “judicialización de la política”.

Entonces, como dijimos al inicio de estas líneas, lo que en la región se denominó *lawfare* no es más que una forma moderna de hablar de persecución judicial. Sucede que este último concepto ha sido tan utilizado por funcionarios, políticos, narcotraficantes y genocidas para enmascarar sus crímenes que hubo una necesidad de trastocar el nombre de esta misma práctica.

Para graficar los motivos por los cuales era necesaria esa mutación, basta con mencionar que la expresión “persecución judicial” ha sido asociada a casos como la detención de Pinochet, ordenada en 1998 por el juez español Baltasar Garzón en territorio europeo. En aquella oportunidad, el exdictador, acusado de genocidio, terrorismo internacional, torturas y desaparición de personas, ocurridos en Chile durante la dictadura, tildó su detención de “persecución judicial”¹¹³.

¹¹² Fundéu BBVA es una fundación patrocinada por la Agencia Efe y BBVA, asesorada por la RAE, cuyo objetivo es colaborar con el buen uso del español en los medios de comunicación y en Internet. Ver <https://www.fundeu.es/recomendacion/lawfare-alternativas-en-espanol/> (consultado el 25/2/20).

¹¹³ https://elpais.com/internacional/2018/10/16/america/1539652824_848459.html.

Pero la deformación del concepto ha llegado tan lejos que algunos adalides del término – muchos de ellos abogados defensores de esos funcionarios acusados o condenados por hechos graves de corrupción– explican que *lawfare* consiste en la utilización de la ley y de los procedimientos jurídicos como arma de guerra. Así, explican que: “elegido un sector, por ejemplo político, como enemigo, la ley y los procedimientos judiciales son utilizados por los agentes públicos como una forma de perseguir a aquellos que fueron estigmatizados como enemigos”¹¹⁴.

Es decir, no solo se tergiversa el contenido real del concepto, sino que se lo amolda de modo tal que muestre cómo el Poder Judicial, supuestamente ilegalmente y de manera coordinada con los medios de comunicación, “eligen” a algunos políticos como enemigos y los comienzan a hostigar penalmente, violando todas las garantías del proceso penal y borrando de un plumazo el Estado de derecho.

La interpretación forzada que se nos propone no es casual. Lo que se pretende es emparentarlo con lo que Günther Jakobs (2004) ha denominado “derecho penal del enemigo”, en el cual se construyen reglas especiales –diferentes de las del derecho penal del ciudadano–, dirigidas a las “no personas”, en este caso, a todo aquel imputado, procesado y condenado por hechos de corrupción.

El sociólogo Roberto Gargarella (2019), en su blog *Seminario de teoría constitucional y filosofía política*¹¹⁵, sostiene que el endiosamiento de la teoría crea un nuevo enemigo para justificar acciones por encima de las normas.

De manera gráfica y didáctica, nos enseña:

A mediados del siglo XX, la peor versión de nuestras fuerzas nacionales abrazaron la idea de una conspiración internacional (...) La sinarquía, y de su mano, el sionismo, la masonería o el comunismo –dependiendo del viento– eran responsables de los males y ataques que podía sufrir el gobierno popular de turno. Cuando algo iba mal, de inmediato se señalaba a la sinarquía, y todos los partidos contentos (...) La idea de sinarquía era, en efecto, un delirio, que como siempre partía de algunos hechos ciertos, que le daban verosimilitud.

[La idea del *lawfare* es] **un delirio**, que parte de hechos trivialmente ciertos –en este caso la existencia de vinculaciones entre política y justicia– para concluir en que los males padecidos se deben a que la parte “mala” del mundo conspira contra los propios... por razones aviesas y finalmente anti-nacionales. El status académico de la idea de “*lawfare*” es nulo (...), es que

¹¹⁴ “La guerra jurídica contra la oposición”, en Infobae, 27/12/19. Disponible en <https://www.infobae.com/opinion/2017/12/27/lawfare-la-guerra-juridica-contra-la-oposicion> (Rusconi, Maximiliano).

¹¹⁵ www.seminariogargarella.blogspot.com/2019/12/lawfare-la-version-moderna-de-la.html.

da vergüenza ajena ver que algunos colegas se sumen al uso de la idea “lawfare”, o que la misma patraña aparezca (...) en un decreto ejecutivo¹¹⁶.

En síntesis, según el profesor, la idea que subyace es que el *lawfare* es un invento que tiene más bien que ver con teorías conspirativas, y que ni siquiera amerita darle entidad. Pero advierte que hay que tener cuidado porque su uso pretende, en definitiva, la impunidad de los políticos responsables por hechos de corrupción.

Para clausurar esta discusión dogmática, poco académica y casi sin fundamentos, entiendo que sería correcto determinar, en todo caso, si en algunos de los procesos judiciales se verifica lo que los sostenedores de esta teoría llaman *lawfare*. Así, podríamos elaborar una lista extensísima de hechos de corrupción que se investigan en la Justicia nacional:

- El caso de las valijas con dinero de Antonini Wilson.
- El caso Skanska.
- El caso que investigó el origen del dinero encontrado en el baño del despacho de la exministra de Economía Felisa Miceli, que nunca pudo justificar.
- Los casos en los que fue condenado el exsecretario de Transporte, Ricardo Jaime.
- El caso Efedrina, en el que se permitió el ingreso ilegal de miles de toneladas de efedrina para la producción de metanfetamina.
- La Tragedia de Once.
- La condena de José López, exsecretario de Obras públicas, que fue encontrado con casi 9 millones de dólares en su poder, que nunca pudo justificar.
- La condena –ya firme– del exvicepresidente Amado Boudou por el caso Ciccone Calcográfica.
- La causa Ruta del Dinero, en la que Lázaro Báez, el empresario amigo del entonces presidente de la nación, fuera condenado a penas de prisión de cumplimiento efectivo por lavado de dinero procedente de las irregularidades investigadas en la causa conocida como Obra Pública Vial en Santa Cruz.
- La causa Obra Pública, que involucra a los expresidentes de la nación, al ministro de Planificación, al secretario de Obras Públicas, a más de 15 funcionarios y al supuesto empresario beneficiado, Lázaro Báez.

¹¹⁶ El autor se refiere a los Decretos Nros. 6/19 y 14/19 del gobernador de la provincia de Buenos Aires, que nombró a dos funcionarios que se encontraban procesados en una causa penal. En dicho decreto se aludió directamente que los designados fueron injustamente perseguidos por el Poder Judicial y se apeló al concepto de *lawfare* para desestimar esos antecedentes y nombrarlos, a pesar de que no existía impedimento legal alguno para ello.

- Las causas Sauces y Hotesur, por lavado de dinero de los hoteles de los expresidentes.
- Las causas por evasión tributaria agravada del grupo empresarial de Lázaro Báez (Austral Construcciones y otras), por la emisión de facturación apócrifa.
- La causa Cuadernos, que mostró un entramado de corrupción entre empresarios y altos funcionarios del Estado en la obra pública de todo el país.
- Las investigaciones sobre el crecimiento patrimonial de quienes fueron secretarios privados de los expresidentes.

La lista no es completa y, con independencia del resultado al que arribe cada caso en particular, resulta difícil creer que el Poder Judicial establezca reglas contrarias a los principios liberales del Estado de derecho e, incluso, a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, de jerarquía constitucional, para perjudicar a un partido político o a personas determinadas.

Máxime cuando ello implicaría pensar que se han alterado principios básicos del derecho penal material del Estado de derecho, como los de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad. Sobre todo, los principios de carácter procesal penal, como los de presunción de inocencia, debido proceso, doble instancia, y otras garantías del imputado en el proceso penal.

Quienes pretenden introducir el término *lawfare* sin mayores precisiones lo repiten de manera que su uso se expanda y se naturalice, hasta lograr, con la ayuda de los medios de comunicación colonizados, que se instale en el lenguaje cotidiano.

Así, consiguen que el término tenga actualidad y vigencia. Ello, sin importar demasiado que, en rigor de verdad, se trata de una verdadera falacia, no solo en el sentido del uso vulgar de la palabra, que se refiere a “una creencia equivocada o una idea falsa”, sino en un sentido más estrecho o técnico, tal como es utilizado en la lógica.

En efecto, la lógica reserva el término “falacia” para aquellos razonamientos que, aunque incorrectos, son psicológicamente convincentes. Aristóteles lo define como el argumento que parece ser bueno sin serlo.

El profesor Irving M. Copi (2013) definió la falacia como una forma de razonamiento que parece correcto, pero que resulta no serlo cuando se lo analiza cuidadosamente. Y es precisamente esto lo que se advierte en la afirmación que se pretende presentar como

verdadera. Se procura descalificar cualquier investigación penal por casos graves de corrupción bajo el nombre de *lawfare*, con el fin de imponer una posición a cualquier costo, lo que representa el grado más bajo de razonamiento.

Es tan malo el argumento que se pretende mostrar como verdadero que lo mismo da que se trate de una falacia de relevancia, de inducción deficiente o de ambigüedad, o de todas ellas.

Nótese que, para correr el foco de atención, se ataca a las personas (Poder Judicial – Ministerio Público Fiscal, medios de comunicación) que hacen una afirmación (imputación, condenas, investigación, etc.), pero sin refutar los argumentos (las pruebas que conducen a esa afirmación). Todo ello con el fin de imponer una idea a cualquier costo, por lo cual los razonamientos que se presentan son malos, ante la ausencia de argumentos serios para contrarrestar tanto las hipótesis como lo resuelto, lo dictaminado, lo investigado, lo comprobado o lo publicado.

Parecería que esta nueva retórica o relato es original porque no busca una verdad demostrable. Por el contrario, se trata de elaboraciones conceptuales y clasificaciones que integran lo que muchos autores llaman *wishful thinking*: el uso persuasivo de conceptos espumantes para hacer creer en un escenario de apariencias que son racionales o razonables¹¹⁷ (Bornia, 2017).

Con esto se persigue el descrédito, debilitar las instituciones y, en especial, atacar al Poder Judicial, con el claro fin de dominarlo, “colonizarlo” e impedir la independencia de la justicia. Esto es una característica que se repite en casos graves de corrupción.

De manera magistral, el papa Francisco¹¹⁸, en su discurso ante una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal, ya citado, traza un perfil psicológico y moral del hombre corrupto y desenmascara al político que piensa que “el que no afana es un gil”, pero que, al ser descubierto, no solo pone cara de “yo no fui”, sino que desata toda su ira contra quien lo exhibe, para disimular su putrefacción y para obtener impunidad (*lawfare*).

¹¹⁷ Haba, Enrique “Semiótica ilusionista y semiótica encantadora”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nro. 23, Universidad de Alicante, 2000, p. 572.

¹¹⁸ Tuvo lugar el 23 de octubre de 2014 en la Sala de los Papas.

En este sentido, el Sumo Pontífice afirma que el funcionario corrupto atraviesa la vida con atajos del oportunismo, con el aire de quien dice: “No he sido yo”, y llega a interiorizar su máscara de hombre honesto (es un proceso de interiorización). El corrupto no puede aceptar la crítica, descalifica a quien lo hace, trata de disminuir cualquier autoridad moral que puede ponerlo en tela de juicio, no valora a los demás y ataca con el insulto a quien piensa de modo diverso. Además, señala el papa, si las relaciones de fuerza lo permiten, el corrupto persigue a quien lo contradiga. Y prosigue:

La corrupción se expresa en una atmósfera de triunfalismo por la que el corrupto se cree vencedor. En ese ambiente se pavonea para rebajar a los demás. El corrupto no conoce fraternidad o la amistad, sino la complicidad y enemistad. El corrupto no percibe la corrupción. Se da en cierto sentido lo que sucede con el mal aliento: difícilmente quien lo tiene se da cuenta de ello; son los demás quienes se dan cuenta y se lo deben decir. Por tal motivo, difícilmente el corrupto podrá salir de su estado por remordimiento interior de la conciencia.

El santo padre se pregunta: “¿Qué puede hacer el derecho penal contra la corrupción?”, a lo que responde que la sanción penal es selectiva. Es como una red que captura solo a los peces pequeños, mientras que deja a los grandes libres en el mar. Las formas corruptas que hay que perseguir con la mayor severidad son las que causan graves daños sociales, tanto en materia económica y social –por ejemplo, los fraudes contra la Administración pública o el ejercicio desleal de la administración– como en cualquier tipo de obstáculo interpuesto en el funcionamiento de la Justicia con la intención de procurar impunidad para las propias malas acciones o para las de terceros (2018).

Este discurso grafica el pensamiento del sumo pontífice sobre la corrupción. Concretamente, describe las características propias de un corrupto, cómo los altos funcionarios públicos se enriquecen o dejan enriquecer a empresarios amigos en perjuicio de la Administración pública.

Asimismo, refleja cómo el corrupto se coloca una máscara de honestidad y cómo, para disimular su falta de integridad y su traición a la sociedad, se defiende con injurias y agravios, descalificando a la autoridad que lo interpela (*lawfare*). Es decir, se vale de falacias para justificar lo inexcusable y vergonzoso de su comportamiento ilegal.

Algunos autores de la región, como Zaffaroni (2018), han intentado simplificar este discurso, limitándolo a la concentración de riqueza y a la selectividad de la pena. Esa reducción no hace más que desdibujar el mensaje del santo padre, que, en rigor de verdad, se centra en las consecuencias gravísimas que genera la corrupción de los gobernantes, sea cual fuera el partido político al que pertenecen.

La corrupción es nociva en sí misma y no importa si el Gobierno que la lleva a cabo es de un signo político o ideológico, o de otro. Ciertamente, quienes respaldan ciertos mandatos a ciegas en muchas ocasiones pierden la objetividad y la capacidad crítica. Y esto es peligroso.

Las sociedades saludables se caracterizan por el predominio de hombres nobles y humildes, por lo que la idolatría ciega a funcionarios públicos se convierte en un caldo de cultivo para permitirles privilegios y para justificar los actos de corrupción.

2.4.4. INTENCIONALIDAD DE LA TERMINOLOGÍA

Ha quedado claro que el concepto es falaz, confuso y engañoso. Quizá el anglicismo sea la estrategia de *marketing* elegida para lograr que “encienda” mejor en el lenguaje general.

Pero en el derecho no pueden permitirse ambigüedades, términos vagos, oscuros o engañosos. Todo lo contrario. Como se dijo, para que exista un acceso efectivo de los ciudadanos a sus derechos, estos deben comprender el lenguaje jurídico, que debe ser transparente, accesible, una herramienta de la democracia y del Estado de derecho.

Entonces, volvamos al concepto real que se pretende instalar: el de persecución judicial o política. Si esto es así, entendemos que la intención es muy riesgosa, pues la persecución constituye la negación del libre ejercicio de los derechos civiles, la libertad política, la libertad de expresión, la libertad de reunión de los ciudadanos, e implica el enjuiciamiento de una persona por sus ideales y no por sus acciones.

Sin embargo, debemos tener en cuenta la amplitud recursiva de las normas procesales, al menos en Argentina, que permite que cualquier caso sea revisado por aproximadamente 15 magistrados designados al azar, de diferentes instancias, antes de que quede firme la sentencia.

Nunca el ejercicio de la jurisdicción, cuando media sospecha de la comisión de un delito, puede constituir una persecución política, porque se trata del ejercicio regular del rol de los jueces. Son funciones constitucionalmente asignadas que suponen uno de los pilares esenciales del régimen republicano de gobierno.

Dado que nadie tiene derecho a no ser investigado, en todo caso, lo que debiera establecerse cada vez que se hable del mal llamado *lawfare* es si, en ese proceso penal concreto, se han respetado las garantías constitucionales, si se ha tenido oportunidad de refutar la prueba o de que un superior revise lo decidido por el inferior (doble instancia), como así también, si la prueba incorporada nos conduce a la certeza de que algo ocurrió de una manera determinada.

Es decir, no alcanza con realizar una apreciación genérica y superficial de lo que pudo haber sucedido en otros países, regiones, o en diversos procesos judiciales, pues eso implicaría renunciar a discutir los hechos y las pruebas que se incorporan en cada sumario. En otras palabras, significaría ingresar en un terreno meramente político que no contribuye al esclarecimiento del problema.

Entonces, parecería que el único objetivo es sembrar un manto de duda sobre los hechos, la prueba y la honorabilidad de todos los magistrados que intervienen en los diversos casos, justamente, para evitar confrontar los hechos con las pruebas.

En rigor de verdad, más que “persecución política”, lo que en muchas ocasiones se verifica es una enorme “especulación política” para impedir juzgar hechos graves de corrupción, sin importar que la falta de juzgamiento provoque más impunidad, más descrédito de las instituciones de una república y más pérdida de capital social.

Como sostiene Ricardo Gil Lavedra (2021), el llamado *lawfare* supone, en su faz más profunda, la negación de las instituciones de la democracia liberal, tal cual la conocemos, porque parte de una concepción diferente del derecho y de la democracia. Más allá de la viscosidad e imprecisión del término, la primera consecuencia que trae su uso es la deslegitimación de los procesos judiciales. No importan los hechos ni las acusaciones, aunque estas sean gravísimas. Este discurso, reiterado una y otra vez, produce dos efectos inmediatos. Por un lado, prepara el terreno para poder obtener decisiones judiciales que “reparen” los abusos cometidos o morigeren el impacto de las causas o bien, lisa y llanamente, una solución política que haga cesar tamaña injusticia. Por el otro, se ocasiona otra grave secuela, pues se va horadando la credibilidad en la justicia. La confianza del pueblo en los jueces depende de que sean percibidos como imparciales, sujetos a la ley, impermeables a cualquier influencia externa. La prédica constante contra la independencia de la justicia va socavando la credibilidad pública en ella.

Continúa el autor sosteniendo que en una democracia constitucional, el papel de la justicia es estratégico. Son los jueces los que deben asegurar la supremacía de la Constitución y que el ejercicio de los poderes estatales se desenvuelva dentro del marco que esta habilita, son ellos quienes deben tutelar la vigencia de los derechos consagrados en la carta fundamental y resguardar los derechos de las minorías.

En definitiva, los jueces se erigen como la columna vertebral del régimen democrático, pues son los encargados de asegurar la vigencia del Estado de derecho. Desprestigiarlos significa debilitar la estructura del sistema democrático. El *lawfare* es incompatible, por definición, con una democracia constitucional, pues las soluciones a los posibles abusos de los jueces están dentro del propio sistema constitucional y legal. Nuestro ordenamiento jurídico contempla remedios para cada una de estas situaciones. Incluso la pertenencia a un sistema internacional de derechos humanos permite reparar aquellas violaciones que no han encontrado protección en el ámbito interno.

Entonces, es necesario superar el baremo de la especulación o de la propaganda política, alimentadas por la instalación de conceptos como este. En este aspecto, es fundamental velar por la claridad y la seguridad del lenguaje jurídico, para garantizarle a la sociedad la transparencia, la publicidad y la legalidad de los actos de los poderes del Estado.

Para cerrar este apartado, nos remitiremos nuevamente a las palabras del papa Francisco, quien resaltó que sin justicia “no hay ni orden, ni desarrollo sostenible e integral, ni tampoco paz social” y destacó que la corrupción es “uno de los más grandes males sociales del mundo de hoy”, que “debilita cualquier gobierno (...) la democracia participativa y la actividad de la justicia”¹¹⁹.

El juez debe ser guardián de lo bueno y de lo justo, para preservar el orden y la paz social. Tal como expone Fernández Gómez (1994):

La justicia no se estudia, se siente, se percibe. Buscar la sensación de lo justo o de lo injusto en las páginas de libros es exponerse a tejer artificios legalistas ajenos al sentido de la justicia. Pero es todavía más perverso, vil e indigno abogar con igual desenfado por las causas injustas que en pro de las justas, tratando de cohonestar la injusticia en beneficio propio con formalismos insustanciales y ardides abogadiles, y de apagar con letra muerta de los textos jurídicos, la voz de la conciencia que reclama rectitud (citado por Bornia, 2017).

La imposibilidad de arribar a un pronunciamiento certero sobre los hechos de corrupción y sobre la responsabilidad de los imputados que tuvieron un rol relevante dentro de la

¹¹⁹ Cumbre de Jueces y Fiscales contra la Trata de Personas y el Crimen Organizado, celebrada en el Vaticano en junio de 2016.

Administración pública profundiza la sensación de impunidad y la manipulación de los órganos de la Justicia, lo que no contribuye a la ansiada paz social.

2.5. PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

2.5.1. INFORMES DE TRANSPARENCIA INTERNACIONAL

En línea con lo que se viene desarrollando, es interesante indagar ahora acerca de cuál ha sido la percepción social de la corrupción en nuestro país. Para ello, recurriremos a diversos informes confeccionados por Transparencia Internacional, cuyo capítulo en Argentina es Poder Ciudadano.

Como se sabe, esta organización publica desde 1995 el Índice de Percepción de la Corrupción, y, como complemento de ese índice, produce el Barómetro Global de la Corrupción, que consiste en un estudio mundial sobre percepción de la corrupción en los diferentes países del mundo y de la región.

Este índice se elabora a partir de las opiniones de expertos en corrupción en el sector público. Las puntuaciones de los países pueden ser positivas cuando existen mecanismos de gobierno abierto, a través de los cuales el público puede exigir que sus dirigentes rindan cuentas. Por el contrario, la puntuación es insuficiente cuando prevalece el soborno, cuando existe un alto grado de impunidad y cuando las instituciones públicas no dan respuesta a las necesidades de los ciudadanos.

El índice de Transparency International (TI) va desde el 0, para el nivel de corrupción más alto, hasta el 10, para la ausencia de corrupción. Tomaremos diferentes informes de los últimos años, para verificar cuál ha sido la evolución del país en esta materia.

Desde que el índice se publicó por primera vez en 1995, Argentina ha obtenido una calificación de entre 5,2 y 2,5 puntos, inferior a la de países vecinos como Chile, Uruguay y Brasil.

En 1995, Argentina presentaba un valor de 5,2 en el índice de corrupción. Pero en 2002 el puntaje se desplomó a 2,8 puntos y se mantuvo así hasta 2008, cuando obtuvo 2.9 puntos. Así, Argentina se ubicó en el puesto 109 de 180, en el nivel de corrupción de los países africanos (Bour, 2012).

En el informe elaborado en julio de 2013, en el cual se les preguntó a más de 110.000 personas de 107 países sobre su percepción y su experiencia con la corrupción, sobre el aumento o la disminución de los niveles de corrupción general en los últimos años y sobre el grado de corrupción en el sector público, los resultados para la región fueron lamentables.

En efecto, se evidenció que más de la mitad de las personas consultadas creía que la corrupción había empeorado en los dos años anteriores –2011 y 2012–, mientras que casi un tercio consideraba que no había habido cambios en la situación, y solo una de cada diez opinaba que se había reducido.

Para el caso argentino, la encuesta realizada a más de mil personas indicó que el 14 % cree que la corrupción aumentó; a su vez, el 58 % considera que aumentó mucho. Argentina, con el 72 %, lideró el *ranking* de países de Latinoamérica en los que los ciudadanos consideraron que la corrupción había aumentado durante los últimos dos años.

Esto es, 7 de cada 10 encuestados en Argentina afirmaron que la corrupción se agravó o aumentó significativamente, mientras que el 92 % admitió que el pago de sobornos es el mecanismo que se utiliza para acelerar trámites.

El estudio también preguntó sobre la magnitud del problema de la corrupción en el sector público. En una escala de 1 a 5 –en la que 1 equivale a afirmar que no representa ningún problema y 5 implica que se trata de un problema muy grave–, la puntuación de Argentina fue de 4,5 y la puntuación regional, de 4,3. Esto indica que realmente constituye un problema grave en las instituciones del sector público tanto de Argentina como de la región.

En cuanto a la percepción que tiene la ciudadanía de la región respecto de las acciones de su Gobierno en la lucha contra la corrupción, el panorama es desolador, pues el 81 % del promedio regional opina que no son efectivas. En Argentina, el 74 % de los entrevistados se expidió de esa forma¹²⁰.

En definitiva, nueve de cada diez ciudadanos entrevistados de los doce países latinoamericanos incluidos en la encuesta piensan que durante esos años la corrupción se ha mantenido igual o ha empeorado. Esta cifra alarmante de lo que percibe el ciudadano

¹²⁰ <http://poderciudadano.org/el-crecimiento-de-la-corrupcion-en-argentina-segun-los-argentinos-barometro-de-corrupcion/>.

se contraponen severamente con el relato de *lawfare* que se intenta instalar. Es más, a tenor de los resultados de esta encuesta, se podría decir que la actividad judicial debiera ser significativamente mayor, en pos de detectar y de investigar casos de corrupción.

Pero no solo la actividad judicial debiera ser más enérgica; todo indica que, para evitar los riesgos de elencos corruptos o poco “virtuosos”, resulta fundamental acompañar al sistema representativo con dispositivos eficientes de control sobre el poder (Gargarella, 2020).

Al igual que en todas las mediciones mundiales publicadas en los años anteriores, el índice de 2015 presentó a la Argentina dentro del grupo de países con peor evaluación. Con tan solo 32 puntos sobre 100 posibles, se ubicó en la posición 107 sobre 168 países evaluados, la misma que en 2014, pero con dos puntos menos. De los 25 países de América donde se realizó la encuesta, Argentina quedó en la posición 18, muy por detrás de países como Uruguay (puesto 3), Chile (puesto 4), Brasil (puesto 11), Colombia (puesto 12) y Perú (puesto 13).

Los empresarios, inversores y expertos alrededor del mundo observaron que Argentina no había hecho nada para mejorar la lucha contra la corrupción durante los últimos dos años. Y que era imprescindible sancionar leyes que permitieran acceder a la información, efectuar mayores y mejores controles en la Administración pública, evitar el oscurantismo y estandarizar prácticas para mejorar la transparencia en el sector público.

Téngase en cuenta que los países que ocupan las primeras posiciones presentan características comunes que son clave: altos niveles de libertad de prensa, acceso a información sobre presupuestos –que permite al público saber de dónde procede el dinero y cómo se gasta–, altos niveles de integridad entre quienes ocupan cargos públicos y un Poder Judicial independiente del Gobierno.

No obstante, si uno observa la evolución de Argentina a partir del año 2016, se vislumbra que hubo una leve mejoría, a saber:

- 2016: Puntuación 36 - Posición país 95 - Posición regional 18
- 2017: Puntuación 39 - Posición país 85 - Posición regional 16
- 2018: Puntuación 40 - Posición país 85 - Posición regional 16

Argentina, en ese último período, alcanzó su mejor desempeño en el Índice de Percepción de la Corrupción, al ubicarse en el puesto 85/180 con 40 puntos. Esto implicó una mejora

de 22 puestos en relación con su peor ubicación, en el año 2014, y 8 puntos más que en 2015, cuando obtuvo su peor puntaje.

Algunos de los motivos de la mejora se explican a partir de la sanción de normas en materia de transparencia, como ser: i) la Ley de Acceso a la Información; ii) la creación de una Agencia de Acceso a la Información; iii) la Ley del Arrepentido, y iv) la Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas, entre otras. No obstante, el país siguió ocupando el lote de países que ocupan el tercer cuarto de medición.

Dado que este escenario no se ha revertido hasta el momento, Argentina tiene por delante importantes desafíos en materia de transparencia y debe seguir haciendo esfuerzos mancomunados para revertir la situación descripta, tal como se sugiere desde Poder Ciudadano.

2.5.2. INFORME DE 2019

En el informe de 2019, se entrevistó a más de 17.000 ciudadanos en 18 países de la región y se estableció, para el caso de Argentina, que el 49 % de los ciudadanos cree que la corrupción aumentó durante esos últimos 12 meses.

Sin embargo, se advirtió que las situaciones en las que los ciudadanos tuvieron que pagar sobornos para acceder a los servicios públicos eran escasas. Así:

- El 94 % dijo no haber pagado sobornos para obtener un servicio en establecimientos educativos.
- El 93 % dijo no haber pagado sobornos en establecimientos de salud ni a médicos para obtener un servicio.
- El 95 % dijo no haber pagado sobornos para obtener el DNI, la licencia de conducir u otro tipo de documentos.
- El 89 % dijo no haber pagado sobornos para acceder a servicios públicos, como agua, gas, electricidad, etcétera.
- El 86 % dijo no haber pagado sobornos para acceder a servicios de la Policía o para evitar situaciones como un control policial.
- El 90 % dijo no haber pagado sobornos para conseguir un favor de la Justicia, recibir asistencia judicial o evitar un problema en ese poder del Estado.

En relación con estos últimos datos, el índice general de soborno para Argentina fue de un 13 % en esos últimos meses.

A partir de los datos expuestos, el director ejecutivo de Poder Ciudadano, Pablo Secchi, hizo la siguiente reflexión:

Si bien el Barómetro muestra que los argentinos creen que la corrupción ha aumentado en los últimos 12 meses, son positivos los números de la experiencia de los/as ciudadanos/as frente a la corrupción. Muy pocos argentinos/as destacan que tuvieron que pagar algún tipo de soborno para acceder a un servicio público como la escuela, la Justicia, o inclusive la policía.

Por su parte, Delia Ferreira Rubio, presidenta de Transparencia Internacional, precisó:

Con demasiada frecuencia, los presidentes, parlamentarios y otros líderes políticos actúan en su propio interés, a expensas de los ciudadanos a los que sirven. En una región donde los esfuerzos anticorrupción están generando impulso a pesar de los recientes contratiempos, los ciudadanos siguen exigiendo más y mejor medidas de sus Gobiernos.

La mayoría de los ciudadanos en América Latina y el Caribe piensa que la oficina del presidente o primer ministro y los miembros del Parlamento son las instituciones más corruptas, y el 52 % de las personas cree que la mayoría o todos los miembros de estos grupos son corruptos¹²¹.

Ciertamente, el informe pone en evidencia que las instituciones que se perciben como más corruptas para los encuestados son el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo¹²². En el caso de Venezuela, el número es más que preocupante, en cuanto el 87 % cree que la presidencia es la institución más corrupta.

2.5.3. PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

En el Índice de Percepción de la Corrupción 2020, Argentina tuvo 42 puntos sobre 100 y pasó a ocupar el puesto número 78 –12 lugares más abajo que el año anterior–, junto con Baréin, China y Kuwait.

Debido a la pandemia del COVID-19 y a sus consecuencias nefastas en todo el mundo, el informe más actual elaborado por Transparency International refleja que no ha habido ningún avance en la lucha contra la corrupción. Este mal no solo afecta a los países en materia sanitaria y económica, sino también en la calidad de la democracia, que se

¹²¹ Ídem ant.

¹²² <http://anticorru.pt/gcb2019lac>.

encuentra en una de las peores crisis. En efecto, dos tercios de los países se ubican por debajo de los 50 puntos en cuanto a su nivel de percepción de la corrupción en el sector público.

Con respecto a la corrupción en la salud, las prácticas que se repiten son la malversación de fondos, la inflación de precios y el favoritismo. Como respuesta a esta situación, en todo el mundo hubo marchas por la justicia social y por el cambio político.

El informe dedica un apartado a enumerar las recomendaciones para luchar contra el coronavirus y para mitigar la corrupción; a saber:

- Reforzar los organismos de control: las instituciones anticorrupción y los organismos de supervisión deben contar con fondos e independencia suficientes, para que los recursos lleguen efectivamente a las personas más necesitadas.
- Procesos de contratación abiertos y transparentes: para evitar que la corrupción se aproveche de los procesos de contratación opacos, estos últimos tienen que ser transparentes y deben detectar el desvío de fondos públicos, conflictos de interés e irregularidades.
- Defender la democracia y fomentar el espacio público: los Gobiernos han aprovechado la pandemia para suspender parlamentos y la rendición de cuentas públicas. Por el contrario, la sociedad civil, la disidencia y los medios de comunicación deben poder pedir cuentas a los Gobiernos.
- Publicar datos pertinentes y accesibles: los Gobiernos deben proporcionarle a la población información clara y sencilla sobre los gastos y la distribución de los recursos, especialmente en situaciones de emergencia.

El informe muestra, como un rasgo muy interesante, que Europa occidental presenta la puntuación más alta, con 66 puntos de promedio. Aun así, la pandemia ha puesto a prueba a los Gobiernos, que han demostrado falta de transparencia y dificultades en la rendición de cuentas. Por su parte, África tiene la puntuación media regional más baja: 32 puntos.

Los países que se destacan son Dinamarca, Nueva Zelanda, Finlandia, Singapur, Suecia y Suiza (con 85 puntos o más). En cambio, las puntuaciones más bajas corresponden a Sudán del Sur, Somalia, Siria, Yemen y Venezuela (con 15 puntos o menos). A su vez, se reconoce que, desde 2012, algunos países como Grecia, Birmania y Ecuador han mejorado considerablemente su puntuación, mientras que otros han caído de manera

significativa (Líbano, Malawi y Bosnia-Herzegovina). En el resto de los países, los avances en materia de lucha contra la corrupción han sido escasos o nulos.

Transparency International reafirma que la corrupción está asociada a un bajo nivel de cobertura sanitaria y a un mayor número de mortalidad infantil y materna y de muertes por cáncer, diabetes, enfermedades respiratorias y cardiovasculares. Además, señala que la corrupción se presenta en las pruebas, los tratamientos y los servicios sanitarios en general. Por ende, los países con altos niveles de corrupción no atraviesan solo una crisis sanitaria y económica a causa del COVID-19, sino también una crisis de la democracia y del Estado de derecho: se trata de una crisis de corrupción.

En lo referente a América Latina, el informe considera a Uruguay como uno de los países menos corruptos de la región (tiene 71 puntos en el índice). Su Gobierno destina un alto gasto público en sanidad; en consecuencia, su sistema sanitario ha hecho frente de manera eficiente al COVID-19 y a otras enfermedades infecciosas como la fiebre amarilla y el zika.

Transparency observa también el caso de Perú, que tiene solamente 38 puntos, pero que ha demostrado ciertos avances en la materia: la sanción de leyes contra la corrupción y la remoción de cuatro presidentes en cinco años, tres de los cuales están siendo investigados por corrupción.

En esta región, ya caracterizada por instituciones públicas débiles, la pandemia puso de relieve desigualdades sociales y económicas que afectan especialmente a los sectores más vulnerables de la población (mujeres, niñas, personas mayores, población indígena, inmigrantes).

El informe agrega que los Gobiernos de los Estados americanos tomaron medidas extraordinarias ante el COVID-19, como la restricción de los derechos y libertades, a la vez que debilitaron los controles y contrapesos institucionales. En suma, la concentración de poder, la falta de acceso a la información y la distribución inequitativa de los recursos aumentan el riesgo de que crezcan aún más la pobreza y la desigualdad.

2.6. TOLERANCIA ELECTORAL FRENTE A LA CORRUPCIÓN

2.6.1. EL ROL DEL PODER JUDICIAL

A la luz de los casos de corrupción que los medios de comunicación han expuesto, y, principalmente, a partir de la cantidad de procesos judiciales que se analizan en los juzgados federales y tribunales orales federales de nuestro país, el fenómeno de la corrupción debería ser un tema preocupante para la sociedad.

Aun en la actualidad, las reacciones de la ciudadanía frente a estos eventos son cíclicas; van de la indignación a la pasividad. Lamentablemente, no se percibe que el cuadro de situación pueda modificarse a corto plazo. Con desolación venimos observando que, desde hace décadas, emergen casos de corrupción que han cobrado una enorme notoriedad, y la gran mayoría de ellos están vinculados con las contrataciones públicas.

No obstante, tal como advertimos, la cantidad de sentencias condenatorias es ínfima y habla de cierta ineficiencia o impotencia del Poder Judicial, que, como ya se señaló, carece de las herramientas adecuadas, ya sea porque las legislaciones procesales permiten las “chicanas” procesales de los grandes estudios de abogados, por la escasez de personal o de recursos para investigar casos complejos, o porque los operadores judiciales se encuentran colapsados de casos graves y complejos, tales como secuestros extorsivos, trata de personas, narcotráfico, que involucran al crimen organizado.

En este sentido, Ghersi (2010) señala que, desde lo jurídico, las claves del tema radican en que los órganos jurisdiccionales y de investigación no terminan de hacer cumplir las leyes (penales, administrativas e incluso patrimoniales), algunas veces, por debilidad en el funcionamiento del sistema (las leyes no son claras y permiten que determinados grupos de abogados contratados para esos efectos ensucien o dilaten las causas con nulidades). Asimismo, la lentitud de los sistemas hace prescribir las causas; por último, el mismo sistema de corrupción termina generando su propia impunidad al intervenir en los sistemas jurisdiccionales y de investigación, especialmente en la designación de jueces y de algunos funcionarios en los organismos de control.

Justamente, durante el 171^{er} Período de Sesiones de la CIDH, tuvo lugar una audiencia sobre corrupción y derechos humanos, titulada “El rol de los sistemas de justicia en América Latina”. Varias organizaciones de la sociedad civil de la región que participaron plantearon los principales retos que trae la corrupción para el Poder Judicial.

En este foro se identificó la vinculación del fenómeno con procesos de cooptación estatal que afectan la satisfacción de los derechos humanos. Se concluyó que, para enfrentar correctamente la corrupción, todos los poderes del Estado deben comprometerse de manera cabal con los alcances que tiene esta práctica para una sociedad democrática, coherentemente con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y de lucha contra la corrupción. La respuesta estatal y privada no solo debe ser judicial, pero, cualquiera que sea la estrategia por implementar, deberá considerar un rol activo y, sobre todo, independiente del Poder Judicial en todo el continente (Fuchs, 2019).

2.6.2. EL ROL DE LA SOCIEDAD

Más allá de la situación descrita, que de seguro contribuye a que la corrupción siga enquistada en nuestro sistema, llama la atención que la corrupción política ni siquiera se castigue con severidad cuando la ciudadanía ejerce su derecho a elegir a sus representantes. El rechazo de la sociedad no se ve reflejado en las urnas.

Los sistemas políticos democráticos se encuentran sometidos a una dualidad. Por una parte, los gobernantes son designados (de modo directo o indirecto) por los gobernados; y, como la corrupción no es otra cosa que el aprovechamiento por parte de los gobernantes de los bienes de los gobernados, estos últimos deberían poder utilizar su voto para librarse de los gobernantes indeseables y reemplazarlos por otros (Botella, 2018).

Múltiples estudios realizados en diversos países reflejan que los ciudadanos parecen mostrar escasa sensibilidad ante la revelación de escándalos de corrupción; aunque puedan sentirse disgustados y aunque cuenten con la posibilidad de emplear el voto para castigar a los indeseables, ello se produce muy raramente o no se produce. De la inmensa literatura existente, se puede mencionar el trabajo de Catherine De Vries y Héctor Solaz, citado por Botella (2018), en el que concluyen:

Los votantes siguen reeligiendo a políticos que les roban; castigar a políticos en las urnas es más difícil de lo que se supone habitualmente (...); aunque los electores se manifiestan generalmente disgustados con la corrupción, esto frecuentemente no llega a traducirse en el castigo del político corrupto.

Ello puede obedecer a que los votantes se enfrentan a la realidad de la corrupción con una perspectiva a menudo distorsionada, lo que favorece la debilidad del castigo. El votante decide mantener su apoyo al político corrupto en la medida que percibe que se trata de un buen gestor en otros ámbitos, capaz de proveer de bienes públicos o de atraer recursos a

su territorio. A pesar de ser reconocidos como corruptos, los políticos mantienen elevados niveles de apoyo a causa de su gestión. Así, los ciudadanos prefieren pagar el coste de la corrupción a cambio de obtener otro tipo de beneficios colectivos (Muñoz, 2019).

Bornia (2017) cita algunas justificaciones irracionales para la conducta corrupta, como, por ejemplo: i) “todos roban, este por lo menos construye rutas”; ii) “con la miseria que le pagan, ¿cómo no va a coimear?”; iii) “todos se acomodan, ¿por qué yo no voy a hacerlo?”, y iv) “debo conseguir el título (de forma espuria), a fin de cuentas, tengo mucho más conocimiento y experiencia que cualquiera que lo logró estudiando”.

Esta forma de razonar se nutre de redes de complicidades complejas y extensas dentro de las instituciones afectadas por este mal; por ende, juega un papel preponderante a la hora de elegir a un presidente, a un gobernante, a un intendente municipal o a los legisladores.

A su vez, las regulaciones jurídicas están limitadas para prevenir actos de corrupción, dado el alto grado de complejidad y la oscuridad en que se desarrollan las maniobras, en las que se utilizan herramientas legales como un ropaje para disfrazar las ingentes sumas de dinero que se malversan en beneficio de los bolsillos de los funcionarios corruptos.

Seguramente, esto seguirá así hasta que se produzca una transformación en el funcionamiento de las instituciones en todos los niveles: en la Administración pública (funcionamiento, eficacia, racionalidad y mayor transparencia), en la Administración municipal (local o provincial), en la forma en que se financian los partidos políticos, en la contratación pública. Y, por supuesto, tal como señala Fernández Ajenjo (2019) hasta tanto desaparezcan definitivamente los tres grandes males de los sistemas democráticos, a saber: la demagogia, la partidocracia y la tecnocracia.

El abuso de la demagogia política construye una corrupción argumental que no apela al ciudadano en cuanto persona cívicamente participativa, sino a los instintos primarios de las personas como masa. Esta, además, genera prácticas corruptas que polarizan la sociedad a través del radicalismo sectario, que, en sus más diversas modalidades de discriminación étnica o cultural, construye opiniones públicas que se acogen a cualquier bandera partidaria que azuce convenientemente la colectividad política o mediática más cercana a sus intereses.

La partidocracia parlamentaria y gubernativa instaaura una corrupción partidista que tiende a controlar a la sociedad bajo un nuevo despotismo y favoritismo en el que las grandes

decisiones de contenido económico se adoptan en virtud de intereses de las altas esferas del partido y de sus allegados personales o comerciales.

Por último, la tecnocracia administrativa ha creado una corrupción directiva, más propia de una burocracia corporativa que de una burocracia servicial, basada en el elitismo directivo de una administración de cuadros que enseña que los servicios públicos pueden administrarse desde los altos despachos oficiales, obviando la participación de los funcionarios de base cuyo papel se trata de sustituir mediante contrataciones temporales de empresas privadas (Fernández Ajenjo, 2019).

Los grandes pilares democráticos no alcanzan para mitigar o minimizar los actos de corrupción; se necesita incorporar una serie de virtudes de buen gobierno que permitan un control ciudadano concreto y efectivo, todo lo cual será materia de profundo análisis en el último capítulo.

Si se sabe que la inspección y el control reducen riesgos, ya que facilitan la información sobre quién o quiénes han generado un acto de corrupción; además, sobre dónde se ha producido (Robinson, 2017); la pregunta que inevitablemente surge es porqué los gobernantes y políticos no efectivizan medidas serias para planificar, coordinar, vigilar y sancionar, dentro de su propia esfera, a ellos mismos ni a aquellos dependientes que se desvían de la misión que se les ha encomendado.

Nótese, que una situación similar a la que padece Argentina en la actualidad se vivió en los años 90 en Gran Bretaña, a partir de una gran cantidad de acusaciones sobre el comportamiento de los hombres públicos (parlamentarios, políticos, altos funcionarios), que crearon un clima generalizado de degeneración ética. Los escándalos de tipo económico, político y hasta sexual aparecían mezclados y provocaron un panorama sombrío. En consecuencia, el primer ministro John Major propuso la creación de una Comisión Investigadora de determinados comportamientos en el ejercicio de la función pública, que investigó, durante seis meses, a miembros del Parlamento, ministros, funcionarios, cuadros directivos de diferentes Quangos¹²³ y cuerpos del Servicio Nacional de Sanidad (Calá, 2017).

¹²³ En el Reino Unido, es un organismo gubernamental independiente con elementos de organización no gubernamental (ONG) y de organismos del sector público (organismos públicos no departamentales, departamentos gubernamentales no ministeriales y agencias ejecutivas).

Esta Comisión, presidida por el juez Lord Nolan¹²⁴, labró un informe que establece los principios básicos de la vida pública. Se trata de un documento de gran valor para el estudio de los comportamientos éticos de los funcionarios públicos y de los políticos. Buena parte de sus recomendaciones las adoptó el Gobierno del Reino Unido y se estudiaron en las universidades de todo el mundo (Bezzi, 2017). Los principios mencionados se enumeran a continuación:

- Capacidad de asumir el interés público: la Administración pública deberá adoptar decisiones únicamente en aras del interés público. Nunca actuará con el fin de obtener beneficios económicos o cualesquiera otros beneficios materiales para sí, su familia o sus amigos.
- Integridad: el personal de la Administración pública no debe ponerse en situación de contraer obligaciones financieras, ni ninguna otra, con individuos u organizaciones que pudieran influir en el desarrollo de su actuación pública.
- Objetividad: en la ejecución de las actividades públicas, incluyendo los nombramientos de cargos públicos y la firma de contratos, la elección se basará en el principio de mérito.
- Responsabilidad: al desempeñar su cargo, el personal de la Administración pública es responsable de las decisiones y los actos que afecten a la sociedad. Debe someterse a cualquier tipo de control que sea necesario.
- Transparencia: el personal de la Administración pública debe ser tan transparente como sea posible. Deberá motivar sus actos y solo restringirá la información cuando claramente lo exija el interés público.
- Honestidad: el personal de la Administración pública tiene el deber de declarar cualquier interés privado que pueda guardar relación con su actividad pública; además, debe adoptar cuantas medidas sean necesarias para resolver cualquier conflicto que pudiera surgir, de modo que quede salvaguardado el interés público.

¹²⁴ El trabajo se centró en establecer y proponer normas de conducta en la vida pública, referidas a la actividad parlamentaria y al Ejecutivo (ministros y funcionarios). Se publicó en mayo de 1995 y es una referencia no solo para la vida pública inglesa, sino para cualquier Gobierno interesado en la ética de sus políticos y funcionarios.

2.6.3. PREPONDERANCIA DE LOS FACTORES ECONÓMICOS FRENTE A LA CORRUPCIÓN

En el informe *Latinobarómetro 2018 sobre democracia y situación económica de sus habitantes en América Latina*, se arribó a resultados sumamente interesantes que pueden dar alguna explicación plausible acerca de los motivos por los cuales los electores no castigan a los políticos corruptos en las urnas.

En efecto, ante la pregunta que se formuló a los entrevistados latinoamericanos acerca de cuál era el problema más importante del país, un 35 % señaló los problemas económicos, un 19 %, la delincuencia y un 9 %, la situación política y la corrupción. Cuando se les preguntó cuál era el problema más importante del entrevistado y su familia, el 48 % respondió que era la economía, y el 9 % dijo que era la delincuencia.

En definitiva, los problemas de mayor relevancia para América Latina son las dificultades económicas y la delincuencia, y la cuestión política y la corrupción quedan en segundo plano. De ello se pueden colegir los motivos por los cuales no se castiga electoralmente a los gobernantes corruptos. Cuando la economía funciona mal, cuando se hace difícil llegar a fin de mes, cuando hay desocupación o altos índices de pobreza, esa situación influye decididamente en las elecciones, sin importar cuán corrupto pueda ser el candidato. En el caso puntual de Argentina, un 62 % de los entrevistados hizo referencia a la mala situación económica del país.

Un dato que llama poderosamente la atención y que demuestra lo naturalizadas que se encuentran las prácticas corruptas en nuestra región, así como la falta de real dimensión de la problemática, es que los entrevistados no perciben la corrupción como una forma de delincuencia.

Ciertamente, cuando los entrevistados se refieren a delincuencia, parecería que solo tienen en cuenta los hechos violentos (homicidios, robos, hurtos, delitos contra la integridad física), y que no asimilan la corrupción como forma de delincuencia. De hecho, la corrupción aparece como una cuestión separable y distinguible de la delincuencia. Así, conductas que producen consecuencias sumamente disvaliosas para el conjunto de la sociedad y para el crecimiento de un país no se las considera actos de delincuencia.

Cuidado: esto no implica que la sociedad se encuentre encantada con los políticos, con los gobernantes o con los sistemas de selección. Todo lo contrario: la encuesta se encargó de demostrar, una vez más, la desconfianza generalizada en los partidos políticos, el

desencanto respecto de la política, lo que ha llevado a la fragmentación de los partidos, la crisis de representación y la elección de líderes populistas.

Al medirse la confianza con la institución electoral, se estableció que su disminución da cuenta del peso que los ciudadanos entregan a las elecciones y a su legitimidad, puesto que la confianza bajó del 51 % en 2006 al 28 % en 2018.

Algo grave que se destaca en ese informe es que la corrupción ha penetrado las campañas electorales en las que algunos candidatos logran financiamiento con fondos negros, ilegales, y, por ello, salen elegidos; mientras que los que juegan dentro de las reglas pierden. La competencia electoral no se ve como un proceso limpio; la corrupción ha enlodado su imagen y le ha hecho perder legitimidad al organismo electoral.

Se sustituye el liderazgo virtuoso, el de la “virtud” por el tiránico, tramposo o corrupto. Así, emergen líderes políticos endiosados que ejercen sus cargos públicos de forma abusiva, a la vez que se presentan como protectores ilustres de los males públicos, lo que les permite quedar exentos de las reglas que se aplican a la comunidad.

En estos casos, se pasa del caciquismo de imponer las reglas del juego de forma subrepticia al populismo de buscar aceptación pública de los privilegios, basándose en la superioridad del líder carismático. Los signos más evidentes de sus mandatos son las espectaculares promesas electorales, la promoción de proyectos faraónicos y la adhesión sectaria de sus correligionarios. Las consecuencias suelen plantearse no solo en las limitaciones de los derechos fundamentales, sino en las crisis económicas y sociales (Fernández Ajenjo, 2019), como las que desde hace décadas azotan a la Argentina.

Volviendo a la encuesta, la corrupción es una preocupación para el país, no así para el municipio, ni al nivel de las familias. Esto también es sorprendente, ya que todos los datos indican que la corrupción también ha penetrado profundamente en los municipios y que ha calado hondo en las familias. Sin embargo, los ciudadanos no lo señalan como un problema principal.

En particular, el informe explica por qué la ciudadanía vota de esa manera, al señalar:

Argentina es un país que ha tenido una larga historia de corrupción en sus instituciones públicas, como ha quedado consignado en informes anteriores de Latinobarómetro. Sin embargo, en el año 2018, este problema no aparece como relevante, ya que está opacado por la crisis económica actual.

Independientemente del lugar que ocupa la corrupción como problema principal del país, la percepción de aumento de la corrupción en la región no cede. Como dijimos, en el 2017, un 62 % de los latinoamericanos decía que la corrupción había aumentado; en 2018, ese porcentaje pasó a un 65 %. Esto indica que la corrupción está en el radar de los ciudadanos.

A tal punto esto es así que se indagó sobre la percepción de involucramiento en la corrupción de múltiples actores políticos y sociales. Y, tal como expresamos, el 51 % de los latinoamericanos cree que “todos o casi todos” los parlamentarios están involucrados en actos de corrupción. El 50 % considera que los presidentes están involucrados. Esto último puede ser consecuencia de la cantidad de presidentes y vicepresidentes que están en la cárcel condenados, prófugos o procesados por la Justicia de su país.

La conclusión de este informe es que la situación económica del ciudadano tiene un valor superlativo a la hora de ejercer el derecho electoral de votar, instante en el que prevalece aquel político acusado de graves hechos de corrupción porque, aun así, brinda mayor seguridad para cubrir las expectativas económicas.

Habría que agregar que la tolerancia del electorado frente a la corrupción no es propia de nuestra sociedad, sino que se trata de una situación que se repite en el mundo.

Muñoz (2019) comenta el caso de un alcalde respecto del cual, en 2007, se conoció que había inscripto a su nombre 12 fincas de unos 180.000 metros cuadrados, provenientes de “donaciones” de vecinos de la localidad. Algunas de esas fincas se vendieron luego por hasta 150.000 euros. Ese mismo año, ese funcionario reeditó su mayoría absoluta con un 69 % de los votos de las elecciones municipales, a pesar de las evidencias publicadas sobre su enriquecimiento personal.

El autor citado brinda otros ejemplos de casos de funcionarios corruptos que luego son reelegidos, y se pregunta si no deberíamos esperar que los ciudadanos, frente a políticos que hacen un uso ilícito de los recursos públicos, utilicen su influencia electoral para castigar a los responsables y para relevarlos de su cargo. Idealmente, si los votantes castigaran masivamente la corrupción, esta debería desaparecer de las democracias, al menos, en el mediano plazo. Los políticos con orientaciones deshonestas dejarían de ser electoralmente competitivos, y, ante la posibilidad de abusar del poder público para el beneficio personal, los cargos políticos siempre temerían un castigo ciudadano. Pero este

ideal no siempre es así, porque los votantes exhiben niveles altos de tolerancia hacia este tipo de prácticas (Muñoz, 2019).

Por otra parte, diversos estudios realizados en Estados Unidos cifraron el castigo electoral a los miembros de la Cámara de Representantes afectados por escándalos de corrupción en tan solo el 5 al 11 % de los votos. En todos los estudios, se identifican tasas de reelección muy superiores al 50 %, lo cual indica que, incluso si un congresista que ocupa su cargo está implicado en algún caso de corrupción, tiene igualmente grandes probabilidades de ser reelegido.

También se señala el escándalo de las dietas de los parlamentarios de Westminster en 2009, cuando se descubrió que muchos miembros de la Cámara de los Comunes usaban sus asignaciones para gastos personales, lo que tuvo un efecto electoral muy limitado (una pérdida no mayor al 2 %).

Las tasas de castigo electoral hacia políticos afectados por escándalos en países como Reino Unido, Japón, Italia y Brasil mantienen una franja menor al 11 % de los votos. En el caso español, entre 2000 y 2010, un 8,3 % de los municipios españoles se vio afectado por casos de corrupción. En las elecciones municipales de 2007, casi un 70 % de los candidatos implicados consiguió la reelección (Martínez, 2016).

Finalmente, es muy interesante el estudio realizado por Botella (2018), que analiza la situación en España a partir de un trabajo de campo de la Encuesta Social Europea, en su edición 2014, en el que se estudiaba el grado de confianza de los políticos.

Durante la ejecución de ese trabajo, se produjo la publicación de los Papeles Bárcenas¹²⁵. La primera tanda de entrevistados dejó establecido que la confianza en los políticos era significativamente baja (2,3 sobre 10); respecto de la segunda tanda, entrevistada después del escándalo mencionado, la confianza caía hasta una calificación de 1,8.

Lo llamativo es que ese impacto inicial se atenuaba con el paso del tiempo; la baja calificación otorgada por los entrevistados en el período subsiguiente se recuperaba progresivamente y, después de un tiempo, las respuestas obtenidas ya eran muy similares

¹²⁵ La edición periodística de notas de contabilidad redactadas por Luis Bárcenas, el tesorero del Partido Popular, en la que constaba que la dirección del partido recibía partidas de dinero procedentes de empresas beneficiarias de concesiones o de otras decisiones administrativas.

a las recogidas antes de la publicación de los papeles. Lo más curioso es que la simpatía por un partido o por otro no jugaba ningún papel en la pérdida adicional de la confianza.

Al igual que en Argentina, en España no hay desinterés o indiferencia por parte de los ciudadanos; por el contrario, se condena la corrupción, pues existe una reacción crítica ante casos graves, pero sucede que, luego de un tiempo, esta se atenúa.

No obstante, para que haya un impacto electoral, es preciso que el elector tenga a su alcance la posibilidad de votar una alternativa personal, no una lista donde se depositan y se entremezclan, tanto los representantes indeseables, como los candidatos idóneos.

La reiteración de informaciones sobre escándalos de corrupción y su impunidad, así como la constatación de la incapacidad de los mecanismos establecidos para su control pueden tener efectos deslegitimadores del conjunto del sistema. Esos efectos tal vez no generen cambios importantes a corto plazo, pero pueden acabar teniendo consecuencias sistemáticas de trascendencia, además de dar lugar a fuerzas alternativas. Es el caso del movimiento de los “indignados” en España, que causó una erosión importante en la legitimación del sistema político.

Es decir, es posible que, cuando toman estado público casos graves de corrupción, la ciudadanía reaccione a corto plazo, pero, con el correr del tiempo, ese rechazo se debilita, hasta volver a los niveles de aceptación previos. Sin embargo, cuando la corrupción se mantiene en el tiempo y cuando la sociedad así lo percibe, esto puede traer consecuencias que determinen la necesidad de generar cambios radicales.

2.6.4. NECESIDAD DE DEMOCRATIZAR LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Hasta acá, es claro que, donde hay niveles de confianza exigüos, la corrupción se fortalece. Esto conforma un círculo vicioso en los países en los que la corrupción sistemática disminuye la efectividad de las medidas anticorrupción.

Así, la corrupción produce la inestabilidad de las instituciones y provoca la merma de legitimidad política que experimentan muchos Gobiernos. Muchas veces, esta falta de confianza (o desconfianza) parte de la propia acción de los partidos políticos, que son los que, en definitiva, estructuran y seleccionan a las personas que desempeñarán los cargos más altos de las instituciones públicas.

Uno de los reclamos básicos de toda sociedad es la atención que esta debe recibir de su Gobierno. Esa atención se manifiesta a través de la satisfacción de las demandas de la comunidad política y de una mayor expectativa en el nivel de vida de los ciudadanos.

Sin embargo, en distintos países, estas demandas no se han cumplido, entre otras causas, debido a que, en las instituciones públicas, existen una serie de antivalores que les impiden funcionar y operar con eficiencia. Esta situación genera que las demandas sociales rebasen la capacidad de respuesta de los Gobiernos y que la Administración pública se perciba como lenta, ineficaz e ineficiente. Además, salen a la luz pública continuos escándalos de corrupción que desacreditan tanto la imagen del personal público como la de las instituciones públicas, y que han provocan que la ciudadanía pierda la confianza en su Gobierno (Bautista, 2010).

Concretamente, los partidos políticos, eje del sistema pluralista democrático, quiebran la confianza de los electores cuando penetran en la Administración con la formación de una burocracia paralela a la profesional (clientelismo político, nepotismo), y con la utilización partidaria de la función pública. Resulta un hecho notorio que, en forma paralela al desempeño de oficios públicos y cargos políticos, los titulares de los órganos experimentan un incremento patrimonial llamativo (Bezzi, 2017).

Si nos remitimos a los albores de los partidos políticos, se podrá apreciar que arrastran una situación que se podría definir como de crisis o de decadencia en su estructura y en sus funciones. Esta deriva, en buena parte, de las deficiencias democráticas que perviven en su estructura organizativa, así como del distanciamiento progresivo entre los propios partidos y la ciudadanía a la que intentan representar. El descrédito de los partidos viene dado desde hace más de un siglo, pero, en la actualidad, la crisis de relación y de confianza entre los partidos y la sociedad –la percepción notablemente negativa que sobre ellos muestran las encuestas de opinión– parece apuntar una decadencia del modelo partido político (Baucells - Marcet, 2018).

Como observó Alessandro Pizzorno (1992), la intermediación política en democracia debería orientarse, como norma, a descubrir las necesidades y deseos de los ciudadanos. Sin embargo, los partidos políticos han abandonado su rol de intermediarios entre la sociedad y el Gobierno, para convertirse en ámbitos de socialización de la ilegalidad, donde estos nuevos integrantes se dedican a establecer contactos con empresarios, pedir dinero, negociar y recibir sobornos.

La corrupción contaminó el sistema, las funciones desempeñadas, las capacidades específicas activadas y las motivaciones de la carrera política. Se ha establecido en muchos países una verdadera cleptocracia (del griego *clepto* –robo– y *cracia* –poder–), esto es el establecimiento y desarrollo del poder basado en el robo de capital, institucionalizando la corrupción y sus derivados, como el nepotismo y el clientelismo político.

Della Porta (2001) califica esta situación como la crisis de los partidos de masa y como el nacimiento de los políticos de negocios. El autor considera que, en general, los políticos de negocios no tienen ni preparación profesional ni formación ideológica que les permitan cumplir las tareas requeridas por la Administración pública. Tampoco cuentan con una identidad colectiva formada por medio de una comunidad de intereses. Los administradores del sector público, nombrados por el partido, consideran su puesto como una compensación por la fidelidad a un líder político determinado y como un medio para incrementar sus propios recursos económicos o los de su jefe político.

Los políticos de negocios, como no tienen aptitudes especiales para ello, suelen mostrar escasa predisposición hacia la ideología e intervienen poco en la política visible; se especializan en actuar en la sombra y dedican la mayor parte de su tiempo a las actividades ilegales: establecer contactos con los empresarios, pedir la cantidad de dinero que se necesita, negociar y recibir los sobornos. Estos sujetos insisten en el valor de la amistad, entendida como una relación interesada, basada en el intercambio de favores. De hecho, estas redes de relaciones crean la posibilidad de organizar y de concluir con éxito transacciones ilegales; al mismo tiempo, permiten protegerse ante la amenaza de una denuncia y recoger el apoyo electoral necesario para mantener su propia carrera y el sistema de partidos.

Resumiendo, los partidos políticos, en ocasiones, son agentes de socialización en la ilegalidad. El partido coloca a sus hombres en puestos de responsabilidad de los organismos públicos. Pero, a cambio, insiste en que cumplan las reglas de uso de estos cargos para la financiación política (Della Porta, 2001).

Por ello, la depuración o democratización de los partidos políticos tiene el objetivo de que estos se acerquen más a la ciudadanía, asuman su responsabilidad política ante circunstancias complejas, actúen cuando el candidato del partido defrauda la confianza depositada por los electores y, de alguna manera, den cuenta de sus acciones ante quienes

los han elegido. En suma, apunta a que dejen de ser una casta o élite oscura e impenetrable, con códigos de convivencia sórdidos, para transformarse en una institución transparente, basada en valores éticos y morales.

En este sentido, produce desconcierto la circunstancia de que, a pesar de los procesos penales por delitos relacionados con actos de corrupción que involucran a actores políticos y a miembros de partidos, no solo no se produzca la renuncia a su cargo, sino que, se los incorpore a listas electorales, por la decisión del partido al que representan.

Es cierto que, ante estas situaciones, el ordenamiento jurídico carece de herramientas para reaccionar, básicamente, por el estado de inocencia del que goza el investigado y porque los encargados de tomar las medidas adecuadas y de materializar la respuesta política son, en definitiva, las instituciones y el partido político donde el sospechoso desempeña su cargo (García Arán, 2018).

Es habitual que el funcionario público sobre el cual recae una denuncia se escude en el principio de inocencia para evadir la responsabilidad política, pero esta inocencia no se superpone con la confianza ciudadana ni la invalida. Son responsabilidades específicas de los representantes políticos y de los funcionarios públicos y tienen su fundamento primordialmente en el carácter del poder político. Su origen es la confianza de los ciudadanos, que sirve para otorgar el poder y para revocarlo cuando el funcionario no se hace merecedor de la confianza depositada en él. Así, la responsabilidad política no afecta la presunción de inocencia, la cual queda intacta a lo largo de un proceso penal, si lo hubiera (Bornia, 2017).

Como señala con gran lucidez García Arán (2018), las políticas contra la corrupción y otros comportamientos irregulares que minan el sistema democrático no pueden abordarse exclusivamente desde la perspectiva penal y sin la implicación de los actores decisivos, esto es, las instituciones afectadas y los partidos políticos. Son justamente los partidos políticos los que deben impulsar el reconocimiento de sus responsabilidades políticas por quienes ocupan cargos en cuya elección o designación han participado.

En el caso de quienes están sometidos a investigación en un proceso penal, debe ponderarse la adecuación a la necesidad de su retirada del cargo, pero sin delegarlo en una eventual regulación jurídica que obligue a ello o que impida la integración de listas electorales.

Si los partidos políticos no lo hacen, los electores deberán utilizar su voto para liberarse de los gobernantes deshonestos y de un Gobierno indeseable:

Esto que parece tan sencillo y simple no lo es, en primer lugar, para una mayoría de cargos, la votación no se produce “persona por persona”, sino en relación con conjuntos de personas, lo cual dificulta premiar o sancionar a algún representante por lo que ha hecho o ha dejado de hacer. Típicamente, dentro de la lista de candidatos por la cual votamos, puede haber personas a las que querríamos premiar y otras a las que querríamos sancionar, y también muchas que no conocemos o nos resultan indiferentes. Este hecho, distorsivo de la representación, permite que el representante “pase desapercibido” o quede inmune en las elecciones, “oculto” entre otros muchos (Gargarella, 2020).

El autor alude a este problema como una “extorsión democrática”, en la que la ciudadanía queda obligada a votar a favor de lo que repudia (búsqueda de la reelección, corrupción, violación de las reglas de juego), con el objeto de sostener aquello que defiende (una política económica, medidas de corte social). Así, debe votar por un “paquete completo”, sin posibilidad de discriminar.

A esta dificultad se suma que los gobernantes, enfocados a mantenerse en el poder y, por tanto, a ganar las elecciones siguientes, suelen utilizar los recursos de los que disponen para satisfacer al electorado, prescindiendo de los intereses generales o de los intereses de las futuras generaciones (Botella, 2018).

Si la sociedad no lo reclama seriamente, el individuo corrupto nunca se sentirá obligado a renunciar por el bien común y se autojustificará sin grandes conflictos éticos o morales, porque la ciudadanía lo acepta.

Rapárese en el caso del diputado argentino que, en plena sesión virtual de una ley nacional –durante la pandemia por el COVID-19–, apareció públicamente protagonizando una escena erótica con su pareja. Este hecho provocó todo tipo de cuestionamientos acerca de cómo elige la sociedad a sus representantes (en Argentina, el sistema de la lista “sábana” que elabora el partido político le impide al votante apartarse o excluir a los candidatos legislativos indeseables)¹²⁶. También se puso el foco sobre cómo el partido político selecciona a aquellos que se nos propone como representantes¹²⁷.

Si bien debe destacarse la reacción de su bloque al solicitar la renuncia del diputado –algo sin precedentes en el país, dada la rapidez con que se produjo–, resulta paradójica la

¹²⁶ <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-renuncia-del-diputado-ameri-acalla-escandalo-nid2463787> (consultado el 29 de septiembre de 2020).

¹²⁷ <https://www.lanacion.com.ar/politica/fascismo-bueno-fascismo-malo-nid2463997> (consultada el 29 de septiembre de 2020).

circunstancia de que, en ese momento, otros integrantes del Congreso y del Poder Ejecutivo tuvieran procesamientos confirmados por todas las instancias, a partir de hechos graves de corrupción y defraudación en perjuicio de la Administración pública. Sin embargo, ninguno de estos fue compelido, por su partido, a renunciar. Por el contrario, aun teniendo en cuenta esa situación procesal, se los incorporó para representar los intereses de la sociedad.

La contradicción descrita refleja la necesidad de los partidos políticos de realizar una democratización interna. Esta debería incluir estándares éticos altos, métodos de autocontrol por parte de los militantes y afiliados, para supervisar la conducta de sus representantes, cuidar la cosa pública, aumentar la transparencia en la gestión de los gastos e incorporar herramientas que faciliten la participación y la fiscalización de la actividad económica.

2.6.5. FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Otro de los temas centrales y más opacos de los partidos políticos es la fuente de financiación para cumplir las funciones que tienen encomendadas; pues es sabido que puede constituir una de las causas más relevantes de la corrupción.

En términos generales, los porcentajes ilícitos de financiación no tienen tanto que ver con las necesidades económicas, sino con la oportunidad de cometer el delito, porque la ambición económica prevalece, aunque el partido se encuentre saneado. En esta hipótesis, el partido puede constituirse en *broker* de la corrupción, tejiendo y disponiendo de una red de tráfico de influencias (Guardiola Lago, 2018).

Tal como sostiene la profesora Rodríguez Puerta (2018), una buena parte del fracaso del modelo de financiación de los partidos políticos, incapaz de contener la inclinación casi endémica de estos a obtener más recursos incluso fuera de los límites legales, debe atribuirse a los propios partidos políticos y a la ausencia de voluntad de sus élites de eliminar prácticas irregulares y formas de corrupción.

De ahí que resulten trascendentales las leyes que se ocupan de la financiación de los partidos políticos, puesto que deben garantizar la suficiencia económica de estos como piezas clave de la democracia, sin olvidar que la distribución de los recursos de los que

disponen las formaciones políticas debe también asegurar el carácter leal de la competencia democrática.

La debilidad de las legislaciones sobre financiación de los partidos políticos y la ausencia de controles adecuados han permitido poner también de manifiesto la incapacidad para, de una parte, evitar la financiación ilícita e irregular de los partidos, y, de otra, controlar los gastos. La financiación ilícita o corrupta únicamente puede ser detectada a través de mecanismos de supervisión adecuados.

En definitiva, la transparencia cumple una doble función: por un lado, resulta imprescindible para que el órgano supervisor pueda examinar con rigor los datos y descubrir ilegalidades o incluso vínculos o comportamientos corruptos; por el otro, garantiza que los ciudadanos puedan acceder a información útil en términos de formación de la opinión pública y electoral (Rodríguez Puerta, 2018).

Todo ello sitúa en primer plano la necesidad de la reforma democrática de los partidos políticos, que deberá incluir una reforma del proyecto de cada partido. Esto requiere, a su vez, de una modificación profunda de las formas orgánicas de estos, que incluya elevadas dosis de transparencia interna y externa. Se trata de romper con la imagen de los partidos vistos por la opinión pública como organizaciones cerradas, oligárquicas y profundamente burocratizadas, poco transparentes, para que sean valoradas como un instrumento útil al funcionamiento democrático de la sociedad (Baucells - Marcer, 2018).

Lamentablemente, hasta el momento, los partidos políticos en Argentina han sido incapaces de alcanzar un mínimo consenso en un pacto ético, que repercuta en la credibilidad y en la confianza social.

En efecto, investigaciones recientes señalan el factor confianza como causa y consecuencia de la corrupción, y destacan que la falta de confianza en los demás o en el Gobierno dificulta la adopción de una ética común y de la cooperación en una sociedad (Calleros y Escribano, 2014).

En una entrevista realizada a Sara Hernández, quien ha trabajado activamente para Poder Ciudadano (capítulo argentino de Transparencia Internacional) en la reforma contra la corrupción en el sistema político (mediante *lobbying*) y la reforma de los partidos políticos, refirió lo siguiente:

Muchos argentinos no se ponen a pensar que la corrupción gubernamental es un reflejo de sus propias normas culturales. Una reforma política no hará mella en el problema global si la corrupción en Argentina continúa siendo parte de la vida cotidiana (...) Uno de los aspectos en que trabajamos en Poder Ciudadano fue ir a las escuelas y hablarles a los chicos sobre la diferencia entre la corrupción en el gobierno y la corrupción en la escuela (como copiarse en las pruebas y otros test) (...) Argentinos de todas las edades conocen muy bien las deficiencias y defectos de su sistema político (...) Preguntaban: “¿Por qué yo estoy equivocado en copiarme en una prueba insignificante, cuando un político roba millones y nunca es perseguido?” (citado por Bour, 2012).

Como puede apreciarse, la mala imagen de los políticos y servidores públicos es perceptible hasta en las escuelas, lo cual es preocupante y nocivo, porque demuestra que el tema se encuentra enquistado hasta en los jóvenes y forma parte de la vida diaria.

Si todo el Estado es corrupto, se neutralizan las responsabilidades; si el político roba a mansalva, la pregunta es la siguiente: ¿por qué un ciudadano cualquiera no puede robar? Esto nos lleva irremediablemente a reflexionar sobre la **banalización** de los actos corruptos, que provoca un terreno fértil para sembrar más corrupción, como ha sucedido en las contrataciones públicas y, en especial, en la obra pública.

CAPÍTULO III

RELEVANCIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1. ASPECTOS RELEVANTES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1.1. DIMENSIÓN ECONÓMICA

Lo expuesto hasta el momento indica la necesidad de que el Estado lleve adelante contrataciones transparentes y honestas, fuera de toda discusión, que no se aparten de los lineamientos constitucionales o legales, y que permitan un seguimiento real de quienes tienen la función de controlar los actos de gobierno.

La relevancia de la transparencia en la actividad estatal no es decisión de un Gobierno o de un partido político; es una obligación que el Estado asumió, a partir de la incorporación de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción a nuestro sistema interno. Por ello, tanto las disposiciones atinentes a la prevención y a la represión de la corrupción como los principios de transparencia, competencia y los criterios objetivos de adopción de decisiones se tornan obligatorios.

Teniendo en cuenta lo expresado, resulta necesario destacar la importancia de la contratación pública como instrumento que utiliza el Estado para realizar los fines que le son inherentes, sobre todo en función de la magnitud de los intereses económicos involucrados, su trascendencia para el crecimiento y desarrollo económico de un país, además de su efecto multiplicador y directriz hacia el mercado interno de la economía (Rolleri, 2010).

La contratación pública tiene una dimensión económica significativa para los Estados, ya que supone movilizar los recursos económicos públicos para adquirir bienes y servicios, lo que genera fuentes de trabajo y mejoras en los servicios para el bienestar de los ciudadanos.

De ahí que la contratación pública desempeñe un papel clave en la estrategia de un país como un instrumento esencial para lograr el desarrollo de una economía competitiva con alto nivel de empleo, basada en el conocimiento, la innovación, el uso más eficaz de los recursos y la cohesión social y territorial.

Así, la inversión pública se constituye en una de las principales herramientas de las que dispone el Estado moderno para influir sobre la marcha de la economía. El Estado requiere, cada vez en mayor medida, la colaboración de los particulares en la ejecución de obras y en el suministro de bienes y servicios (Mairal, 1975).

Por esa razón, la Administración pública debe ser muy cauta y rigurosa al disponer de fondos del Estado destinados a ese fin, máxime teniendo en cuenta la importancia de la dimensión económica de la contratación pública. Nótese que, según las aproximaciones, representa más de un 16 % del PBI de la Unión Europea¹²⁸ (Malaret, 2016), aunque este número podría ser mayor de acuerdo a otras estimaciones que aseguran que un 20 % del PIB de la UE se moviliza a través de la contratación pública.

Justamente, una de las razones que explican el avance de prácticas corruptas en el sector de la contratación se encuentra en el volumen de recursos que mueven las compras públicas, puesto que la realización de obras, el suministro de bienes y la gestión de servicios que demandan las entidades públicas representan, como se dijo, una parte considerable del PBI de un país.

Los porcentajes en el volumen de gasto público destinado a la contratación pública constituyen un incentivo para que las empresas, mediante el uso de prácticas corruptas, pretendan obtener posiciones más favorables que sus competidores, y, asimismo, para que los titulares de los órganos de contratación utilicen su poder de compra en beneficio propio o de terceros (Medina Arnáiz, 2016).

Diversos estudios realizados en México afirman que la corrupción de las empresas instaladas en ese país representa el 8,5 % de los ingresos y se utiliza para hacer gastos extraoficiales, con el fin de influir en la determinación de las políticas públicas. Además, el 5,1 % se destina a sobornos administrativos¹²⁹ (Férrandez Ruiz, 2011).

Dado el impacto económico de la contratación pública y en razón del volumen de los recursos económicos que se manejan, debe evitarse de manera firme que tanto los actores del sector público como los del sector privado que intervienen en el proceso desvíen fondos públicos en su propio interés.

¹²⁸ Conforme la *Guía sobre contratación pública y competencia*, publicada por la antigua Comisión Nacional de la Competencia (2010), cit. por Malaret, 2016, p. 25.

¹²⁹ Centro de Estudios Estratégicos. Encuesta de gobernabilidad y desarrollo empresarial, EGDE, 2002.

Para que la contratación pública cumpla su cometido instrumental con eficacia, se requiere de un proceso decisorio que tenga en consideración las especificidades de los distintos momentos. Esto se consigue con la asignación de cometidos a diferentes órganos y con una publicidad adecuada de los documentos, que permita la rendición de cuentas (Malaret, 2016).

Por ello, en toda contratación del Estado, resulta esencial el respeto de los principios generales a los que debe ajustarse la Administración pública nacional, desde el inicio del proceso de contratación hasta la finalización de la ejecución del contrato. El objetivo central consiste en hacer factible una amplia e igualitaria oferta que permita a la sociedad conocer los fundamentos de las contrataciones que realiza la Administración, como también garantizar la eficacia en la utilización de los recursos públicos.

Tanto es así que el artículo 14 del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, establecido por el Decreto N° 1023/01¹³⁰, establece que los funcionarios que aprueben o gestionen las contrataciones serán responsables por los daños que su dolo, culpa o negligencia causaran al Estado nacional.

Asimismo, el artículo 3 establece una serie de principios generales a los que debe ajustarse la gestión de las contrataciones, a saber: la razonabilidad del proyecto y la eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido; la promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; la transparencia en los procedimientos, la publicidad y difusión de las actuaciones, y la igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

De manera especial, se establece en este último artículo que, 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 observancia rigurosa de los principios enunciados, los cuales analizaremos con detenimiento más adelante.

¹³⁰ Del 13 de agosto de 2001.

3.1.2. NORMATIVA EUROPEA

En las directivas del Parlamento Europeo, podemos encontrar una visión amplia sobre la dimensión económica de la contratación pública, así como sobre su importancia, el debido control y la prevención para evitar actos de corrupción.

Ciertamente, la transposición de las sucesivas generaciones de directivas en materia de contratación pública provocó un impacto positivo en la integridad de la contratación pública de algunos países europeos. Ello, en la medida que, en primer lugar, clarificó el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa contractual pública, ordenó los procedimientos de preparación y de adjudicación de los contratos públicos, incrementó la publicidad y la transparencia en la contratación, extendió la aplicación de los principios de igualdad, no discriminación y publicidad a la fase de ejecución y a los contratos excluidos del ámbito de aplicación de las directivas en razón de su objeto o de su cuantía (Aymerich Cano, 2015).

Nos referiremos concretamente a las siguientes normas: *i*) Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (“Concesiones”); *ii*) Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la que se derogó la Directiva 2004/18/CE (“Sectores clásicos”), y *iii*) Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se deroga la Directiva 2014/17/CE (“Sectores especiales”).

Estas directivas contemplan distintas medidas que deben incorporar los Estados miembros para prevenir y combatir el fenómeno de la corrupción en las adquisiciones públicas.

Las medidas son de dos tipos. Las primeras son de carácter general y aluden al propio sistema contractual presidido por los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato. El segundo tipo de medidas, que podríamos denominar de carácter específico, se dirigen a promover la probidad entre aquellos operadores económicos que quieren llegar a ser contratistas. El objetivo es reducir las posibilidades de corrupción desde la observancia de los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia.

En este sentido, las directivas sobre contratación pública imponen distintas obligaciones a los Estados miembros: (i) publicidad europea para los contratos que superen determinados umbrales económicos; (ii) transparencia en los procedimientos de contratación; (iii) equivalencia de las especificaciones técnicas; (iv) homologación de las aptitudes de los contratistas, y (v) objetividad en los criterios de adjudicación.

En todos estos supuestos, la corrupción se materializa a partir de una serie de actuaciones de distinta naturaleza que bien suponen la vulneración de la legalidad por incumplimiento de la normativa, o el quiebre de la imparcialidad, pero que, en cualquier caso, implican la adopción por parte de los servidores públicos de decisiones que se desvían del objetivo propio de la actuación administrativa, que no debiera ser otro que el interés general (Medina Arnáiz, 2016).

Así, debido a los “efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior”, se insta a los Estados miembros a establecer como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación, aplicando las directivas a los contratos públicos.

El análisis que venimos desarrollando permite mostrar, exhibir y graficar claramente que la comunidad internacional, el mundo entero, ha prestado atención, y que se encuentra alerta frente a la corrupción en la contratación pública. Por eso se han elaborado planteamientos y disposiciones legales que pretenden, en gran medida, aumentar la transparencia y la integridad de la contratación pública como mecanismo más efectivo contra la corrupción.

3.1.3. EL CUIDADO DE LOS RECURSOS DEL ESTADO

La Constitución Nacional argentina establece garantías sustanciales para los ciudadanos y los consagra como “deberes del Estado” para posibilitar y proteger el ejercicio de los derechos y libertades, y también satisfacer las necesidades de los sujetos (Dromi, 1995).

El sistema o procedimiento de selección del contratista de las obras públicas envuelve un conjunto de trámites que la Administración pública debe llevar a cabo para encontrar a la persona o a la empresa más idónea, en pos de generar los mejores costos y de asegurar la excelencia en la calidad.

Los procedimientos de contratación se instauraron para proteger los intereses económicos de las distintas Administraciones públicas y para que los administrados puedan ejercitar el derecho de igualdad de condiciones (Boquera Oliver, 1980).

Con esta finalidad, se suelen emplear diversos sistemas, y, desde hace algún tiempo, se discute cuál de ellos es el más conveniente para alcanzar ese objetivo y para evitar toda tergiversación que pueda perjudicar al erario.

Ello es así porque en la contratación del Estado se entremezclan ciertas finalidades, como la rapidez, el precio y la financiación, la necesidad de elegir al más apto para tal fin y, principalmente, de evitar toda sospecha de ilegalidad en la contratación.

Está claro que ningún sistema que se utilice puede asegurar que no se llevarán a cabo incorrecciones éticas, abusos, arbitrariedades o actos de corrupción por parte de los funcionarios que intervengan en el manejo de los procedimientos administrativos. El sistema jurídico no alcanza para evitar que estos hechos ocurran y no existe en la actualidad un régimen que garantice decencia y ética en la función pública.

Son los funcionarios y los particulares quienes deben cuidar, cultivar y fomentar que no se quebrante el régimen con actos sombríos. Existe una obligación moral del empleado público, del funcionario y de los altos mandatarios, tendiente a que no se vea menoscabada o puesta en duda su integridad en este tipo de contratos.

Los contratos públicos son parte cotidiana del quehacer estatal. De la celebración de los contratos depende la consecución de bienes o servicios para satisfacer las demandas sociales. Mientras el Estado debiera perseguir el logro del interés público, del lado de los contratistas se proyecta la satisfacción de un interés basado en el lucro. Esta secuencia es un caldo de cultivo para que la corrupción adopte múltiples formas; así, la posible corrupción en los sujetos de control, la del sistema judicial o la misma corrupción de la ley son ejemplos claros del flagelo (Campos Monge, 2007).

En lo cotidiano, se realiza una gestión pública alejada de los intereses de la sociedad, olvidando que la Administración pública debe actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (Jareño Leal, 2017).

Lamentablemente, mientras las prácticas políticas no se modifiquen, y mientras los puestos públicos no sean la victoria del nuevo Gobierno, el procedimiento de contratación

estatal será observado no como un recurso noble para la sociedad, sino como la fuente para obtener beneficios económicos ilegales.

Esto es justamente lo que viene sucediendo desde hace décadas con la obra pública en nuestro país. Las sumas de dinero involucradas en los contratos de obra pública y la fragilidad, la permeabilidad y las facilidades que presentan los procedimientos de contratación crean un terreno apto para prácticas corruptas, lo que obliga a producir cambios urgentes en la materia, si no se quiere continuar dañando los recursos del Estado.

A continuación, nos abocaremos específicamente a analizar la normativa que regula la obra pública en nuestro país, como una de las tantas formas de contratar con el Estado¹³¹. Luego, profundizaremos sobre los principios básicos de cualquier contratación con el Estado.

3.2. MARCO REGULATORIO. LEY 13.064

3.2.1. OBRA PÚBLICA

Siguiendo a Dromi (1995), puede conceptualizarse la obra pública según tres aspectos: uno objetivo, uno subjetivo y uno finalista. Desde el punto de vista objetivo, quedan comprendidos dentro de la noción todos los bienes muebles, inmuebles y objetos inmateriales. El punto de vista subjetivo guarda vinculación con el sujeto a quien pertenece la obra pública; puede ser una persona pública estatal o no estatal. Subjetivamente, no solo el Estado (nacional, provincial, municipal o las entidades descentralizadas) es el propietario, sino que también pueden serlo los entes públicos no estatales, siempre que tengan atribuciones o competencias públicas delegadas por mandato estatal expreso. Y, por último, desde el punto de vista finalista o teleológico, la obra es pública si está destinada a la satisfacción de un interés general o colectivo.

¹³¹ En el análisis de todo proceso que involucre una compra, una adquisición o una contratación pública por parte de la Administración pública nacional, debe verificarse el fiel cumplimiento de la siguiente normativa: *i*) Ley 13.064 (en el caso de contratos referidos a obra pública); *ii*) Ley 19.549 (Procedimiento Administrativo) y su reglamento (Decreto PEN 1759/72 con las modificaciones introducidas por el Decreto 1883/1991); *iii*) Ley 24.156 (Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional) y su reglamento: Decreto PEN 1344/2007; *iv*) Ley 25.188: Ética en el Ejercicio de la Función Pública y su reglamento: Decreto PEN 164/1999; *v*) Decreto PEN 1023/2001 (Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional) y su reglamento: Decreto PEN 1030/2016 (Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional).

En síntesis, la obra pública se define como un bien (cosa mueble o inmueble, objetos materiales) que pertenece a una entidad pública –estatal o no estatal– y que tiene la finalidad de satisfacer un interés colectivo o general.

Es interesante detenernos en esta última cuestión –el interés colectivo o general– porque, a nuestro entender, constituye la esencia de la obra pública. Al interés público o general deberían aspirar los actos de los gobernantes honestos, pues se trata de los intereses genuinos de la sociedad, los de todos los ciudadanos.

Aunque es una obviedad, conviene recordar que, cuando se ocupan cargos de relevancia pública, el objetivo principal que debe prevalecer es el de mejorar las condiciones de vida de la sociedad, conseguir progresos que beneficien al ciudadano, dejando de lado los fines personalistas o particulares, o los del grupo de pertenencia.

El interés general es sinónimo de interés público, interés social, interés colectivo, utilidad social o bien común. La Administración tiene como misión alcanzar esas metas, pero debe hacerlo dentro de los límites de la ley, sin intentar burlarla, menoscabarla o subvertirla a favor de los designios particulares.

3.2.1.1. Alcance de la Ley 13.064

La Ley de Obra Pública (LOP), de 1947, establece el marco regulatorio que debe regir toda obra pública en Argentina, entendida como toda construcción, trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación¹³².

Se establecen dos elementos para que se aplique esta ley: *i*) la realización de una construcción, trabajo o servicio de industria, y *ii*) que las acciones descriptas se ejecuten con fondos del Tesoro nacional.

Con la finalidad de precisar el alcance de las expresiones “construcción”, “trabajo” y “servicio de industria”, y de delimitar el concepto de “obra pública”, el Decreto 19.324/1949, en su artículo 1º, enumera los emprendimientos comprendidos en tales conceptos, a saber: *i*) construcciones: obras viales, portuenses, diques, edificios, construcciones especiales para obras y servicios públicos, etc.; *ii*) trabajos: obras de

¹³² Artículo 1º de la Ley 13.064.

ampliación, reparación y/o conservación de bienes inmuebles y dragado, balizamiento, etc.; iii) servicio de industria: organización e instalación de servicios industriales –talleres, fábricas, usinas– (Druetta - Guglielminetti, 2013).

La reglamentación del artículo 1° de la LOP reafirma una concepción amplia y abarcadora de la mayor cantidad de supuestos correlacionados con los vocablos antes aludidos, mediante una enumeración no taxativa.

3.2.1.2. Fondos del Tesoro nacional

Un tema que ha traído cierta controversia es a qué se refiere la ley cuando menciona los fondos del Tesoro nacional.

Según la doctrina, el sentido que cabe darle a la expresión “fondos del Tesoro de la Nación” es producto de la actuación del comitente –sea que pertenezca a la Administración nacional centralizada o descentralizada, o a otros entes ajenos a ella–, que actúa por cuenta y orden del Estado nacional. En definitiva, si el Estado, actuando por sí o por delegación, realiza la inversión en construcciones, trabajos o servicios de industria que se costean con cargo a las rentas de la Nación (Druetta - Guglielminetti, 2013), se tratará de una obra pública y, por lo tanto, deberá aplicarse esta normativa indefectiblemente.

El concepto “fondos del Tesoro de la nación” ha sido interpretado con un criterio amplio, incluyendo también los fondos de fideicomisos públicos –contratos en virtud de los cuales la Administración, con el fin de satisfacer necesidades de interés público, y previa autorización legal, en carácter de fiduciante, transmite la propiedad fiduciaria de fondos públicos o de bienes de dominio privado del Estado al fiduciario, que se obliga a realizar el encargo que instituye el objeto del contrato–. La Administración acude a este instrumento con el fin de preservar la ejecución del proyecto mediante la creación de un patrimonio separado con afectación especial, libre de contingencias presupuestarias.

3.2.1.3. Competencia

Según lo expuesto, una interpretación acorde con la disposición permite afirmar que lo que define la aplicación de la ley nacional es de dónde emanan los fondos. Si los fondos

proviene del Estado nacional, deberá aplicarse inexorablemente esta normativa; por el contrario, si los fondos provienen de entidades provinciales o municipales, deberán aplicarse las respectivas normativas internas, en caso de que se cuente con una ley específica.

El legislador no limitó su aplicación al lugar donde se desarrolla la obra o la construcción, ni tampoco al tipo de obra que se realice (puente, ruta, cantera, etc.), sino que el ámbito de aplicación de la norma está ligado a la naturaleza de los fondos con los que se costea el trabajo. Y esto es relevante, pues en muchas ocasiones se fuerza el sentido literal y gramatical de la norma para justificar la aplicación de una normativa provincial que deja espacio a los abusos, la falta de publicidad, las irregularidades o las arbitrariedades.

De ahí que la Procuración del Tesoro Nacional (PTN) sea muy enfática al afirmar que, cuando la LOP define las obras públicas nacionales como aquellas ejecutadas con “fondos del Tesoro de la nación”, comprende los fondos del presupuesto de la Administración centralizada, incluidas las entidades autárquicas y las empresas del Estado¹³³.

En este mismo sentido, también ha establecido que:

Iniciado el debate respecto de las obras, determinación ésta fundamental a fin de precisar la norma aplicable al caso concreto, y habiéndose estimado que aquéllos son públicos, la consecuencia no podía ser más que una: la ley aplicable no es la provincial como especifica el Pliego, sino la Ley Nacional de Obras Públicas 13.064 y demás normas complementarias¹³⁴.

Más extensamente, sostuvo la PTN:

Lo que define al contrato de obra pública a los efectos de la aplicación de la ley 13.064 según su art. 1 es que la obra se ejecute con ‘fondos del Tesoro de la Nación’... (aunque el Pliego diga lo contrario)¹³⁵.

El principio general es que todas las obras públicas ejecutadas por el Estado, sea por sus dependencias centralizadas o por las descentralizadas o autárquicas, incluidas empresas del Estado, están comprendidas dentro del artículo 1° de la ley 13.064¹³⁶, con independencia de que tengan o no por finalidad inmediata un interés público concreto¹³⁷.

Por consiguiente, cuando la Administración nacional o provincial contrata y se emplean fondos del Tesoro nacional, puede afirmarse que, tratándose de una locación de obra,

¹³³ Dictámenes 170:16, especialmente pág. 22, tercer párrafo.

¹³⁴ Dictámenes 180:9.

¹³⁵ Dictámenes 178:77, del 11/08/1986.

¹³⁶ Dictámenes 92:74.

¹³⁷ Dictámenes 103:155.

dicho contrato será necesariamente un contrato de obra pública, conforme el art. 1° de la LOP y debe regir esta normativa.

3.2.1.4. La licitación pública como forma de contratar con el Estado

3.2.1.4.1. *Aspectos generales*

Uno de los mecanismos más frecuentemente utilizados para las contrataciones con el Estado es la licitación pública, que consiste en un procedimiento por el cual la Administración determina quiénes están en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia para poder prestar servicios públicos o realizar obras.

En términos ideales, la licitación pública cumple el rol de asegurar, por un lado, las mejores condiciones en cuanto al precio y calidad, y, por el otro, de preservar la ética administrativa en el procedimiento, que se concreta cuando, por ejemplo, se brinda amplia difusión a la licitación para asegurar la máxima concurrencia entre los oferentes.

Precisamente, el rasgo típico de la licitación pública es la posibilidad de que concurren a ella un número ilimitado de oferentes o licitadores, los cuales, en condiciones de igualdad, deberán esforzarse por ofrecer el precio más ventajoso para la Administración. Su fundamento es evitar el favoritismo político y otorgar igualdad de oportunidades¹³⁸, así como excluir de la Administración pública los comportamientos indecorosos de los funcionarios.

Por ese motivo, se afirma que la licitación pública es una garantía para los particulares y para los administrados honestos que desean contratar, y que, a la vez, tiende a mantener la igualdad entre los administrados en sus relaciones con la Administración pública, evitando favoritismos en beneficio de uno y en perjuicio de otros.

La historia nos lleva a recordar que la licitación pública ha estado vinculada políticamente a los reclamos planteados por los llamados movimientos radicales de fines del siglo pasado y, particularmente en los EE. UU., a reivindicaciones de honestidad en los manejos de los negocios públicos y electorales. También se la ha relacionado con los

¹³⁸ CnCiv., Sala D, 14/2/75 “Paraná Soc. en Com. por Accs. C. Municipalidad de la Capital”, LL, 1975 – B – 792).

reclamos de publicidad de los actos estatales, con el fin de asegurar un control social más eficaz sobre los actos de los gobernantes, funcionarios, administrativos (Ulla, 1980).

Hasta el advenimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el procedimiento de la licitación pública era una materia reglada con solo algunas normas básicas en la legislación, pero la regulación provenía, en gran parte, de las propias bases de la licitación, hechas por la misma Administración licitante. Más allá de que es frecuente que se siga acudiendo a estas prácticas, lo cierto es que la ley brinda una mayor seguridad para los oferentes y para la Administración (Gordillo, 2014). Al decir de Bercaitz (1952), “sirve al buen funcionario para cubrirlo de la maledicencia y sirve contra el mal funcionario para impedir manejos dolosos”.

Las ventajas de la licitación pública, de aplicarse de manera correcta, están a la vista; a saber: *i*) obstaculiza maniobras dolosas en perjuicio de la Administración pública; *ii*) permite un mayor control de los particulares; *iii*) cuida que no se altere el principio de igualdad entre las partes, y *iv*) otorga a la Administración la posibilidad de obtener las mejores condiciones en cuanto a precio y calidad.

No obstante, aunque se sigan todos y cada uno de los pasos o fases del procedimiento de la licitación pública, este nunca está exento de que se cometan ilegalidades. Como ampliaremos más adelante, es usual observar que las prácticas corruptas –sobornos, dádivas, colusiones, uso de influencias– pueden surgir en cualquiera de las fases del procedimiento de licitación.

Esta advertencia pretende dejar en claro que la licitación pública no elimina todo tipo de trampas. En efecto, la licitación pública no garantiza el trabajo honesto del funcionario, ni elimina la existencia de pactos espurios entre los servidores públicos y los particulares en el procedimiento de contratación con el Estado.

Y ello es así porque es sabido que los recaudos que se adopten pueden ser fácilmente sorteados, máxime cuando la corrupción es endémica, es decir, cuando existe un sistema estratégicamente diseñado, elaborado y concebido por quienes llevan adelante este tipo de contratación pública.

Tampoco pueden evitarse las maniobras dolosas ni los acuerdos espurios entre los oferentes en perjuicio de la Administración pública, por lo que, en muchas ocasiones, es quimérico asegurar la libre competencia.

El hecho de que la adjudicación venga condicionada por un acuerdo previo adoptado en función de una dádiva o en atención a ciertos intereses personales adultera el procedimiento de selección del contratista, dado que prescinde de la objetividad necesaria en toda adjudicación contractual.

Esta falta de objetividad es la que nos lleva a pensar que el contrato no será adjudicado a quien haga la oferta económicamente más ventajosa, sino a quien resulte más hábil a la hora de utilizar estos canales y prácticas corruptas (Medina Arnáiz, 2015).

En ese sentido, la Administración debe bregar seriamente para que se seleccione al contratista que ofrezca la mayor garantía de que se realicen todos los controles instrumentales, pero que, al mismo tiempo, brinde el mayor beneficio y el máximo de eficacia posible, sin mengua de los principios elementales que rigen la licitación pública.

3.2.1.4.2. *Definición jurídica de licitación pública*

Realizada esta salvedad, nos introduciremos en la conceptualización de lo que implica la licitación pública. Así, en un sentido puro, se la ha definido como el procedimiento que la Administración, por regla general, debe seguir para seleccionar a sus contratistas. La licitación pública consiste en una invitación formulada públicamente y dirigida a todos los posibles interesados para que presenten ofertas, seguida por una etapa de evaluación en la cual la Administración elige aquella que considera más conveniente, a cuyo presentante adjudica el contrato (Mairal, 1975).

De modo similar, se ha sostenido que la licitación pública es el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público, en ejercicio de la función administrativa, invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente (Dromi, 1995).

Para Gordillo (2014), la licitación pública es un procedimiento administrativo cuya finalidad es seleccionar al sujeto de derecho con quien se celebrará un contrato; constituye un pedido de ofertas efectuado en forma general al público o a cualquier empresa inscripta en el registro creado al efecto.

La jurisprudencia, en términos similares, la ha calificado como un procedimiento legal y técnico en el que se invita a los interesados para que, conforme a las bases preparadas al efecto, denominadas “pliego de condiciones”, formulen propuestas de entre las cuales se elige y se acepta la más ventajosa¹³⁹.

3.2.1.4.3. *La oferta más conveniente*

De esta manera, la Administración selecciona o elige la oferta más conveniente o ventajosa. Para Marienhoff (1983), esa ventaja o conveniencia solo viene dada por el precio más bajo. Así, entiende que la licitación pública consiste en un procedimiento de selección del contratante de la Administración pública que, sobre la base de una justificación de idoneidad moral, técnica y financiera previa, tiende a establecer qué persona o entidad es la que ofrece el precio más conveniente para la Administración pública.

El autor sostiene que la licitación se dirige fundamentalmente, entonces, a establecer qué persona o entidad ofrece el precio más conveniente para realizar la prestación especificada en el pliego de condiciones. Por eso se afirma que el procedimiento de licitación como medio para elegir al contratista es un sistema automático, por cuanto el contrato debe adjudicársele a quien ofreció el mejor precio.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, debe inexorablemente realizarse no solo una ponderación del precio más conveniente, sino también, tal como lo postula la Procuración del Tesoro de la Nación, una motivación más cuidadosa y precisa en el acto respectivo¹⁴⁰.

En este mismo sentido, se afirmó que: “la apreciación de la oferta más conveniente es una facultad que, si bien es discrecional en manera alguna puede quedar exenta del sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos”¹⁴¹.

Es cierto que el artículo 18 de la LOP prevé que la adjudicación “recaerá sobre la [oferta] más conveniente”, pero también es cierto que la oferta más conveniente no es

¹³⁹ Cám. Civ. Cap., “D’Onofrio Nicolás v. Jockey Club de la Ciudad de Buenos Aires” (JA, 1970-7-498).

¹⁴⁰ PTN, Dictámenes 146: 451.

¹⁴¹ PTN, Dictámenes 114:124.

necesariamente la de menor precio, ya que, en la apreciación de las ventajas de una oferta, pueden jugar otros factores ajenos al costo. Es decir, puede ser aconsejable la adjudicación en favor de una oferta de mayor precio, pero que reúne las mejores condiciones, esto es, la más conveniente.

El factor fundamental que hace menos ventajosa la oferta de más bajo precio es la capacidad técnica o financiera deficiente, en relación con la índole y la magnitud del trabajo que se le encomienda a la empresa (Gordillo, 2014).

En síntesis, la Administración está obligada a adjudicar la obra a la oferta más conveniente, no a la más barata o la de mejor canon. Y, para ello, la decisión que se adopte debe ser razonable y debidamente fundada.

Esto último debe tenerse muy presente porque es usual que, a pesar de la falta de capacidad de contratación, solvencia e idoneidad técnica de la empresa, no solo se le siga permitiendo participar en licitaciones públicas –en las que no aporta el correspondiente certificado de adjudicación expedido por el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas–, sino que también se le adjudique una y otra obra sin realizar el más mínimo análisis de razonabilidad.

Esto, por supuesto, deriva en consecuencias nefastas y en perjuicios para el Estado y para la sociedad.

De lo expuesto se evidencia que no solo debe ponderarse el precio; además, debe efectuarse un análisis de razonabilidad mediante el cual se rechacen aquellas ofertas provenientes de empresas que no superen el baremo de capacidad de contratación técnica suficiente, o de experiencia exigida.

3.3. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA LICITACIÓN PÚBLICA

Las licitaciones que realizan todas las Administraciones deben ajustarse a los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad para cumplir con el interés público comprometido.

Justamente, con el fin de prevenir manejos irregulares que permitan la comisión de actos de corrupción, la doctrina ensaya esta serie de principios que deben guiar toda licitación

pública y que también fueron adoptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁴² en diversos pronunciamientos.

La libre competencia, la igualdad entre los oferentes, la publicidad y la transparencia son preceptos rectores y primordiales en toda contratación del Estado porque el procedimiento de la licitación pública se encuentra imbuido de esos caracteres¹⁴³.

Cada uno de estos principios encuentra su reflejo nominal en alguna de las normas que rigen el sistema. En este aspecto, la Procuración del Tesoro de la Nación viene expresando desde hace mucho tiempo:

La obtención de la propuesta más conveniente es la finalidad esencial que se persigue con el procedimiento de la licitación, cuya validez se halla condicionada a la observancia de dos principios fundamentales: la absoluta igualdad entre los licitantes y el cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones¹⁴⁴.

Estas máximas, a las que adherimos, se erigen en principios universales que debe seguir toda contratación pública, tanto en Argentina como en el mundo. Es decir, se imponen como un baremo objetivo del cual ninguna Administración debiera apartarse, si no se quiere incurrir en arbitrariedades ni acrecentar los riesgos de la corrupción.

A modo de ejemplo, el artículo 1º de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público de España señala:

1. La presente ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Por su parte, el artículo 132 establece:

i) Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio, y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta. ii) La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.

¹⁴² Fallos 314:899 (considerando 7º).

¹⁴³ PTN, Dictámenes, 82:278; 199:119.

¹⁴⁴ Dictámenes, 70:273.

Más adelante se exhibirán con detalle las irregularidades más usuales en las licitaciones públicas, de modo que el lector pueda apreciar la discrecionalidad con que este tipo de contrataciones se llevan a cabo, así como las facilidades que brinda el sistema, incluso la ley, para vencer las barreras que imponen los principios mencionados. También verificaremos lo dificultoso que resulta prevenir y detectar estas violaciones, sobre todo cuando, desde los cargos más altos del Estado nacional, se instaura un sistema diseñado para ese fin.

Si la licitación pública está instituida con el fin de tutelar de modo inmediato el interés general y de garantizar seriedad e imparcialidad, deben respetarse los principios rectores de toda licitación. Esto, además, permite salvaguardar la transparencia de las decisiones gubernamentales.

Como bien señala Gordillo (2014), lo fundamental no es el cumplimiento de la forma, sino el cumplimiento de la sustancia: publicidad adecuada, máxima concurrencia de ofertas, mejor comparación, precio y oferta más conveniente, equilibrio contractual, precios razonables de mercado, control público. Todo ello sin olvidar el orden jerárquico de las normas y los principios jurídicos (v. gr. constitucional y supraconstitucional de razonabilidad) y los principios de publicidad o transparencia, equidad y eficiencia que impone la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Recordemos que esta convención hace referencia a tres principios de carácter supralegal y supranacional que deben satisfacerse en el procedimiento de contratación: uno se refiere al procedimiento formal, que debe ser público y transparente, y dos de ellos versan sobre el resultado material obtenido, que debe ser justo, equitativo y eficiente.

A continuación, procederemos a analizar en qué consisten los principios rectores que deben respetarse en toda licitación pública.

3.3.1. LIBRE CONCURRENCIA

La base ético-jurídica de la licitación radica en que haga una oferta todo aquel que, hallándose en condiciones legales, desee presentarse formulando su proposición, para que la Administración pública elija al contratista que ofrezca condiciones más ventajosas. Esa es la razón que explica y justifica la expresada “conurrencia” u “oposición”, pues lo ideal

es que a una licitación se presente el mayor número de licitadores u oferentes (Marienhoff, 1983).

Cassagne (1999) estima que, al “promover la concurrencia del mayor número de ofertas la Administración persigue la obtención de un menor precio (principio de eficiencia) o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública (principio de eficacia)”. No obstante, señala, esto “no impide la observancia armónica de los principios de informalismo e igualdad”.

De esta manera, el principio jurídico de la concurrencia o no discriminación afianza la posibilidad de competencia y oposición entre los interesados en la futura contratación. El fin último de obtener la mejor oferta se logra cuando no se sacrifica la mayor competencia o concurrencia posible, procurando suplir o hacer suplir toda deficiencia formal que disminuya tal concurrencia (Gordillo, 2014).

Por la trascendencia que poseen la concurrencia y la competencia en la contratación administrativa, el artículo 3º, inc. b) del Decr. 1023/01 no solo eleva al nivel de principios generales a que deberá subordinarse con la mayor rigurosidad la gestión de las contrataciones, sino que obliga a la Administración a promoverlas o fomentarlas. Este compromiso de fomentar la concurrencia y competencia entre los operadores económicos se vincula con el mandato impuesto a los funcionarios en el art. 42 de la *CN* de “defender la competencia contra toda forma de distorsión de mercados...”. Es obvio que, sin la concurrencia honesta, libre e independiente de los oferentes, no hay competencia leal y efectiva posible (Druetta, 2021).

Entonces, la Administración debe procurar recibir el mayor número posible de ofertas para obtener una mejor comparación de ofertas y para tomar la decisión que resulte más oportuna y conveniente.

Esto implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso a este procedimiento, así como la de vedar la posibilidad de incluir en los pliegos de bases y condiciones cláusulas de carácter limitativo y restrictivo, pues conspiran contra la obtención de la más amplia oportunidad de participación (Dromi, 1995).

Los pliegos y la práctica licitatoria en nuestro país y en el mundo deberían privilegiar, como principio fundamental de la licitación, la concurrencia o competencia entre los

oferentes. Lo que se postula, concretamente, es la participación de la mayor cantidad de oferentes para que las posibilidades de comparación sean más amplias.

Para Druetta (2021), la aplicación efectiva de principios fundamentales de la contratación administrativa garantiza que, en el cauce de la licitación, se verifique una real hipótesis de coexistencia de intereses contrapuestos entre los oferentes propios de la competencia real. La oferta más conveniente a los intereses de la Administración no se extrae ni de la mera concurrencia ni de la decisión unilateral de la Administración cuando adjudica y elige la mejor oferta, sino de la existencia de competencia real y efectiva entre los agentes económicos participantes de la licitación.

Según el autor, por ese motivo, “la constitución de un cártel con el propósito de eliminar o simular la competencia real o incurrir en fraude licitatorio importa la frustración de aquel procedimiento de selección de la oferta más conveniente como un medio de obtener la mejor prestación a un precio de mercado o competitivo”. De la negación de la competencia entre oferentes se arriba a un precio artificial, abusivo, y se impide que la Administración obtenga frutos de la competencia efectiva o real.

3.3.2. IGUALDAD ENTRE OFERENTES

La igualdad de trato entre todos los posibles oferentes es un principio complementario del anterior. Dentro de la licitación, tiene la finalidad de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y de los derechos como contratistas, oferentes o particulares.

Asimismo, constituye una garantía para la Administración, en cuanto permite una mejor selección del contratista. Todo esto hace a la misma esencia de la licitación. El principio tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia efectiva entre los operadores económicos que participan de un contrato público, de modo que se garantice que no exista riesgo alguno de favoritismo o de arbitrariedad por parte del poder adjudicador respecto de ciertos operadores o de determinadas ofertas.

Lo que se pretende es evitar y eliminar aquellas situaciones que pueden comprometer el ejercicio imparcial y objetivo de sus funciones.

En Argentina, su fundamento emana del artículo 16 de la Constitución. Tanto es así que la Procuración del Tesoro Nacional ha sostenido:

Siendo la igualdad de todos los oferentes un principio esencial que rige el procedimiento de la contratación, desde el llamado a licitación hasta la adjudicación o formalización del contrato respectivo, resulta violatoria del art. 16 de la Constitución Nacional toda actitud o comportamiento discriminatorio que beneficie a un licitador y que no haya sido simultáneamente efectuado o dispuesto en beneficio de los demás¹⁴⁵.

A partir de este principio rector, el ente licitante no puede establecer cláusulas discriminatorias ni beneficiar con su comportamiento a uno de los licitadores en perjuicio de los demás (Dromi, 1995). La Corte Suprema de Justicia tiene dicho que viola el principio de igualdad toda actitud o comportamiento discriminatorio que beneficie a un licitador y que no haya sido dispuesto en beneficio del resto¹⁴⁶.

La igualdad exige que, desde el inicio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato o hasta su formalización, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, cuenten con las mismas facilidades y hagan sus ofertas sobre bases idénticas.

Por lo tanto: *i*) la adjudicación o la formalización del contrato respectivo han de hacerse exacta y precisamente sobre las bases que determinaron la adjudicación, sin que se pueda modificar después condición o modalidad alguna de la oferta aceptada, y *ii*) todo comportamiento o toda decisión de la Administración pública efectuados o dispuestos en beneficio de un licitador, que simultáneamente no hayan sido realizados en beneficio de los otros licitadores u oferentes, quiebran la igualdad que debe regir en la licitación (Marienhoff, 1983).

De ahí que, en los pliegos de bases y condiciones, no pueda haber cláusulas que condicionen, discriminen ni beneficien a uno de los oferentes en perjuicio del resto. Esto se traduce en que, ante cada cambio o modificación de la esencia del llamado, todos deberán tener las mismas posibilidades de conocer esa circunstancia.

La efectiva puesta en práctica de este principio en los procedimientos licitatorios se evidencia cuando el órgano licitante, ubica en un plano igualitario o equivalente a los interesados en contratar (Druetta, 2021)

¹⁴⁵ Dictámenes, 116:170.

¹⁴⁶ Fallos, 179:272.

Como ya dijimos, con miras a salvaguardar el interés general al que debe subordinar la Administración su comportamiento, en el caso de múltiples ofertas, no bastará con decir que se siguió el procedimiento y que se adjudicó al mejor postor, sino que será necesario demostrar que el objeto es necesario y que el precio por el que se contrata es razonable, en comparación con los precios del mercado (Gordillo, 1975). De esta manera, se intenta descartar todo sobreprecio superior al del mercado, tema que será abordado con mayor detenimiento más adelante.

3.3.3. PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

El principio de la publicidad que emana de los artículos 1º y 36 de la Constitución Nacional hace referencia a la posibilidad de los interesados de acceder a la información acerca de la licitación en cuestión, tanto en lo relacionado con el llamado a licitación en sí (aspecto en el cual la difusión es fundamental) como en lo que hace al trámite posterior a la apertura de los sobres, que no puede conducirse de manera clandestina, ni menos oculta, a los ojos de los oferentes (Mairal, 1975).

En este sentido, para Druetta (2021), la instalación de este principio tiende a garantizar que el procedimiento del contratista o proveedor sea traslúcido en todas sus etapas, sin que existan, en el transcurso de la convocatoria y ulterior proceso de valoración de las ofertas y celebración del contrato, zonas opacas oscuras que quiebren la credibilidad de la actuación del órgano licitante.

Así, la publicidad del llamado a licitación se constituye en un principio fundamental del procedimiento, ya que es el modo en el que el licitante va a comunicar al conjunto de la sociedad y a los posibles oferentes la convocatoria a presentar ofertas.

Para que la oposición o concurrencia no se vea menoscabada, es indispensable que la sociedad y los posibles oferentes o licitadores tomen cabal conocimiento del llamado a licitación con el tiempo suficiente para estudiar el proyecto, preparar la documentación necesaria y poder presentarse a realizar la mejor oferta.

Justamente, la publicidad de los actos tiende a demostrar que todo se realizará correctamente. El incumplimiento de este requisito de publicidad –o su cumplimiento irregular– constituye un vicio de forma que quebranta el principio o requisito de igualdad en la licitación (Marienhoff, 1983).

Sobre el particular, la Procuración del Tesoro ha sostenido que el incumplimiento de la publicación de los avisos por el plazo fijado, al importar una transgresión de las formas sustanciales que aseguran la seriedad y la eficacia de la licitación, afecta la nulidad del acto realizado¹⁴⁷.

Para Gordillo (2014), la publicidad y la transparencia son actos que abren la puerta para permitir la crítica pública, la participación ciudadana y el control judicial, y nada de ello puede hacerse eficazmente si no se conoce lo que la Administración se apresta a contratar.

En este aspecto, la transparencia es clave en la Administración pública y, en particular, en las contrataciones. Las instituciones tienen una responsabilidad legal y moral de informar periódicamente sobre sus actuaciones. El principio esencial que debe mantenerse es que el negocio público sea transparente (Campos Monge, 2007).

Lo expuesto permite inferir que, si se quiere evitar las arbitrariedades e ilegalidades, se deben adoptar medidas serias para garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores.

En definitiva, deberían evitar las prácticas que tiendan: *i*) a la limitación de la competencia sin causas justificadas; *ii*) a las modificaciones de obras o ampliaciones, sin llamar a licitación pública; *iii*) a las especificaciones técnicas hechas a medida para licitadores o empresas concretas; *iv*) al incumplimiento de requisitos de información y publicidad; *v*) a los pliegos realizados a medida del oferente, *vi*) a la carencia de controles en la selección y adjudicación; *vii*) a rebajar la calidad en las prestaciones; *viii*) a la realización de pagos por trabajos no ejecutados, *ix*) al acortamiento de plazos para la publicidad y para efectuar el pago del contrato.

El principio de transparencia en la actuación administrativa y el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control (Dromi, 1995) no debieran tolerar las prácticas ilegales señaladas.

El principio de publicidad se cumple, básicamente, cuando el negocio en sí es puesto en conocimiento de la colectividad (empresarios o potenciales oferentes): cuando se publica, ya sea en el *Boletín Oficial* (es la regla) o en diarios de mayor circulación nacional.

¹⁴⁷ Dictámenes, 79:179.

Cuanta más publicidad y más transparencia, más solemnes serán los actos y mayor será la competencia; en consecuencia, mejores serán los precios y la calidad que se ofrecen.

3.4. PASOS LEGALES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

Como hemos explicado, la norma federal señala ciertos recaudos o requisitos que deben respetarse estrictamente, así como las facultades y obligaciones que deben cumplirse. Dado que el modo más frecuente para contratar es la licitación pública y que el texto legal analizado así lo requiere cuando los montos sean elevados, el presente análisis se hará desde esa perspectiva.

Como ya hemos adelantado, este procedimiento es esencial para la contratación con la Administración pública y es un requisito insoslayable de la LOP y del Reglamento de Contrataciones del Estado. Es más, hay autores que consideran que la propia Constitución Nacional lo exigiría como principio, ya que encuentran esta obligación en el Preámbulo, en los artículos 16, 42, 2° párrafo, en la Convención Interamericana contra la Corrupción y en las leyes de ética, contabilidad y obras públicas (Gordillo, 2014).

A continuación, repasaremos las etapas que ineludiblemente deben llevarse a cabo para cumplir con los recaudos establecidos por la LOP.

3.4.1. ANTES DE LA LICITACIÓN

El artículo 4 de la LOP establece que, antes de “sacar” la obra pública, se requerirá: *i*) la aprobación del proyecto, que es definido como el conjunto de elementos gráficos y escritos que establecen con precisión el carácter y la finalidad de la obra (Mo, 1982), *ii*) el presupuesto, que expresa el costo que la Administración está dispuesta a afrontar con sujeción al gasto autorizado legalmente previsto por los organismos pertinentes.

Esto implica que el licitante deberá contar con crédito presupuestario suficiente, es decir, autorización legislativa genérica para gastar e invertir, que deberá estar contemplada en el presupuesto anual.

Bajo ningún punto de vista se podrá llamar a licitación, ni podrán adjudicarse obras, ni efectuarse inversiones que no tengan crédito legal¹⁴⁸, esto es, la habilitación, concedida por el Poder Legislativo en favor de la Administración, para contratar una obra determinada, de conformidad con la autorización del Congreso para erogar fondos públicos que contiene la Ley de Presupuesto.

El crédito legal debe existir en el momento del llamado a licitación. Este último no puede convalidarse si el respectivo crédito se autoriza posteriormente. El crédito autorizado es requisito esencial del llamado a licitación, y no podría aprobarse el acto de manera tardía, pues la norma establece de modo expreso que debe contarse previamente con la autorización para gastar. De otra forma, se transgrediría el principio legal y, por ende, resultaría viciado el acto del llamado a licitación (Dromi, 1995).

La jurisprudencia tiene dicho que el llamado a licitación que no esté previsto presupuestariamente configura un acto ilícito que contraría las reglas sobre el manejo de fondos públicos. Constituye un acto inmotivado –y nulo– que origina perjuicios y que, como tal, genera la obligación de reparar, por una comisión dolosa imputable a la entidad administrativa que omitió advertir que el llamado se hacía sin estar autorizada para ello¹⁴⁹.

3.4.2. PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES

El pliego de bases y condiciones es un documento que contiene las cláusulas formuladas por la Administración, en el que se especifica la obra o el servicio que se licita, las condiciones, el modo de ejecución, el precio y demás derechos y obligaciones de los oferentes.

Los pliegos no son sino un conjunto de disposiciones reglamentarias, de carácter minucioso, destinadas a regir la convocatoria y presentación de las propuestas, su evaluación, el contrato y su ejecución (Gordillo, 2014).

¹⁴⁸ Artículo 7 de la LOP.

¹⁴⁹ CNCiv, Sala B, 31/7/85, “Libedinsky, Jorge SA c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, ED, 116-502; JA, 1986-III-588.

Las bases del llamado a licitación no se pueden modificar, y el contratante deberá simplemente adherir, como si fuese un contrato de adhesión, tal como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁵⁰.

Ese mismo tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que los pliegos constituyen la ley de la licitación o del contrato en el que se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario¹⁵¹. Y que, aun tratándose de contratos administrativos, el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado –*pacta sunt servanda*–¹⁵².

A la vez, ha sostenido que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos administrativos. Por ser ello así, debe exigirse a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, y debe desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza¹⁵³.

Es relevante destacar la doctrina sentada por nuestra Corte, porque –como veremos en detalle más adelante– es usual crear una demanda artificial de bienes y servicios superfluos que no satisfagan necesidades reales del órgano de contratación. También este puede facilitar información a uno de los oferentes que le otorgue cierta ventaja sobre el resto, o utilizar especificaciones técnicas muy particulares que solamente unos pocos pueden satisfacer.

Por eso se exige que, al estimar los presupuestos, las Administraciones realicen un esfuerzo importante para acertar un poco mejor en la cantidad de dinero que se solicitará para una compra específica. Por otro lado, antes de dictar la adjudicación, se debe analizar el precio de las ofertas elegibles, ya que existen experiencias de ofertas adjudicadas con precios ruinosos o por encima de una remuneración justa (Campos Monge, 2007).

¹⁵⁰ Fallos 308:618 (considerando 7°).

¹⁵¹ Fallos 308:618 (considerando 6°); 311:2831 (considerando 5°); entre otros.

¹⁵² Fallos 301:525.

¹⁵³ “Necón SA c/Dirección Nacional de Vialidad s/ordinario”, 4 de junio de 1991.

Un buen análisis de la razonabilidad de la contratación es indagar sobre la clase de bienes o servicios que se les otorga a los ciudadanos, y plantearse para quién son verdaderamente necesarios: ¿para la sociedad o para los funcionarios del Estado?

El procedimiento de contratación se inicia mediante la decisión motivada de las necesidades del contrato. Así, en primer lugar, hay que determinar las necesidades por satisfacer, lo que supone valorar distintas opciones, examinar diferentes alternativas, analizar los recursos disponibles –humanos y financieros– y su calidad.

Esta es, por su naturaleza, la decisión de carácter más político y la que delimita el espacio en el que deberán desarrollarse las otras opciones o, mejor dicho, los procesos que vendrán posteriormente.

Por ello se exige que esté debidamente razonada y justificada con precisión, tanto acerca de la naturaleza y extensión de la necesidad que se pretende satisfacer mediante el contrato proyectado como respecto de la necesidad de llevarlo a cabo para realizar de la mejor manera los fines encomendados (Malaret, 2016).

La pauta o garantía de razonabilidad que surge del espíritu del artículo 28 de la *CN* es un requisito sustancial, sin el cual el procedimiento de selección del proveedor o contratista y sus actos consecuentes (documentos del llamado, actos administrativos de precalificación de oferentes, de preadjudicación, adjudicación y el contrato) carecen de validez (Druetta, 2021).

Las Administraciones buscan satisfacer los intereses comunes y deben justificar en todo caso las razones por las cuales actúan en un sentido y no en otro. Es decir, están obligadas a motivar sus decisiones, lo que sirve para controlar que el aparato público atienda con objetividad los intereses generales y no los intereses de otro tipo (Robinson, 2017).

3.4.3. LICITACIÓN Y ADJUDICACIÓN

3.4.3.1. Fundamentos y finalidades

Al igual que la doctrina, la jurisprudencia ha entendido que el llamado a licitación pública es el procedimiento que permite a la Administración pública determinar quiénes están en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia para prestar servicios públicos o para

realizar obras. Su fundamento es evitar el favoritismo político y otorgar igualdad de oportunidades a los proponentes¹⁵⁴.

Por esa razón, el llamado debe ser claro y preciso, y debe indicar el organismo de la Administración ante el cual se debe concurrir, el objeto de la contratación y los demás puntos importantes que puedan influir para que cualquier persona decida su concurrencia al llamado¹⁵⁵.

La norma establece, para lograr el máximo de transparencia, que la licitación pública se anuncie en el *Boletín Oficial de la República Argentina* y en el sitio web oficial del órgano que actuará como comitente. Estos anuncios deberán publicarse con una anticipación no menor a los 5 días y por un máximo de 20 días, dependiendo del monto.

La difusión del llamado a licitación persigue distintas finalidades, entre ellas: *i*) que los eventuales interesados en acceder a la contratación pública posean un conocimiento adecuado de la existencia de la convocatoria; *ii*) asegurar la mayor concurrencia y competencia de los operadores económicos; *iii*) la obtención, por parte del comitente, de la oferta más ventajosa a los intereses de la Administración; *iv*) viabilizar el cumplimiento del principio republicano de publicidad de los actos de gobierno y de transparencia como medio para lograr la objetividad en la selección del cocontratante particular, y *v*) garantizar que los procedimientos licitatorios aseguren el derecho a la igualdad de oportunidades (Druetta - Guglielminetti, 2013).

En concreto, la difusión con el suficiente tiempo de antelación tiene como objetivo central que los posibles oferentes puedan evaluar la propuesta y preparar la documentación necesaria para la presentación; además, busca que se presente la mayor cantidad de oferentes, a fin de evaluar la propuesta más beneficiosa para el Estado.

Así, para la Procuración del Tesoro Nacional, este requisito no solo tiene por finalidad la difusión del llamado a licitación, sino también "... dar una absoluta certeza jurídica sobre el cumplimiento exacto del requisito de la publicidad, esencial para la validez del acto de que se trata..."¹⁵⁶.

¹⁵⁴ CNCiv., Sala D, 14/2/75, "Paraná SCA c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", ED, 63-728; JA,27-1975-322.

¹⁵⁵ PTN, Dictámenes, 178:18.

¹⁵⁶ Dictámenes 153:139.

Por eso se dispone que el aviso de licitación contenga datos indispensables para la correcta evaluación, entre los cuales se destacan los siguientes: *i)* la obra que se licita; *ii)* el organismo que realiza la licitación; *iii)* las condiciones, el lugar, día y hora de la licitación pública; *iv)* el plazo de la obra, *v)* el importe de la garantía que el proponente deberá constituir para intervenir en ella, entre otros datos relevantes.

Es decir, el llamado a licitación debe ser claro, preciso y circunstanciado, y deberá brindar todos los detalles para tener el máximo de certidumbre al respecto. Asimismo, no deberá afectar los principios de publicidad, igualdad y concurrencia.

Como veremos más adelante con mayor profundidad, ha sido una práctica colusoria común en este tipo de contrataciones que los mismos proveedores se pongan de acuerdo entre sí para turnarse las adquisiciones. Esto significa que los oferentes acuerdan por adelantado: *i)* quién va a presentarse a la licitación; *ii)* qué oferta se va a presentar; *iii)* quién va a ganar; *iv)* cómo se dividirán las utilidades, *v)* qué montos consignar para que gane el elegido.

En definitiva, estas maniobras pervierten la nobleza que tiene el trámite de una licitación, echa por tierra los principios rectores que deben regir toda licitación y la convierten en una oportunidad para que los funcionarios y los particulares defrauden al Estado.

Como se dijo, cuando los controles son laxos, es fácil burlar estos principios que se convierten en letra muerta o en reglas de escaso valor simbólico. En muchas ocasiones, la misma práctica, los reglamentos y las leyes han llevado a una interpretación desatinada del principio de publicidad, al sostener que es suficiente publicar un anuncio en dos o tres lugares, por los días que la norma indique, para satisfacer el requisito. Esto, a la luz de lo que venimos analizando, aparece como una burla al principio de publicidad.

Es fácil advertir que este mandato es notoriamente insuficiente, pues, en rigor de verdad, se trata de una publicidad limitada y exclusiva de un sector, que no se expande a toda la sociedad. Gordillo (2014), para evitar esta maledicencia y nociva práctica, propone que las publicaciones se realicen por internet y de manera masiva, como sucede habitualmente con la publicidad oficial.

A su criterio, la publicación en el *Boletín Oficial* responde a la tendencia medieval al secreto, a la posibilidad de realizar negocios al margen de la Ley de Ética de la Función Pública, al interés –a veces de los propios contrincantes y competidores– en que no se

conozca mucho del asunto (“no sea que vengan terceros o la prensa a inquirir sobre la racionalidad de lo que se proyecta”).

No obstante, se señalan otros modos o formas de transgredir el principio de publicidad, como cuando se venden los pliegos a precios irrisorios por lo caros que resultan, ya que con ello se excluye al público en general.

Afirma el autor citado que un precio inalcanzable es índice cierto de corrupción en ciernes y de falta deliberada de transparencia, pues solo conoce sus detalles un pequeño manojito de interesados directos e inmediatos, y se excluye de manera deliberada el acceso de la opinión pública, la prensa y otros interesados. Así se construyen grandes negociados.

Es más, destaca que con la sola circunstancia de imponer un precio al pliego se afectan los principios de transparencia, concurrencia e igualdad de trato. El cumplimiento de estos principios exige, para interesados y oferentes, la gratuidad de los pliegos, o un valor de adquisición que se derive de los gastos en los que debió incurrir la Administración, que debe ser mínimo, debido a los soportes informáticos de gran capacidad de almacenamiento con que cuenta.

La circunstancia señalada favorece que los reales interesados sepan de su existencia recíproca y, por ende, instiga a que se reúnan, se formen clubes, se acuerde cómo van a ofertar y a qué precios. Termina el autor aseverando: “Si no fuera porque la práctica de vender pliegos es, por ello, indubitablemente corruptora, forzoso sería concluir que es irremediablemente tonta”.

Además, tilda de estupidez la exigencia de la Administración de acompañar a la oferta el recibo de compra del pliego, pues esta ya sabe quiénes son los adquirentes. Es, entonces, no solo una tontera imperdonable, sino una amenaza mafiosa para que “nadie saque los pies del plato”.

Finalmente, concluye su análisis sosteniendo que todo esto es conocido y común en infinidad de países y ha sido suficientemente denunciado. Solo falta que alguien lo declare inmoral o inconstitucional, y lo prohíba, o que lo mande a la Justicia de instrucción cada vez que ocurra.

3.4.3.2. Registro de constructores

3.4.3.2.1. *Función*

Bajo el régimen de esta ley, solo podrán ser contratistas del Estado todas las personas físicas o jurídicas que tengan plena capacidad empresarial e idoneidad para ser contratadas. A los fines de evaluar la idoneidad y de proceder a la calificación y a la capacidad de las empresas que vayan a licitar, el legislador creó un Registro Nacional de Constructores de Obra Pública¹⁵⁷, que se rige por el reglamento que dicta el Poder Ejecutivo.

El papel del registro es fundamental para preseleccionar a quienes se encuentran en condiciones de acceder a la licitación pública, dado que la empresa debe probar la suficiente solvencia y capacidad en este primer tramo, independientemente del seguro de caución de obras que presten las compañías aseguradoras.

Todo lo relacionado con la solvencia moral, técnica y financiera de los eventuales oferentes o licitadores constituye, en teoría, una cuestión previa a la licitación en sí misma, pues esos datos o requisitos deben quedar satisfechos al admitirse la inscripción de una persona o entidad en el respectivo registro.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la inscripción “supone haber acreditado requisitos de idoneidad moral, técnica y económica, además de otorgarle el derecho a un trato igualitario con los demás inscriptos”¹⁵⁸.

De ahí que, que los licitantes u oferentes que están inscriptos en el respectivo registro se supone que son idóneos moral, técnica y financieramente para celebrar y ejecutar el contrato objeto de licitación (Marienhoff, 1983).

Véase, entonces, la tarea central y decisiva que debieran cumplir tanto el titular del registro de constructores como el órgano encargado de controlar y supervisar la gestión de esta dependencia, a los fines de evitar casos de fraude en perjuicio del Estado o actos de corrupción.

¹⁵⁷ Artículo 13 de la Ley 13.064.

¹⁵⁸ CSJN, 27/2/86, “Zubdesa SA c/Municipalidad de la Capital”, ED, 118-362; LL, 1987, B-587.

A estos se les encomienda, nada más y nada menos, la misión de escanear exhaustivamente la situación de la persona que desea contratar con el Estado, y de otorgarle una licencia para que la Administración pública solo analice cuál es el precio más conveniente de las ofertas que efectuarán los licitadores.

Una vez otorgado ese pasaporte para contratar, también tiene una relevancia enorme el control que se efectúe de la información y documentación que presenten los interesados, además de la fiscalización administrativa permanente por parte de este órgano, pues se trata de una obligación estatal inherente al manejo de los fondos públicos.

De ahí que tanto el registro como quien ejerce la superintendencia tengan la obligación inexcusable de realizar una indagación exhaustiva de los antecedentes y un diagnóstico de las reales posibilidades del interesado, antes de entregar el pasaporte que le permitirá realizar una obra pública.

Además, una vez otorgada la habilitación, deberá someterse a la más rigurosa inspección y control sobre la conducta de los contratistas, para, en su caso, ejercer el poder de policía.

Lo que se pretende evitar es que las empresas sin solvencia moral, técnica o económica participen en las licitaciones, por lo cual son enormes la importancia y la responsabilidad de los organismos encargados de llevar a cabo el estudio señalado, pues son los encargados de realizar la calificación de las empresas y de emitir luego el Certificado de Capacidad de Contratación Anual para Licitación de Obra con la Administración pública nacional.

3.4.3.2.2. *Reglamentación*

Vale recordar que el Decreto N° 756/81 reglamentó dicha disposición, que luego fue reformulada por el Decreto 1724/93, en el que se establecieron los siguientes deberes y atribuciones: *i)* inscribir, categorizar y calificar a quienes lo soliciten; *ii)* entender en la actualización de los antecedentes de los inscriptos en orden a su desarrollo y actuación en obras cuya naturaleza y monto deberán ser tenidas en consideración; *iii)* recabar información tendiente a formar juicios sobre los inscriptos; *iv)* calificar el comportamiento de los inscriptos en las obras contratadas por ellos; *v)* aplicar por sí o proponer sanciones, conforme el artículo 9, ya sea por falsedad de la documentación o por incumplimiento de obligaciones contractuales.

En particular, se prevé que quien solicite su inscripción en el registro deberá probar que cuenta con los servicios de un profesional técnico universitario, debidamente habilitado para el ejercicio de la profesión¹⁵⁹.

A las empresas habilitadas por el consejo del registro se les expedirá anualmente un certificado de contratación anual en el que deberá consignarse su capacidad de ejecución y de contratación referencial.

En el momento de la apertura de la licitación, solo podrán tenerse en cuenta las propuestas de los oferentes inscriptos en el Registro Nacional de Constructores de Obra Pública, que, en la preadjudicación, deberán presentar fotocopia legalizada del certificado de capacidad de contratación anual¹⁶⁰. Y, con antelación al acto de adjudicación, los entes licitantes exigirán, de quien resulta presunto adjudicatario, el “certificado de capacidad para adjudicación”, que emite el registro¹⁶¹.

La calificación que otorga el registro se extiende por un año y seis meses desde la fecha de cierre del último ejercicio contable presentado, período durante el cual el inscripto se encontraría habilitado. Transcurrido aquel término sin que haya presentado la documentación necesaria para la actualización de la capacidad, quedará automáticamente inhabilitado, y, a partir de ese momento, no se le otorgará ningún certificado ni podrá concurrir a nuevas licitaciones.

El Decreto 1621/99¹⁶² modificó el Decreto 1724/93 adecuando el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas al marco de competencia del mercado de obras públicas.

Entre las modificaciones más significativas, se destacan las siguientes: *i*) se dispuso que el registro dependiera de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos; *ii*) se estableció que el consejo del registro estuviera integrado también por un representante de la Cámara Argentina de la Construcción; *iii*) se establecieron pautas para habilitar la inscripción y categorizaciones (A, B, C, D, E).

¹⁵⁹ Artículo 17 de la Ley 13.064.

¹⁶⁰ Art. 25 del Decreto 1724/93.

¹⁶¹ Art. 26 del Decreto 1724/93.

¹⁶² Del 9/12/99.

También se definieron ciertos conceptos:

- *capacidad de ejecución referencial*: el mayor monto anual de obras públicas determinado por el registro, que una empresa esté en condiciones de construir en ese período;
- *capacidad de contratación referencial*: consiste en la diferencia entre la capacidad de ejecución y el monto anual de obra comprometido al emitirse el certificado; determina el saldo de contratación referencial,
- *capacidad económica*: se determina por la suma de coeficientes, en función de la ponderación de los rubros del activo y del pasivo (patrimonio neto).

3.4.3.2.3. *Garantía*

Como un requisito indispensable, la norma federal establece que, antes de presentar la propuesta, se deberá depositar una suma equivalente al 1 % del valor del presupuesto oficial de la obra que se licita en efectivo, en títulos o en bonos nacionales, en el Banco de la Nación Argentina, a la orden de la autoridad competente respectiva¹⁶³.

Esta garantía, que se constituye a favor de la Administración antes de la presentación de la propuesta y que es obligatoria para todos los concurrentes a la licitación, demuestra disposición real, viabilidad, calidad, liquidez y seriedad en la propuesta.

A la vez, la garantía desalienta la presentación de interesados imprudentes o desleales en la competencia, que solo tienen por finalidad perturbar la concurrencia en el procedimiento de adjudicación, a los que se les podrán aplicar sanciones.

La garantía mencionada deberá devolverse el caso de que el interesado no resulte adjudicatario.

3.4.3.2.4. *Impedimento de traspaso de derechos*

El artículo 19 de la LOP expresamente prohíbe que, una vez presentada la propuesta o hecha la adjudicación, el proponente o adjudicatario traspase los derechos, en todo o en parte, sin el consentimiento manifiesto de la autoridad competente.

¹⁶³ Artículo 14° de la Ley 13.064.

La razón de ser de esta normativa guarda vinculación con la igualdad entre las partes y busca evitar que, por ese medio, las empresas que no estaban en condiciones de competir se incorporen de manera ilegal luego de la presentación de la oferta.

Además, responde a una cuestión de seguridad, en pos de conocer con certeza con quién va a contratar el Estado, esto es, para que sea el proponente el que contrata con la Administración y no un tercero que no participó en la licitación.

3.4.3.2.5. *Firma del contrato (prohibición de cesión o transferencia)*

i) Garantía

La formalización y perfeccionamiento del contrato de la obra pública se dará con la firma del instrumento respectivo entre la Administración pública y el adjudicatario. Toda variación que se introduzca en dicho documento, que sea contraria a lo previsto en el pliego, es nula de nulidad absoluta. De admitirse que el contrato puede modificar el pliego, se destruye todo el sistema de la licitación pública (publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad).

Es lo mismo que no hacer licitación pública, sino contratación directa, y ello importa la nulidad de las cláusulas del instrumento del contrato que se apartan de las normas que rigieron el llamado (Gordillo, 2014).

El adjudicatario constituirá una garantía de la ejecución contractual; al mismo tiempo, se le reintegrará la garantía precontractual o de mantenimiento de oferta. La garantía de ejecución contractual deberá mantenerse hasta la recepción definitiva de la obra por la Administración (Dromi, 1995).

Concretamente, deberá depositar en el Banco de la Nación Argentina el 5 % del monto del convenio en dinero en efectivo, en títulos o en bonos nacionales al valor corriente en plaza, o bien mediante una fianza bancaria equivalente¹⁶⁴. Esto permite que el contratista mantenga idéntico grado de aseguramiento al cumplir sus obligaciones contractuales.

¹⁶⁴ Art. 21 de la Ley 13.064.

Dicha garantía deberá ser ejecutada por la Administración pública en caso de incumplimiento del contratista a sus obligaciones contractuales, por el uso indebido de materiales, sistemas de construcción, o por otras faltas graves.

ii) Cesión o transferencia

Dado el compromiso asumido con el Estado nacional, una vez firmado el contrato, el contratista no podrá: i) transferirlo ni cederlo, en todo o en parte, a otra persona o entidad, ii) ni asociarse para su cumplimiento, sin autorización o aprobación de la autoridad competente¹⁶⁵.

La doctrina coincide en que la cesión parcial o total del contrato o su transferencia tienen un carácter absolutamente restrictivo y excepcional; se trata de un principio en la materia y corresponde a la naturaleza de los contratos administrativos.

El Estado contrata con aquel cuya idoneidad fue corroborada y con quien resultó parte en la relación jurídica, por lo que no es adecuado poner el contrato en manos de sujetos que no fueron calificados ni sortearon los controles administrativos.

La prohibición de cesión o transferencia del contrato se funda en el hecho de que el contrato de obra pública es *intuitu personae*, por lo cual la Administración tiene particular interés en las condiciones morales, económicas y técnicas del contratista, al que seleccionó a través del procedimiento licitatorio, en la medida que reunía los requisitos exigidos.

Por las mismas razones enunciadas, se establece la prohibición de asociarse, ya que la sociedad que el contratista pudiera constituir desvirtuaría a la persona o la entidad con la que contrató la Administración. Así, violar la prohibición expresa provoca la rescisión del contrato.

Sin embargo, podrá autorizarse la cesión, la transferencia, la asociación o la subcontratación con terceros cuando, a juicio del comitente, ese tercero reúna las condiciones deseadas por la Administración y, además, constituya una ventaja notoria para el Estado (Dromi, 1995).

¹⁶⁵ Art. 23 de la Ley 13.064.

La doctrina ha interpretado que será procedente aprobar la cesión del contrato cuando: *i)* las prestaciones a cargo del contratista original no posean el carácter de personalísimas o infungibles, o las cualidades del contratista no hayan sido determinantes de la adjudicación del contrato; *ii)* se encuentren pendientes de cumplimiento obligaciones puestas a cargo del contratista, aun aquellas cuya efectivización se concrete luego de la recepción provisional de la obra; *iii)* el cesionario cumpla con similares o mejores condiciones de idoneidad moral, técnica o económica que el cedente, y *iv)* no implique introducir indirectamente modificaciones al contrato original, ajenas a la cesión en sí misma (Druetta - Guglielminetti, 2013).

Más allá de lo expuesto, siempre se requerirá consentimiento expreso de la Administración pública.

Así, de no mediar consentimiento, la cesión o la transferencia es inoponible a la Administración, además de ser absolutamente nula y de erigirse en una causal clara de rescisión del contrato por culpa del empresario.

Como ampliaremos más adelante, una modalidad común para burlar los principios de igualdad es utilizar la subcontratación para la ejecución de tareas o etapas complejas de obra, que requieren contar con una especialización mayor, con equipamiento sofisticado o con personal experto en su manejo.

Para que esta subcontratación sea válida, deberá ser parcial. En otras palabras, deberá tratarse de un tramo de la obra o de algún aspecto determinado, ya que, de lo contrario, se estaría reemplazando o sustituyendo al contratista principal.

De tal manera, frente a la Administración, el obligado sigue siendo el contratista principal; es decir, el subcontratista no se convierte en parte del contrato principal, ni tampoco nace una vinculación contractual entre el comitente y el subcontratista.

3.4.3.2.6. Ejecución de las obras en el plazo indicado en los pliegos

Una vez firmado el contrato, la realización del trabajo se sujetará a lo establecido en los pliegos de condiciones que sirvieron de base para la licitación y la adjudicación. El cocontratante deberá cumplir con las pautas del pliego, ya que en ese documento se especifican el objeto de las contrataciones, los derechos y las obligaciones.

Existe acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que el pliego de la licitación o del contrato es “ley” para las partes, y a que a él deben sujetarse. De ahí la importancia del cumplimiento de los plazos pactados y la obligación del contratista de llevar adelante la obra según lo establecido en el pliego.

La demora en la iniciación o en la terminación de los trabajos de acuerdo con los plazos estipulados dará lugar a multas y sanciones que serán graduadas por el Poder Ejecutivo teniendo en cuenta la importancia del atraso.

i) Mora

El contratista quedará constituido en mora por el solo transcurso del plazo estipulado en el contrato¹⁶⁶. Así, el vencimiento de los plazos contractuales constituirá en mora al contratista sin necesidad de intimación previa.

Es decir, el vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica el incumplimiento. La multa por retardo o incumplimiento del adjudicatario de la obra pública, prevista en la licitación y en el contrato, puede agregarse a la pérdida del depósito de garantía.

Se distinguen dos tipos de plazos: *i)* aquellos indicados por el contratista en el cronograma o plan de trabajos de cumplimiento de las distintas etapas de la obra (instalación de obrador, movimientos de suelos, etc.); *ii)* los establecidos en el pliego para la finalización de una parte, tramo o unidad de obra, que habilitan la posibilidad de una recepción parcial de esta (Druetta - Guglielminetti, 2013).

Los primeros los fija el mismo contratista, que le propone a la Administración un plan de trabajo para que lo apruebe, mientras que los segundos los establece la misma Administración.

El plan de trabajo deberá expresar cómo se utilizarán los recursos humanos y los equipos para la ejecución de los trabajos de la manera más rápida y eficaz. La Administración debe conocer el plan de ejecución, que, una vez aprobado, posibilitará la iniciación de los trabajos. La Administración podrá hacer observaciones al plan de trabajo cuando este no

¹⁶⁶ Artículo 35 de LOP.

fuera técnicamente conveniente, ante lo cual se deberá presentar un nuevo plan de trabajo acorde con esas exigencias (Dromi, 1995).

En caso de no respetarse el plan de trabajo, el contratista queda expuesto a que la Administración le aplique sanciones.

ii) Causales legítimas de prórroga de plazos

No obstante, existen causales legítimas exentas de penalidades –sin llegar a la eximente de caso fortuito o fuerza mayor– para solicitar prórrogas de los plazos de finalización de obra, pero para ello se deben dar determinadas circunstancias: *i)* ser completamente ajenas al contratista, *ii)* justificarse debidamente, *iii)* que exista un nexo claro de causalidad entre el evento extraño al contratista y la demora en la tramitación de la obra.

Para que la Administración exonere al contratista del incumplimiento, este deberá probar rigurosamente las causales invocadas. Es decir, le corresponde al contratista la demostración y la carga de la prueba de la existencia de la causal que lo eximiría de responsabilidad.

Al respecto, se ha sostenido que no basta la invocación de los hechos alegados, sino que debe acreditarse fehacientemente la relación causal existente en las circunstancias que hubieran configurado el caso fortuito o la imposibilidad de llevar a cabo los actos que constituyen la obligación del adjudicatario¹⁶⁷.

A su vez, el Poder Ejecutivo será el encargado de analizar exhaustivamente si las causas invocadas por el contratista y su acreditación justifican otorgar la prórroga de los plazos contractuales, y liberarlo de esta manera de la penalidad.

La eximición de la multa siempre tiene carácter excepcional, pues lo que pretende es evitar el atraso y lograr la pronta terminación de la obra, así como la actuación diligente del contratista.

¹⁶⁷ Dictamen de la Procuración del Tesoro Nacional nro. 183:183.

En este sentido, la Procuración de Tesoro Nacional ha destacado la naturaleza estimulante y conminatoria de la multa, al calificarla como un medio para obligar al adjudicatario al cumplimiento estricto de la provisión¹⁶⁸.

Así también, se sostuvo que las multas administrativas tienen una finalidad ejemplificadora, ya que con ellas se persigue el cumplimiento del contrato, y, al mismo tiempo, tienden a evitar la repetición de conductas antijurídicas¹⁶⁹.

iii) Plan de trabajos

En el plan de trabajos, el contratista acompañará el detalle del equipo que utilizará para ejecutar la obra y que no podrá retirar mientras no concluya con su trabajo respectivo.

Las maquinarias, los vehículos, los andamiajes, las herramientas y demás elementos que constituyen el equipo mínimo mencionado quedan afectados a la obra durante todo el lapso de su ejecución, y su mantenimiento en condiciones de uso y reposición está a cargo del contratista.

El incumplimiento de la obligación de mantener el equipo en la obra impone la responsabilidad del contratista y es sancionable: la Administración hasta podrá considerar el retiro de los equipos, con entidad rescisoria (Dromi, 1995).

Le corresponde al contratista probar que ha acopiado el material y los equipos necesarios para realizar la obra, sin que sea necesario que los materiales estén efectivamente en la obra, ya que pueden estar en otro lado (fábrica), pero sí debe demostrar su adquisición.

3.4.3.2.7. Modificaciones de obra

El artículo 29 de la LOP establece la posibilidad de producir modificaciones de las obras, en la medida en que el funcionario autorizado las ordene por escrito, y siempre que no alteren la base del contrato.

¹⁶⁸ Dictámenes 57:220 y 78:12.

¹⁶⁹ Dictámenes 266:122.

El comitente deberá controlar el avance de la obra por intermedio del inspector de obra, pero esto no implica, para la Administración, eludir su responsabilidad sobre el conocimiento de la marcha de los trabajos realizados por el adjudicatario y su adecuada ejecución.

Entre otras, las funciones de inspección son las siguientes: *i)* representar al comitente, siendo el inspector de obra el único interlocutor válido frente al contratista, y receptor exclusivo de toda presentación de este relacionada con los aspectos técnicos de la obra; *ii)* exigir al contratista la ejecución de las obras con estricta sujeción al proyecto y sus modificaciones aprobadas por autoridad competente, y al plan de trabajos; *iii)* fiscalizar la cantidad y la calidad de los materiales por incorporar, conforme los pliegos; *iv)* propiciar la resolución de cuestiones que impliquen modificación o alteración de la obra o el contrato (Druetta - Guglielminetti, 2013).

La orden escrita es un requisito *sine que non* que se concretará con la confección de un libro de órdenes de servicio, foliado, sellado y rubricado por el comitente, y que debe llevarse desde la comprobación del replanteo hasta la recepción definitiva de las obras. No es admisible la orden verbal que no ha sido ratificada por el inspector por escrito.

Son dos los supuestos que establece la Ley de Obra Pública para habilitar la modificación de una obra.

El primero es el caso de la “obra indispensable complementaria”, establecido en el artículo 9 inc. b, de la LOP, que permite adicionar trabajos en una obra en ejecución, en cuanto no hubiesen sido previstos y no superasen el monto fijado por el Poder Ejecutivo¹⁷⁰.

El otro caso está contemplado en el artículo 30 de la LOP, y se denomina “alteración de proyecto”. Allí se reconoce la facultad de la Administración de modificar el proyecto original. La misma norma establece que son obligatorias para el contratista las alteraciones que produzcan aumentos o reducciones de costos o de trabajos contratados, pero esta obligación de aceptar las modificaciones queda limitada a lo que establece el artículo 53 de la LOP, pues esos aumentos o reducciones no pueden alterar el valor total de las obras contratadas en un 20 % (en más o en menos).

¹⁷⁰ Anexo I de la Resolución MEOSP N° 814/1996, para toda obra mayor a \$ 2.160.000, el máximo es el 5 % del costo original.

Si las modificaciones importasen un aumento o disminución superior al 20 % de alguno de los precios unitarios, la Administración o el contratista, conforme lo dispone el artículo 38 de la LOP, tendrán derecho a que se fije un nuevo precio unitario de común acuerdo.

Entonces, si en una obra en ejecución se pretende adicionar tareas que no tengan vinculación con el contrato original, aquella deberá ser encauzada bajo el supuesto del artículo 9 inc. b, y no podrá superar el 5 % del valor de la obra.

Para que se pueda aplicar este supuesto excepcional, se requiere lo siguiente: *i)* debe tratarse de trabajos adicionales de una obra; *ii)* deben resultar indispensables o necesarios para la obra principal; *iii)* la obra debe encontrarse en ejecución (no debe encontrarse paralizada o finalizada); *iv)* los trabajos no deben haber sido previstos, es decir, deben haber sido imprevisibles, y *v)* que el importe de los trabajos no exceda el límite porcentual acumulativo fijado por el Poder Ejecutivo (Druetta - Guglielminetti, 2013).

Si, en cambio, la modificación guarda relación con el objeto contratado originalmente, esta deberá ser encuadrada como una alteración del proyecto con base en el artículo 30 de la LOP.

Para evitar los posibles abusos, la doctrina ha establecido ciertos límites: *i)* que se trate de trabajos relacionados con el opus contractual originario; *ii)* que las porciones de obra que se incorporan no posean individualidad propia; *iii)* que el cambio no transforme el emprendimiento primigenio en uno nuevo o de características tales que impliquen la desnaturalización del opus encomendado (Druetta - Guglielminetti, 2013).

Como analizaremos en profundidad más adelante, otras cuestiones que favorecen las prácticas corruptas y que ocasionan una desviación del sistema contractual, además del abuso de la subcontratación, son la utilización ilegal de las prórrogas del contrato y la utilización fraudulenta de modificar o de ampliar el alcance del contrato omitiendo utilizar el procedimiento de contratación.

3.4.3.2.8. Pagos

Los términos de pago se establecerán en los pliegos de condiciones generales y en los de condiciones particulares para cada obra¹⁷¹. El precio y las expectativas de cobro por parte del contratista son un componente fundamental en toda contratación pública, tanto para la Administración como para el adjudicatario.

Como se verá, algunos de los riesgos que pueden surgir en el momento del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato son, justamente: *i)* que se rebaje la calidad en las prestaciones objeto del contrato, *ii)* que se realicen pagos por trabajos no realizados o por unidades de obra no ejecutadas tras la presentación de facturas falsas, *iii)* que, a cambio de una dádiva o un precio, los funcionarios acorten los plazos para efectuar el pago del contrato.

Por eso es relevante que, previamente al pago del precio, se proceda a medir y a certificar la obra o la parte de ella que estuviera concluida, o la etapa pertinente, según lo convenido en el contrato.

i) Función del inspector de obra

A fin de concretar los pagos, el inspector que representa al comitente y el representante técnico del contratista deberán realizar la verificación o comprobación técnica *in situ*. Esta actividad se denomina “medición” y consiste en calificar y mensurar la porción de obra realizada.

El inspector de obra es el técnico que la autoridad competente ha designado para la dirección, inspección y tasación de las obras. Debe ser un profesional legalmente habilitado, por la incumbencia de su título, para dirigir la obra. Es un funcionario en el sentido de que exterioriza y compromete la voluntad estatal.

Por su parte, el representante técnico de la empresa responde a la necesidad de que esta cuente con asistencia técnica adecuada a la especialidad de que se trate, para la interpretación y aplicación correcta del pliego, los planes y los planos de trabajos, y las órdenes de servicio emitidas por la inspección (Dromi, 1995).

¹⁷¹ Artículo 45 de la LOP.

Luego de dicha medición, se expide un certificado de obra, cuyos requisitos y modalidades de emisión no son objeto de regulación expresa en la LOP.

ii) Certificado de obra

En la práctica administrativa, se define el certificado de obra pública como todo “documento con finalidad de pago”, o “crédito documentado”, que expide la Administración al contratista con motivo de un contrato de obra pública.

Desde un enfoque jurídico técnico-formal, deberá considerarse el certificado como un “instrumento público” que prueba la existencia de créditos –parciales o definitivos–, a favor de un contratista de obra pública.

Se trata de un instrumento fehaciente con el cual se acredita el monto de la obra, así como la cantidad del crédito pertinente del contratista por esa parte ejecutada, que fue verificado y mensurado por la Administración. No es ni más ni menos que una constancia del crédito en favor del contratista.

En síntesis, existe coincidencia doctrinaria en conceptualizar el certificado de obra como un instrumento fehaciente con el cual se acredita que el contratista ha realizado un determinado monto de obra, cuya existencia la Administración ha verificado y ha mensurado. Además, dicho certificado acredita el monto del crédito del contratista por la porción de obra realizada (Druetta - Guglielminetti, 2013).

En definitiva, el certificado de obra permite conocer el cumplimiento del contratista respecto del plan de trabajos oportunamente aprobado por el comitente.

La Procuración del Tesoro nacional considera el certificado de obra como uno de aquellos documentos que, al hacer constar los trabajos realizados durante un período de tiempo determinado, posibilitan el cobro de pagos parciales y a cuenta, sujetos al ajuste de la liquidación final¹⁷².

¹⁷² Dictámenes 137:306.

iii) Tipos de certificados

Es usual hablar de dos tipos de certificados: *i)* parciales y *ii)* totales.

La diferencia entre unos y otros es que los parciales pueden ser de acopio, de movilización de obra o de equipos, de avance de obra y de redeterminación de precios, mientras que el certificado final es el que se emite cuando finaliza la obra.

Habitualmente, estos certificados sufren un descuento del 10 % para el fondo de reparo que los pliegos autorizan a retener, cuyo fin es asegurar la responsabilidad pecuniaria del contratista ante un posible incumplimiento contractual. Este fondo de reparo puede ser sustituido total o parcialmente por otra garantía (aval o caución).

iv) Cesión del certificado de obra

La LOP no contiene disposiciones que restrinjan el derecho a ceder tales créditos, por lo que se ha entendido que su transmisibilidad es posible por vía de cesión. Ello, siempre y cuando esta sea autorizada por el comitente, en su carácter de deudor cedido.

La cesión facilita el cumplimiento de las obligaciones del contratista, toda vez que, por la vía del descuento del certificado en instituciones financieras, el empresario anticipa la percepción de fondos líquidos necesarios para la prosecución de las obras en tiempo oportuno.

3.4.3.2.9. Redeterminación de precios

La normativa no estableció un método que deba aplicarse en caso de que se produzcan incrementos significativos de precios en el rubro de la construcción, los materiales, los equipos, los insumos o, incluso, la mano de obra, que provoquen desajustes en los costos previamente pactados y, por tanto, desequilibrios en los contratos.

El Decreto del Poder Ejecutivo N° 1295/2002¹⁷³ –que deroga el Decreto 1312/93– estableció un sistema de redeterminación de precios en los contratos de obra pública, correspondiente a la parte que falte ejecutar.

¹⁷³ Del 19/07/02.

Se trata de un medio en el cual el Estado protege a su colaborador de los eventos sobrevinientes e imprevisibles que, por su propio accionar, van modificando el valor del precio en moneda inconstante. Además, tiende a restituir ese valor para aproximarlos –en lo posible, equitativamente– al precio que aceptó cuando adjudicó el contrato.

La redeterminación no se aplica de oficio, sino que la norma establece específicamente que deberá proceder a solicitud del contratista, cuando los costos de los factores principales hayan adquirido un valor tal que reflejen una variación promedio de esos precios superior en un 10 % a los del contrato o al precio surgido de la última redeterminación.

Se establece también que la redeterminación será aplicable únicamente a los contratos de obra pública regidos por la Ley N° 13.064 y sus modificatorias, y se excluyen taxativamente las concesiones con régimen propio, así como los contratos de concesión de obra y servicios, licencias y permisos¹⁷⁴.

Es importante mencionar que el sistema de redeterminación de precios no será aplicable cuando las obras públicas no se hayan ejecutado, o cuando no se ejecuten en el momento previsto en el plan de inversiones, en cuyo caso se liquidarán con los precios correspondientes a la fecha en que debieron haberse cumplido¹⁷⁵.

Es decir, en caso de mora o atraso por causas imputables al contratista, no corresponderá la redeterminación de precios.

Los factores principales enumerados en el artículo 4 para la redeterminación son los siguientes: *i)* el precio de los materiales y de los demás bienes incorporados a la obra; *ii)* el costo de la mano de obra de construcción; *iii)* la amortización de equipos y sus reparaciones y repuestos, y *iv)* todo otro elemento que resulte significativo, según el criterio del comitente.

¹⁷⁴ Artículo 2 del Decreto 1295/2002.

¹⁷⁵ Artículo 3 del Decreto 1295/02.

3.4.3.2.10. *Rescisión del contrato*

La LOP establece, en su artículo 50, el derecho de la Administración a rescindir unilateralmente el contrato, en los supuestos que se indican a continuación: *i)* cuando el contratista contravenga las obligaciones y condiciones estipuladas en el contrato; *ii)* cuando el contratista proceda a la ejecución de la obra con lentitud, de modo que no cumpla con los planes de trabajo previstos; *iii)* cuando el contratista se exceda del plazo fijado en las bases de licitación para la iniciación de las obras; *iv)* cuando el contratista transfiera en todo o en parte su contrato, se asocie con otros para la construcción o subcontrate, sin previa autorización de la Administración; *v)* cuando el contratista abandone las obras o interrumpa los trabajos por un plazo mayor a 8 días en tres ocasiones, o cuando el abandono o la interrupción sean continuados por el término de un mes.

El repaso de la Ley de Obra Pública nos permite mostrar, de manera muy general, cuáles son los pasos y los recaudos que impone la normativa nacional para que la Administración lleve adelante un contrato de obra pública con un particular. Por supuesto, esto no implica que esos requisitos no puedan eludirse o puedan cumplirse de manera aparente para disimular el direccionamiento de la obra pública en favor de un determinado oferente.

Tal como acertadamente refiere Druetta (2021) es usual el empleo de la expresión “se hizo por licitación pública”, que, ante los medios de comunicación, difunde el funcionario sospechado de incurrir en prácticas irregulares, con la intención de justificar ante la sociedad que la contratación cuestionada no merece reparo alguno. Pero es claro que esa afirmación no significa nada.

En efecto, ya adelantamos que las irregularidades y las arbitrariedades son más comunes de lo que puede imaginarse, por más que se haga por “licitación pública”. Sobre este tema nos explayaremos en el próximo capítulo, pero resulta interesante profundizar sobre el papel que debieran cumplir los organismos de control para impedir estas acciones.

No hay duda de que, si los organismos de contralor funcionaran correctamente, estas maniobras ilegales no debieran suceder. No obstante, por lo general esto no es así, pues, por un lado, el sistema instaurado es inadecuado y, por el otro, los organismos de control se encuentran cooptados por la misma Administración. Por ello, lo más posible es que no

se ejecute un control efectivo y riguroso con el fin de velar por el ejercicio recto de la función pública.

A continuación, nos detendremos a analizar cuáles son los órganos de control de la obra pública y su funcionamiento.

3.5. ÓRGANOS DE CONTROL DE LA OBRA PÚBLICA

Como hemos desarrollado a lo largo del presente, la corrupción emerge en cualquier ámbito social, pero no hay duda de que el terreno más fértil o permeable es el sector público –especialmente el de la obra pública–, pues en cada acción de un servidor público existe una oportunidad para demorar un trámite, para interponer alguna restricción o para realizar algún tipo de ilegalidad.

La relación entre el ejercicio del poder y el control es casi tan vieja como la humanidad misma. Tan pronto como se entendió que era imprescindible fijar reglas de comportamiento a las que ajustarse, y designar entre la comunidad a alguien que las hiciera cumplir y que castigara su quebrantamiento, se advirtió que el ungido, impulsado por su propia naturaleza humana, tendía a abusar del poder conferido. Así, se hizo necesario controlar el ejercicio del poder (Sánchez, 2010).

La historia de la humanidad está repleta de ejemplos de abusos del poder, conducta que ha estado presente desde los inicios de su ejercicio. En los países en vías de desarrollo, como el nuestro, la corrupción es cada vez más visible porque salpica a todo el Estado y da lugar a un sistema institucionalizado, en el que los funcionarios honestos deben dejar su cargo en manos de personas de escasos valores éticos, inescrupulosas, que se ocupan de proteger a los funcionarios corruptos. De esta forma, la corrupción se propaga sin ningún tipo de sanción.

Entonces, la figura del control del poder nace –o debiera nacer– no como parte integrante de la corrupción generalizada, sino como su contracara. En rigor de verdad, poder y control son dos caras de una misma moneda; dicho de otro modo, son opuestos complementarios. Por eso, los órganos de control adquieren una dimensión sustancial en el sistema de frenos y contrapesos entre poderes. No se trata solamente de evitar la arbitrariedad y la discrecionalidad de la Administración pública, sino de impedir que el

uso de ese poder se realice en detrimento del bien común de todos los habitantes de la nación.

En general, el ser humano tiende a rechazar todo tipo de control, huye de las revisiones de sus conductas o actividades, teme que lo invadan en sus esferas individuales y propias. Quiere controlar, pero no ser controlado, y olvida, así, que la sujeción a las normas, su vida en sociedad, los deberes que tiene respecto de esta y del Estado lo obligan a convivir con el control. El control genera información que debe estar a disposición de otros organismos de control, de los controlados y, esencialmente, de la sociedad (Ivanega, 2016).

Por esta razón, se torna imperioso que existan controles eficaces, transparentes, éticos y, principalmente, oportunos por parte de organismos idóneos, independientes y objetivos, que eviten abusos y arbitrariedades, y que prevengan, alerten o hagan cesar situaciones anómalas que puedan acarrear un perjuicio para el Estado.

Todo Estado reposa sobre un sistema de valores en el cual, como mínimo, se anotan el imperio del derecho, el respeto recíproco e igualitario de los habitantes y la honestidad de sus autoridades. Esta condición impone la presencia de un sistema de control del gasto público, que no es otra cosa que un mecanismo esencial para que las autoridades rindan cuentas del uso de los fondos. Así, un Estado que maneja sumas enormes para la construcción de obras públicas requiere emplear regímenes sofisticados de control de la inversión y de los gastos públicos. Se trata, ni más ni menos, de un principio político-jurídico: quien administra un patrimonio ajeno está obligado a rendir cuentas de sus actos (Botassi, 2010).

La idoneidad del controlante –esto es, su experticia y su profesionalidad– es fundamental para poder comprender maniobras complejas, interpretarlas y desarticular las telarañas de la corrupción. Ello, en tanto en cuanto este tipo de acciones ilegales buscan eliminar todo rastro que pueda desenmascararlas. Por ejemplo, es probable que una licitación pública direccionada hacia un oferente que pagó sobornos dé apariencia de que se han cumplido todos los recaudos que establece la ley, como ser la convocatoria a licitación, la publicación, la elección del mejor precio, etc.

Por otro lado, difícilmente pueda hablarse de independencia del que controla si es elegido a dedo por el controlado, si no tiene estabilidad en su cargo, si carece de la posibilidad de

ejercer un mandato amplio, si no tiene un marco adecuado de libertad para decidir o si no posee autonomía financiera.

A luz de lo que sucede en nuestro país con estos temas, no es desatinado pensar que las regulaciones y los controles están ideados para generar oportunidades de corrupción o, por lo menos, para sortear con facilidad los obstáculos que se puedan interponer.

Es imposible pensar en una configuración seria de los órganos de control si no se les brinda a sus titulares coberturas básicas, alejadas de toda ideología o afinidad política, así como inamovilidad, estabilidad y garantía de independencia.

A esto agregaríamos una circunstancia trascendental: el control debe realizarse en tiempo oportuno. Cuando se observa lo que demora el Congreso en aprobar la cuenta de inversión del presupuesto erogado, se advierte rápidamente que se trata de un control absolutamente ficticio.

Es sabido que la cuenta de inversión es la contracara del presupuesto. Terminado cada año, el Poder Ejecutivo debe presentar ante el Congreso la cuenta de inversión, que es la rendición de cuentas del Estado. En ella, el Gobierno debe explicar cómo utilizó el presupuesto aprobado por los representantes del pueblo.

En términos republicanos, este acto es tanto o más importante que la presentación del presupuesto mismo, pues hace a la transparencia y a la publicidad de los actos de gobierno. Sin embargo, en la Argentina, no se le ha dado a este proceso la importancia ni la dimensión que realmente debiera tener.

A pesar de que la aprobación o el rechazo de la cuenta de inversión deberían ser el fruto de un debate parlamentario maduro, esto no ha sucedido en nuestro país –especialmente en los últimos años–. Por el contrario, en los hechos, la cuenta de inversión registra severos problemas que nacen con su elaboración. En efecto, la Contaduría General de la Nación (órgano del Poder Ejecutivo encargado de confeccionarla) no suele recibir toda la información necesaria para llevar adelante su tarea, ya sea porque las reparticiones del Estado presentan tardíamente sus rendiciones o, directamente, porque no las presentan.

Luego, el Congreso nacional no suele abordar la cuestión como debería, pues, como se adelantó, nunca se produce la discusión parlamentaria de manera seria, madura y pertinente relativa a la rendición de cuentas del Ejecutivo. El único órgano que ejerce algún control real sobre esta cuenta es la Auditoría General de la Nación, que toma vista

de esta, después de que la Comisión Mixta Revisora de Cuentas del Congreso la reciba. Sin embargo, como veremos, su opinión no es vinculante para el Congreso, y las mayorías gobernantes pueden imponer su aprobación por mera supremacía aritmética.

Empero, como expusimos, lo que resulta inconcebible es el tiempo que demora el Congreso en la aprobación de esa cuenta de inversión, algo que resulta alarmante.

A continuación, se presentarán algunos ejemplos que grafican esta situación: Las cuentas de inversión correspondientes a los ejercicios 2007 y 2008 se aprobaron el 14 de noviembre de 2012, por medio de la Ley 26.790 (publicada en el *Boletín Oficial* el 12 de diciembre de 2012). Las cuentas de inversión correspondientes a los ejercicios 2009 y 2010 se aprobaron el 29 de diciembre de 2014, por medio de la Ley 27.121 (publicada en el *Boletín Oficial* el 28 de enero de 2015).

Al observar estas tardanzas inexplicables por parte del Congreso, la pregunta que surge inmediatamente es cómo se hace un control efectivo y oportuno, si se demora 5 años en analizar la cuenta de inversión. Así, cualquier corrección, modificación o determinación de responsabilidades se realizará de manera absolutamente extemporánea.

3.5.1. TIPOS DE CONTROLES

Existen diferentes tipos de controles; una clasificación posible es la que los divide en internos y externos. Los controles internos los ejercen órganos que forman parte de la organización del ente controlado, mientras que los externos son ejecutados por organismos que se encuentran fuera de aquel.

A su vez, en cuanto a la oportunidad en la que se ejerce el control, estos pueden ser previos, preventivos, concomitantes o posteriores.

El control previo es el que se realiza antes de la emisión del acto administrativo o antes de la realización de un pago por parte de la Administración. Este tipo de control lo realizan los servicios jurídicos permanentes o las oficinas legales, que controlan la legalidad del procedimiento. También lo lleva adelante cualquier órgano de control interno que evalúa la tramitación del procedimiento.

Por su parte, el control preventivo, como la misma palabra lo indica, es aquel que se practica sobre los actos administrativos ya dictados, antes de que tengan efectos. Dentro

de esta categoría se encuentran las intervenciones de los organismos de la hacienda pública o de administración financiera. También ejercen un control preventivo la intervención previa y la observación legal de los tribunales de cuentas provinciales.

El control concomitante es el que se ejerce en forma simultánea con la gestión; este se desarrolla junto con la actividad que se controla (por ejemplo, el que realiza la Auditoría General de la Nación en los contratos de concesión de servicios públicos).

Finalmente, el control posterior se realiza una vez ejecutados los actos administrativos, las órdenes de pago, los contratos, etc.

En Argentina, el sector público nacional (SPN) se compone de: *i*) la Administración central y los organismos descentralizados; *ii*) las empresas y sociedades del Estado; *iii*) los entes públicos, y *iv*) los fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes o fondos del Estado nacional¹⁷⁶.

Siguiendo el modelo español, el Estado central en un primer momento cedió el control al Tribunal de Cuentas de la Nación, hasta que fue reemplazado por la Sindicatura de la Nación (SIGEN) y por la Auditoría General de la Nación (AGN).

Ambos organismos fueron creados por la Ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control, del año 1992¹⁷⁷. El objeto prioritario de esta normativa fue lograr una gestión eficiente, eficaz y económica; además, contribuir a que la Administración pública posea instrumentos suficientes para generar información oportuna y confiable para la toma de decisiones, y permitir que la administración de las finanzas públicas se realice en un marco de transparencia.

Así, el control interno se le asignó a la Sindicatura General de la Nación, mientras que el control externo quedó confiado a la Auditoría General de la Nación. Todo el sistema apunta a lograr que el poder administrador, al desarrollar sus funciones esenciales, respete estrictamente las “tres E”: ética, economía y eficacia (Botassi, 2010).

No hay duda de que la intención del legislador es loable; el problema es que su interpretación y su aplicación concreta las realizan personas que se resisten a ser controladas.

¹⁷⁶ Artículo 8 de la Ley 24.156, modificada por la Ley 25.565.

¹⁷⁷ Publicada en el *Boletín Oficial* el 29 de octubre de 1992.

A continuación, explicaremos someramente cuáles son las principales funciones de dichos organismos, su aplicación concreta y las debilidades que se presentan en su diseño. Ello permitirá apreciar los motivos por los cuales, en estas condiciones, llevar adelante un control eficaz es realmente dificultoso.

Comenzaremos por el sistema de control interno, que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 100 de la Ley 24.156, está conformado por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y por las Unidades de Auditoría Interna (UAI) de cada jurisdicción, para luego abocarnos al control externo que realiza esencialmente la Auditoría General de la Nación.

3.5.2. LA SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN (SIGEN)

La SIGEN es una entidad con autarquía administrativa y financiera, que actúa como organismo de control interno del Estado. Su titular es designado por el presidente de la Nación, a quien reporta (artículo 97 de la Ley 24.156). Está integrada por un síndico general y por tres síndicos adjuntos, tres secretarías, ocho gerencias y una unidad de auditoría interna¹⁷⁸.

Vale aclarar que, si bien se trata de un ente autárquico que no posee subordinación jerárquica, esto no significa que tenga independencia absoluta del poder central, ya que el ente se sujeta a ese poder, que fija los lineamientos, los principios de conducta y las políticas administrativas generales que alcanzan a la Administración en su conjunto.

Se trata de un organismo unipersonal, cuyo titular, como se adelantó, es el síndico general de la nación, designado por el Poder Ejecutivo Nacional, de quien depende directamente. Esta designación no requiere de ningún requisito particular más que los establecidos en la ley respecto a la edad, los años de experiencia, el título universitario, etc. Lo mismo sucede con los auditores internos, que son nombrados por los titulares jurisdiccionales por resolución ministerial, y, en el caso de las entidades, por disposición de la máxima autoridad ejecutiva.

¹⁷⁸ Para mayor información sobre su funcionamiento, se sugiere consultar la página www.siggen.gob.ar (consultada por última vez el 18 de abril de 2020).

Acá aparece la primera contrariedad, pues quien controla es designado por el controlado y puede ser despedido por él en cualquier momento, sin que se exija expresión de causa. Esta relación jerárquica, sin duda, priva de independencia y libertad al organismo.

Cuando el método de designación es perverso y se alimenta la parcialidad y la falta de profesionalidad, los mecanismos de control tienden inevitablemente a relajarse, porque los controladores procuran también sumarse fácilmente a ese cuadro de ilegitimidades. De hecho, estos últimos son nombrados para que cumplan su misión muy pasivamente.

Esta situación ha sido criticada severamente por la doctrina, pues se sostiene que los órganos de control deben ser concebidos como organismos técnicos en manos de profesionales con un profundo sentido republicano, con una férrea independencia de criterio y con vocación de servicio. La participación partidista en los mecanismos de designación introduce un germen de politización en un organismo técnico (Zingaretti, 2010).

Como graficaremos más adelante, en nuestro país sobran los ejemplos de nombramientos que evidencian la ausencia de control, dada la cercanía y la afinidad entre las personas controladas y las que deben controlar. Pero sigamos describiendo las funciones de estos organismos.

Al síndico general lo asisten tres síndicos adjuntos –que lo sustituyen en caso de ausencia, licencia o impedimento–, designados también por el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta del síndico general.

El art. 103 de la Ley 24.156 establece cómo se debe efectuar el control en el organismo. Así, dispone que el modelo de control que aplique y coordine la Sindicatura deberá ser integral e integrado; deberá abarcar los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, la evaluación de programas, proyectos y operaciones, y estar fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia.

Las funciones de la SIGEN están enumeradas en el art. 104 de la ley citada; entre ellas se destacan las siguientes:

- dictar y aplicar normas de control interno, que deberán ser coordinadas con la Auditoría General de la Nación;
- emitir y supervisar la aplicación, por parte de las unidades correspondientes, de las normas de auditoría interna;

- realizar o coordinar la realización, por parte de estudios profesionales de auditores independientes, de auditorías financieras, de legalidad y de gestión, investigaciones especiales, pericias de carácter financiero o de otro tipo, así como orientar la evaluación de programas, proyectos y operaciones;
- vigilar el cumplimiento de las normas contables, emanadas de la Contaduría General de la Nación;
- supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, facilitando el desarrollo de las actividades de la Auditoría General de la Nación;
- establecer requisitos de calidad técnica para el personal de las unidades de auditoría interna;
- aprobar los planes anuales de trabajo de las unidades de auditoría interna, orientar y supervisar su ejecución y resultado;
- comprobar la puesta en práctica, por los organismos controlados, de las observaciones y recomendaciones efectuadas por las unidades de auditoría interna y acordadas con los respectivos responsables;
- atender los pedidos de asesoría que le formulen el Poder Ejecutivo Nacional y las autoridades de sus jurisdicciones y entidades en materia de control y auditoría;
- formular directamente, a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, recomendaciones tendientes a asegurar el adecuado cumplimiento normativo, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de economía, eficiencia y eficacia;
- poner en conocimiento del presidente de la nación los actos que hubiesen acarreado o que puedan acarrear significativos perjuicios para el patrimonio público;
- mantener un registro central de auditores y consultores, a efectos de la utilización de sus servicios.

La SIGEN puede acceder a todos los registros documentales y magnéticos, a la documentación de respaldo y a los lugares de trabajo (oficinas, centros de procesamiento de la información, archivos, almacenes, entre otros), necesarios para el cumplimiento de su misión de control (art. 106).

Los resultados del control efectuado por la SIGEN deben ser informados al presidente de la nación, la Auditoría General de la Nación y la opinión pública, en forma periódica (art.

107 de la Ley 24.156). Asimismo, el art. 112, inc. h) de la misma ley establece, como una de las atribuciones y responsabilidades del síndico general de la nación, informar a la Auditoría General de la Nación los actos o conductas que impliquen irregularidades, sobre las que tuviera conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, los síndicos generales adjuntos participan en la actividad de la Sindicatura General, sin perjuicio de las responsabilidades por funciones y cometidos determinados, que el síndico general de la nación les atribuya conjunta o separadamente, con arreglo a la naturaleza de la materia, la importancia o las particularidades del caso (art. 113 de la ley citada).

Tal como se mencionó, la principal debilidad institucional que tiene la SIGEN consiste en la falta de independencia política respecto del Poder Ejecutivo: como la designación y la remoción de sus autoridades están a cargo del presidente, dependen de él jerárquicamente.

Si bien ya hemos señalado que el síndico general y las personas que ejercen funciones de control no deben tener conflictos de intereses con el ente controlado, en nuestro país se produjeron situaciones que muestran no solo un conflicto de intereses incomprensible, sino un mensaje errático sobre el control de los recursos del Estado, además de un desapego total a las normas básicas de integridad y transparencia.

Uno de los organismos que la SIGEN debe controlar es el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, que, durante 12 años (2003-2015), estuvo a cargo del Arq. Julio De Vido. Dado que una de las políticas más importantes de la gestión de ese período fue la realización de obra pública, en especial obra pública vial, a esa cartera se destinaron importantes recursos económicos, y ello, obviamente, generó un deber de control.

En efecto, el 19 de junio de 2003 se dictó el Decreto 238/03¹⁷⁹, por medio del cual se delegaron en el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios las facultades y las obligaciones determinadas por el artículo 2 de la Ley 13.064 de Obra Pública, es decir, la contratación y ejecución de construcciones, trabajos o servicios que revistieran el carácter de obra pública.

¹⁷⁹ Firmado por el presidente, Néstor Kirchner, el jefe de Gabinete, Alberto Fernández, y el ministro Julio De Vido.

Obsérvese que el mismo 19 de junio de 2003 se dictó el Decreto Nro. 228/2003¹⁸⁰, en el que se designó síndica general adjunta de la Sindicatura General de la Nación a la esposa del arquitecto De Vido, Alessandra Minnicelli. Esta permaneció en su cargo hasta noviembre de 2007.

Es decir, si quien debía realizar controles en las áreas relacionadas con la gestión del ministro de Planificación era su esposa, no podía esperarse ningún control serio.

La designación de funcionarios que tienen un vínculo o relación con el Poder Ejecutivo no es una buena señal de transparencia e independencia. Por el contrario, además de configurar un conflicto de interés evidente y de significar una pérdida de calidad institucional del organismo, es un mensaje muy negativo que favorece las conductas arbitrarias y los actos de corrupción.

3.5.3. LAS UNIDADES DE AUDITORÍA INTERNA

Según lo dispuesto por el art 100 de la Ley 24.156, las Unidades de Auditoría Interna dependen jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo y actúan coordinadas técnicamente por la SIGEN.

Admite Ivanega (2016) que estos órganos desconcentrados han sido objeto de críticas, en particular por la vinculación con el controlado. Además, porque los integrantes de las UAI no gozan de estabilidad. El perfil de los auditores internos fue aprobado por la Res. 17/06 y debe ajustarse a las condiciones fijadas por la SIGEN. Se los nombra previa opinión técnica no vinculante de la sindicatura. La autoridad competente puede designar al auditor interno apartándose de la opinión de la SIGEN, en la medida en que exprese, en el acto de nombramiento, los fundamentos que sustentan tal proceder.

La auditoría interna consiste en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades (art. 102, Ley 24.156). Tiene el deber de informar a la SIGEN y a la autoridad superior de cada jurisdicción o entidad la falta de cumplimiento de cualquiera de las normas que rigen la administración financiera y los sistemas de control. De acuerdo con el art. 101 de la Ley 24.156, la autoridad superior de cada

¹⁸⁰ Esta vez, firmado solo por el presidente, Néstor Kirchner, y por el jefe de Gabinete, Alberto Fernández.

jurisdicción o entidad dependiente del Poder Ejecutivo Nacional es responsable del mantenimiento de un adecuado sistema de control interno.

3.5.4. LOS SERVICIOS JURÍDICOS PERMANENTES

En la Administración pública, ningún órgano administrativo se encuentra habilitado a dictar un acto administrativo sin que se haya cumplido previamente con un procedimiento determinado, en el que intervienen diversas áreas administrativas con cuya intervención van formando la voluntad del órgano con competencia para decidir.

Una de ellas es el área jurídica, que es sumamente relevante porque le corresponde emitir opinión acerca de si la decisión puede tomarse desde el punto de vista legal. En otras palabras, lo que se realiza es un control de legalidad de la decisión estatal, que debiera garantizar los derechos de los particulares y la correcta actuación de la Administración.

Encauzar jurídicamente la actividad administrativa tiene una función doble: por un lado, es garantía de los administrados, puesto que impide a la Administración dictar actos administrativos que se refieran a sus derechos subjetivos o a intereses legítimos sin la debida correspondencia con el ordenamiento jurídico, y, por el otro, evita responsabilidades del Estado, al alertar a las autoridades intervinientes los vicios que el acto pudiera contener, y sus consecuencias.

Por el principio de legalidad, toda la actividad de la Administración debe respetar el bloque de juridicidad. Entonces, el Poder Ejecutivo está obligado a actuar con apego a la Constitución, las leyes, sus propios reglamentos y los que dictan los órganos inferiores. Teniendo en cuenta ello, resulta de suma importancia la actividad consultiva previa a la toma de decisiones por parte de la Administración pública.

En nuestro país, la función de asesorar jurídicamente a los órganos de la Administración pública está a cargo de la Procuración del Tesoro de la Nación y de las asesorías y direcciones de asuntos legales de cada uno de los organismos de la Administración, que componen el cuerpo de abogados del Estado. La Ley de Procedimiento Administrativo 19.549 considera esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico, cuando el acto pudiera afectar derechos subjetivos e intereses legítimos (art. 7).

Ahora bien, no cualquier opinión de un servicio jurídico puede ser considerada como un dictamen previo que avala el acto administrativo. Ciertamente, tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que, por “dictaminar” debe entenderse “analizar en forma exhaustiva y profunda el tema jurídico que se discute...”¹⁸¹. Del mismo modo, se sostiene que el dictamen jurídico “debe consistir en un análisis pormenorizado de las circunstancias fácticas del caso y de las consideraciones jurídicas aplicables, para poder recomendar conductas acordes con la justicia e interés legítimo de quien formula la consulta”¹⁸².

Por ese motivo, la Procuración del Tesoro de la Nación ha descalificado las opiniones de algunos servicios jurídicos, al señalar que el dictamen jurídico “no puede constituir una mera relación de antecedentes, ni una colección de afirmaciones dogmáticas...”; tampoco cumple los extremos citados anteriormente un asesoramiento que “se limita a afirmar que la medida cuestionada es legítima, pero sin suministrar las razones jurídicas en que tal conclusión se funda...”¹⁸³.

Lo expuesto demuestra que no alcanza con que los servicios jurídicos den meras opiniones superficiales utilizando fórmulas genéricas o modelos que no implican control de legalidad alguno, como habitualmente sucede, pues se encuentran obligados a dar tratamiento a todas y cada una de las cuestiones jurídicas que son de su competencia.

3.5.5. LA AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN (CONTROL EXTERNO)

El control externo se configura cuando los encargados de llevarlo a cabo no pertenecen a la organización de la institución que debe ser controlada. La denominación general aceptada internacionalmente para los organismos que lo ejercen es la de entidades fiscalizadoras superiores (EFS), que en cada país responden a figuras institucionales diversas.

¹⁸¹ Dictamen N° 15/94 (Dictámenes: 208:83 en Rev. PTN N° 21, p. 393).

¹⁸² Dictámenes 203:148, 211:246 y 231:156, entre otros.

¹⁸³ Dictamen 264 del 07/08/1990.

En el caso de Argentina, el organismo que se encarga de ese control es la Auditoría General de la Nación, que adquirió rango constitucional con la reforma de 1994, conforme lo establece el art. 85, segunda parte de la Constitución Nacional.

La figura de la AGN en el ámbito del Poder Legislativo deviene del principio de división de poderes, que lleva ínsita la concepción del control recíproco entre ellos. Para contrapesar la actuación del Poder Ejecutivo, el Legislativo debiera ejercer un control sobre su actividad administrativa. Se está frente a un tipo de control “técnico-funcional”, a cargo del Congreso nacional (Ivanega, 2016).

En efecto, el art. 85 de la Constitución Nacional establece que el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos será una atribución propia del Poder Legislativo. En este punto, dispone que el examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y la situación general de la Administración pública se sustentarán en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.

Se prevé también que este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara¹⁸⁴.

Finalmente, el citado art. 85 establece que la AGN tiene a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la Administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en los trámites de aprobación y de rechazo de las cuentas de percepción e inversión de fondos públicos.

Para llegar a ese control de la AGN, se requiere que hayan transcurrido cuatro etapas previas dentro del proceso presupuestario. En la primera, todos los organismos que integran la Administración nacional envían sus anteproyectos a la Oficina Nacional de Presupuesto, para que elabore el proyecto de Ley de Presupuesto. Una vez que el proyecto se recibe, se revisa, se completa y se envía al Congreso. En la segunda etapa, el Poder Legislativo analiza el proyecto, realiza modificaciones y, luego, lo aprueba. Una vez aprobada la ley, comienza la tercera etapa, esto es, la ejecución del presupuesto. Cerrado

¹⁸⁴ Se sugiere consultar la página oficial <https://www.agn.gob.ar/> (consultada por última vez el 18/4/20)

ya el año fiscal, se inicia la cuarta etapa, en la que el Poder Ejecutivo debe rendir cuentas de lo realizado durante el año anterior; así se comienza a elaborar la cuenta de inversión, que debe ser presentada al Congreso dentro de los seis meses posteriores al vencimiento del ejercicio. El Congreso debería controlar la actuación del Poder Ejecutivo, y aprobar o rechazar la cuenta de inversión (Despouy, 2014).

Recién en esta última etapa interviene la AGN, colaborando con el Congreso en el control de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial y legal. El marco normativo de dicho control se lo brindan la Constitución Nacional (artículos 75, inc. 8, y 85) y la Ley 24.156 de Administración Financiera (arts. 95, 121 a 127).

La AGN es, entonces, el órgano de control externo del sector público nacional. No depende del Poder Ejecutivo como la SIGEN, sino del Congreso nacional. Tiene personería jurídica propia e independencia funcional y financiera. Está integrada por siete miembros, designados cada uno como auditor general, que duran ocho años en su función y que pueden ser reelegidos.

El presidente de la AGN debe ser elegido a requerimiento del partido político de la oposición con mayor número de legisladores en el Congreso, lo cual es un requisito que se considera indispensable a los fines de asegurar la independencia del control.

Las funciones de la AGN se encuentran establecidas en el artículo 118 de la Ley 24.156:

- fiscalizar la utilización de los recursos del Estado;
- realizar auditorías financieras, de legalidad, de gestión, exámenes especiales de las jurisdicciones y de las entidades bajo su control;
- controlar la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público;
- realizar exámenes especiales de actos y contratos de significación económica, por sí o por indicación de las cámaras del Congreso o de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas;
- auditar y emitir dictamen sobre los estados contables financieros del Banco Central de la República Argentina, así como emitir opinión sobre la memoria y los estados contables de las empresas y las sociedades del Estado;

- fijar los requisitos de idoneidad que deberán reunir los profesionales independientes de auditoría y las normas técnicas a las que deberá ajustarse el trabajo de estos;
- fiscalizar el efectivo cumplimiento de los cargos que se imponga al beneficiario de un bien inmueble de propiedad del Estado nacional transferido a título gratuito por la ley dictada, en virtud del artículo 75, inciso 5, de la Constitución Nacional¹⁸⁵.

En definitiva, la AGN tiene como atribución sustancial evaluar la eficacia y la eficiencia de la Administración pública¹⁸⁶, y también prevenir actos de corrupción administrativa, para lo cual debe informar las irregularidades que se detecten.

El trabajo del auditor concluye con un informe que debe ser comunicado al auditado y a las autoridades que indica la legislación. Los informes de auditoría tienen carácter de dictamen, pues importan una valoración, una comparación, y suponen un juicio u opinión basada en las normas aplicables al tipo de control. Carece de atribuciones para aplicar multas y para formular observaciones con carácter suspensivo, lo cual lo diferencia del tribunal de cuentas provincial, como veremos a continuación.

No existe norma legal que establezca la obligatoriedad, para los auditados, de las recomendaciones formuladas por los organismos de control, por lo que se trata de dictámenes no vinculantes. Es decir, el informe solo posee un carácter técnico y sirve de base para que el Poder Legislativo realice los controles posteriores que estime pertinentes.

El informe de auditoría se estructura conforme a las normas técnicas. Por lo general, en su estructura figuran los capítulos de observaciones y comentarios, en los que se exponen las deficiencias, los desvíos detectados y su relevancia institucional y jurídica, y un ítem especial de recomendaciones.

El auditor, al concluir su trabajo, relata hechos, procedimientos aplicados, y determina las anomalías halladas; evalúa, opina, manifiesta su parecer acerca del cumplimiento legal y de la conformidad de los estados financieros con los principios de contabilidad

¹⁸⁵ Inciso incorporado por art. 1.º de la Ley 26.599 (B.O. 7/7/2010).

¹⁸⁶ “Art. 117. — Es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos” (Ley 24.156).

generalmente aceptados. Expresa qué vio, cómo lo analizó, qué irregularidades encontró y qué recomienda corregir.

Si bien el organismo es esencialmente técnico, su conducción es política, y esta característica favorece la ineficacia del control, entre otras razones, por la gran cantidad de personal contratado que, al no tener estabilidad, tampoco cuenta con demasiada autonomía para operar.

Así, la principal falencia que se puede observar en cuanto a la eficacia del funcionamiento de la Auditoría General de la Nación como órgano de control público tiene que ver con la composición de dicho organismo.

Por otra parte, si bien su presidente es designado por el principal partido político opositor –lo cual, como dijimos, es atinado para asegurar su independencia y para evitar su manipulación–, los problemas surgen cuando se analiza el mecanismo de designación de los otros seis integrantes.

En efecto, tres de ellos son elegidos por la Cámara de Senadores y los otros tres, por la Cámara de Diputados, “observando la composición de cada Cámara”. Por ello, si en ambas cámaras hay mayoría de legisladores del oficialismo, los seis auditores serán elegidos por el partido que gobierna. Este mecanismo no solo resquebraja el equilibrio que la norma constitucional y la ley pretenden¹⁸⁷, sino que también atenta contra el buen funcionamiento del organismo, ya que, si el partido político al que pertenece el presidente de la nación tuviera una amplia mayoría en ambas cámaras del Congreso, surge la posibilidad de que se designen auditores que respondan a las exigencias políticas de dicho partido y no al interés general que debe regir todos los actos de la Administración pública.

Y esto no es una mera fantasía: en general, el partido gobernante tiene mayoría propia en el Congreso y, en consecuencia, en el Colegio de Auditores de la AGN, situación que afecta el equilibrio de poderes que se previó en la última reforma constitucional en pos del mayor control. Para revertir esa circunstancia inadmisibles, es necesaria una modificación en la ley, de modo tal que el organismo a cargo de controlar la gestión y las cuentas del Estado sea mayoritaria y efectivamente conducido por la oposición (Despouy, 2014).

¹⁸⁷ Arts. 121, 122 y 123 de la Ley 24.156.

Lo expuesto hasta aquí demuestra la ineffectividad casi total del sistema de control público establecido por la Ley N° 24.156, y, además, su ineptitud para el logro de una correcta administración financiera del Estado, basada en el cumplimiento de las reglas vigentes.

Al respecto, se ha sostenido que es evidente el juego político que rodea la designación de las máximas autoridades; es una circunstancia que debilita el rol constitucional que le fue asignado a la AGN. Así, la independencia que se pretende queda suprimida y reemplazada por la lucha política (Ivanega, 2016).

3.5.6. EL TRIBUNAL DE CUENTAS COMO CONTROLADOR EXTERNO A NIVEL PROVINCIAL

Mientras en la nación argentina, a partir de 1993, se estructuró el control financiero sobre la base de los dos organismos antes descriptos –SIGEN y AGN–, los Estados locales mantuvieron la organización del sistema colonial español. Se trata de una herencia común en Iberoamérica, en la que se instituye el Tribunal de Cuentas como órgano independiente de fiscalización y juzgamiento de las cuentas. Los Tribunales de Cuentas, previstos en las Constituciones locales, examinan el manejo de fondos realizado por el Poder Ejecutivo provincial y por las municipalidades (Botassi, 2010).

De ahí que, en la mayoría de las provincias de Argentina, el control externo esté a cargo de los Tribunales de Cuentas. Las Constituciones provinciales fijan la composición de estos organismos, el vínculo con las legislaturas, y establecen las competencias, sin perjuicio de las leyes orgánicas dictadas en cada caso.

Algunos de los Tribunales de Cuentas tienen facultades de control preventivo concomitante, como el caso de Catamarca, Córdoba, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Santa Cruz, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, Tucumán; y otros solo ejercen el control posterior, como Buenos Aires, Mendoza, Santa Fe, San Luis, San Juan, Neuquén, Misiones, Chaco, Chubut. Ha existido una importante resistencia de las provincias argentinas a modificar la estructura de control a semejanza del sistema nacional (Ivanega, 2016).

Estos organismos tienen a su cargo el examen de las rendiciones de cuentas –o estados contables– de quienes recaudan, intervienen, administran, custodian, manejan o utilizan bienes, caudales o efectos públicos.

Para asegurar su independencia, los miembros de los Tribunales de Cuentas son designados de común acuerdo entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, poseen estabilidad en su cargo y solo pueden ser removidos mediante juicio político, por las causales y los procedimientos establecidos para el desafuero de los magistrados.

En la provincia de Buenos Aires, el artículo 159 de la Constitución prevé la figura del Tribunal de Cuentas, su composición, el método de nombramiento (Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado) y sus atribuciones. Por su parte, la Ley 10.869 Orgánica del Tribunal de Cuentas regula el funcionamiento del cuerpo (Botassi, 2010).

En el caso de la provincia de Santa Cruz, el artículo 123 de la Constitución provincial establece que el Tribunal de Cuentas tiene a su cargo el examen de las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas provinciales y municipales. Sus miembros son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara, salvo uno de ellos, que lo será a propuesta del partido político que constituya la primera minoría en la provincia.

Es decir, nuevamente, se observa una deficiencia en el diseño del sistema, pues el que debe controlar es elegido por el controlado, lo cual deja en evidencia el escaso marco de independencia que tienen los miembros de este tribunal frente a la tarea que deben realizar. Nótese que, de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (Ley 500 de Santa Cruz), ese tribunal es el órgano fiscalizador de la gestión financiera patrimonial de la provincia, los municipios, las empresas paraestatales, las reparticiones descentralizadas y autárquicas, creadas o que se creen en el futuro.

Si bien es loable que los miembros sean inamovibles y que conserven los puestos mientras dure su buena conducta y su capacidad, no debe perderse de vista que, en especial en esta última provincia –al igual que en otras–, ha gobernado durante años el mismo partido político, por lo cual la inamovilidad ha tenido que ver también con una falta de alternancia del Gobierno.

3.5.7. ¿QUIÉN CONTROLA AL CONTROLADOR?

Para cerrar este apartado, dado que la independencia presupone neutralidad política, debemos decir que aún en la actualidad continúa debatiéndose si la estructura de los Tribunales de Cuentas y sus competencias son adecuadas para controlar la gestión en esta

época. Estos cuestionamientos tienen sustento en la necesidad de mejorar la vida de la sociedad.

Por supuesto, aquí emerge la cuestión de la independencia y la objetividad de los que controlan. Así, el problema no parece ser la figura de esos tribunales, sino su posicionamiento frente a una Administración que debe avanzar y actualizarse, de la mano de requerimientos sociales y de los derechos de las personas (Ivanega, 2016).

El prestigioso filósofo Norberto Bobbio (2013), en su texto *Democracia y secreto*, escrito en marzo de 1988, ya recurría a la locución latina *Quis custodiet ipsos custodes?*, cuya traducción es “¿Quién custodia al cuidador?”. De esta manera, se plantea quién controla a los órganos que deben ejercer una observación férrea de los actos de gobierno.

Para contestar este interrogante, Bobbio recurre a Bentham, quien afirmó que “el edificio” deberá ser sometido a inspección continua no solo por personal especializado, sino también por el público. Con esta contestación, anticipaba de alguna manera el derecho de los ciudadanos a tener acceso a la información, que es una de las muchas formas que un Estado democrático reconoce a los ciudadanos de vigilar a los vigilantes.

En estrecha relación con lo expuesto, más adelante, el autor se explaya en el problema de la publicidad de los actos del poder y se remite a Kant, para quien todas las acciones referidas al derecho de otros hombres, cuya máxima no es compatible con la publicidad, son injustas. Es decir, la única manera de garantizar la publicidad de los actos de gobierno es condenar el secreto e institucionalizar la publicidad como máxima (Bobbio, 2013).

Asegurar estos postulados y garantizar la transparencia de las decisiones, la buena fe, la ética en el ejercicio de las funciones públicas y el buen gobierno, sin duda, se erige en un reto fundamental de la democracia y de la gobernabilidad.

CAPÍTULO IV

MECANISMOS FRECUENTES DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

4.1. GENERALIDADES

Como ya hemos dejado sentado, la corrupción en la contratación pública se ha constituido en una conducta endémica de los actores que participan en ese proceso. El problema es estructural: las autoridades se valen de las deficiencias del sistema y de la ausencia de controles serios, para llevar adelante todo tipo de atropellos.

Así, cada licitación pública y cada contratación directa son una oportunidad para que los operadores inescrupulosos, con la intervención del sector privado, aprovechen las vulnerabilidades de la Administración.

Resulta llamativo que, a pesar de la reiteración de hechos de esta naturaleza, los controles siguen siendo ineficaces, el Poder Legislativo no cumple su deber de control del Ejecutivo (ni cuando se sanciona la Ley de Presupuesto, ni cuando se analiza la cuenta de inversión). Además, nadie fomenta sinceramente la independencia de los auditores, las normas inservibles no se modifican, los sistemas de prevención fallan una y otra vez.

Esto evidencia una falta total de interés, por parte de los dirigentes políticos, en prevenir y erradicar la corrupción.

Ello, sin contemplar el daño económico inmenso que ocasiona la corrupción en las arcas nacionales, provinciales o municipales, lo que, como ya hemos explicado largamente, repercute de manera directa en el ejido social.

Hemos dejado sentado que, cuando se hace referencia a una situación endémica de corrupción en la contratación pública, no se está hablando de una gestión de gobierno mala, errada o derrochadora. Uno o dos contratos mal adjudicados pueden responder a una conducta negligente o a la ignorancia de los contratantes acerca de la legislación aplicable. Sin embargo, cuando se constata que ese método ha sido lo habitual en un distrito determinado a lo largo del tiempo, y que las mismas personas lo han realizado de manera repetida, no es muy dificultoso deducir una arbitrariedad sistemática en el servicio del poder (Jareño Leal, 2011).

Ciertamente, si una gestión en la contratación pública es manipulada groseramente y está plagada de irregularidades y arbitrariedades caracterizadas por la habitualidad, la reiteración y la permanencia en el tiempo, se convierte en endémica. Entonces no hay de duda de que las responsabilidades deben analizarse desde los más altos cargos del Gobierno y no deben limitarse a los funcionarios ubicados en las segundas, terceras o cuartas líneas de jerarquía. En otras palabras, resulta impensado que una situación tan anómala pueda llevarse a cabo si no es ideada, proyectada, promovida y direccionada desde la cúpula del poder.

A pesar de ello, muchas veces, estas prácticas desviadas pasan inadvertidas a los ojos de la sociedad y de los operadores, pues su detección temprana es dificultosa. La falta de visualización de estas conductas como delito es explicable a partir de que la estrategia consiste en obtener una licitación pública que simula cumplir con los recaudos legales, que esconde la intención de desapoderar al Estado de recursos que podría utilizar para fines nobles.

Jareño Leal (2011) explica con lucidez que, en general, estas conductas no alcanzan a visualizarse como hechos ilícitos. Así, no llegan al derecho penal conductas que consiguen “bailar” con la legalidad, como por ejemplo cuando, en la fase final del contrato, la empresa adjudicataria puede llegar a duplicar o a triplicar ilegalmente el costo aprobado inicialmente, encubriéndolo bajo “mecanismos legales”, tales como la revisión de precios, la prórroga del contrato e incluso las modificaciones de obra.

La buena administración trae consigo la necesidad de prevenir la corrupción en la contratación pues, en el ámbito de la Unión Europea, es una de las causas -junto al urbanismo y la financiación de los partidos políticos-, que más perjuicio provoca. Se estima que solo en el año 2014 se cobró 120.000 millones de euros (Rodríguez Arana Muñoz, 2017).

Justamente, la UE llama la atención sobre los 1754 procesos judiciales relacionados con actos ilegales en materia de urbanismo: una materia en la que la arbitrariedad ha irrumpido con especial virulencia, a la busca y captura de toda suerte de recalificaciones, alteraciones o modificaciones de planes urbanísticos, ayudada por un tráfico de información privilegiada que trae consigo descomunales beneficios en tiempo récord.

En estos casos, por lo general, la respuesta penal termina siendo inexistente, no porque este tipo de acciones no constituya delito, sino porque la conducta pasa bajo un radar que

se justifica con una mecánica formalmente correcta y aceptada socialmente, a tenor de lo que vemos ocurrir en la construcción de los grandes proyectos. Es así como, desde la propia Administración, de manera intencional, se omite instaurar mecanismos de control efectivos para los casos en que se incrementa de forma fenomenal el costo inicial de la obra. Lo más llamativo e inconcebible es que ni siquiera hay responsabilidad política para quienes contratan la realización de esta clase de proyectos en condiciones que acaban multiplicando de forma desorbitada su presupuesto (Jareño Leal, 2011).

Y esto es así porque, como dijimos, suele ser difícil distinguir el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración del abuso de poder o la arbitrariedad. Nos referimos a casos en los que la adjudicación de un contrato público se efectúa con una resolución formalmente adaptada a la legalidad, pero que esconde detrás un pacto entre el funcionario y la persona jurídica (por razones de amistad o de cercanía política, por ejemplo).

Por supuesto, en estas condiciones, no se puede esperar que las partes involucradas confiesen los delitos que tanto beneficio económico reportan a empresarios y funcionarios, ni menos que el propio Estado diseñe un mecanismo eficaz para proteger a los delatores internos (en general, se los ataca y se los difama).

Por ello, el investigador (juez o fiscal), para descubrir y desterrar estos pactos venales, deberá inmiscuirse dentro del entramado de la contratación pública. Desde allí, tendrá que desmenuzar, silenciosa y pacientemente, el trámite del expediente administrativo.

El análisis deberá evaluar la razonabilidad del llamado a licitación, el proceso de licitación, y hurgar exhaustivamente en cada una de las fases que componen la contratación. Esto supone un esfuerzo titánico pero necesario, si se pretende revelar o detectar el lado oscuro, opaco, ilegal y corrupto de la contratación.

Justamente, el primer informe anticorrupción de la UE¹⁸⁸ incluye un estudio monográfico sobre la corrupción en la contratación pública. Este señala las irregularidades ocultas que se producen en las fases de la contratación pública, como ser: *i*) especificaciones técnicas hechas a medida para favorecer a determinados licitadores; *ii*) conflictos de intereses; *iii*) criterios de selección desproporcionados y no motivados; *iv*) el recurso injustificado a procedimientos de emergencia y urgencia; *v*) el tratamiento inadecuado de las ofertas

¹⁸⁸ Publicado en febrero de 2014.

temerarias; *vi*) la excesiva insistencia en el criterio del precio más bajo en detrimento de la calidad, y *vii*) la modificación injustificada de contratos, entre otras.

Descubrir estas y otras maniobras ilegales usuales en las contrataciones con el Estado requiere de un vasto conocimiento y dominio de normas administrativas y penales, tanto nacionales como locales. Además, exige tenacidad, perseverancia y contracción al trabajo, pues el detalle más mínimo dentro del expediente administrativo puede servir para desentrañar una maniobra de corrupción.

En este capítulo, nos detendremos en el análisis de las situaciones anómalas que se ejecutan en las distintas etapas, y que sirven para demostrar el interés oculto, la verdadera intención, el dolo de la conducta.

De más está decir que estas ilegalidades, conjugadas con acciones y omisiones paralelas—como, por ejemplo: *i*) no evaluar de forma periódica los riesgos de corrupción en la contratación pública; *ii*) evitar establecer estándares elevados de transparencia; *iii*) ebilitar los instrumentos de control interno y externo; *iv*) detonar órganos de control o impedir que cumplan su función; *v*) soslayar la formación y la sensibilización de los operadores, y *vi*) suavizar los regímenes sancionadores, así como disminuir su efectividad—, nos llevan no solo a posar la mirada en la irregularidad en sí misma, sino a concluir que el ejercicio arbitrario en la contratación pública puede ser sistémico.

Los responsables de fomentar una cultura de integridad son los Gobiernos; por eso, cuando se produce una situación como la descrita, es fácil deducir que estos mecanismos y directivas emanan desde los cargos más altos de un Gobierno, para que los inferiores jerárquicos los lleven a cabo.

Esta situación de caos es tolerada por funcionarios y privados como parte de un régimen o una práctica inmodificable. Son las “reglas del juego” históricas, de las que nadie puede apartarse.

Así, los Gobiernos, con la colaboración del sector privado (allegados o amigos de la elite), incluyen la corrupción dentro de las políticas de inversiones. Los primeros, para enriquecerse ilegalmente o como una práctica clientelar que les reporta un flujo de dinero constante para financiar campañas políticas, y los segundos, para obtener contratos públicos substanciosos a instancias del Estado nacional.

La lucha contra la corrupción en materia contractual no es un fin en sí mismo. Es un medio para que los ciudadanos puedan disfrutar de obras públicas, de servicios públicos, que les permitan vivir en mejores condiciones, que les permitan también elegir de entre varias opciones aquella que mejor se adecue a sus necesidades (Rodríguez Arana Muñoz, 2017).

4.2. METODOLOGÍA PARA DETECTAR LA CORRUPCIÓN

El análisis de las irregularidades en las contrataciones nos permitirá mostrar la incidencia de la conducta en los encuadres típicos, todo lo cual será analizado en el capítulo siguiente. Lo relevante es prestar especial atención a las posibles acciones de cada una de las fases de la licitación, porque es ahí donde se dejan las “huellas” del delito.

En las recomendaciones de OCDE para combatir la colusión en la contratación pública¹⁸⁹, se establecen ciertos patrones –advertencias– para detectar tempranamente la colusión en las licitaciones, entre las cuales se señalan las siguientes: *i)* el mismo proveedor presenta la oferta más baja en diferentes licitaciones; *ii)* proveedores que se retiran intempestivamente de las licitaciones; *iii)* presentación de ofertas por parte de empresas que nunca ganan; *iv)* compañías que se turnan para ser las licitante ganadoras; *v)* el licitante ganador repetidamente subcontrata trabajo con licitantes perdedores, y *vi)* el licitante ganador no acepta la adjudicación, y, luego, se determina que está trabajando como subcontratista.

En este documento también se sugiere atender a los precios presentados en una licitación, ya que se pueden utilizar como herramienta para descubrir casos de colusión. Así, se exhorta a los Estados a buscar patrones sospechosos en un período dado, pues a menudo son mejores indicadores de una posible manipulación que la evidencia que puede arrojar una sola licitación.

Por supuesto, todos estos indicios de posibles manipulaciones de los procesos deben estudiarse con suma prudencia, junto con todas las constancias probatorias al alcance –tanto endógenas como exógenas–, ya que pueden obedecer a razones justificadas y no estar necesariamente ligados a actos ilegales.

¹⁸⁹ De 2012.

Para determinar si puede tratarse de un caso de manipulación, resulta útil formular preguntas preliminares que sirvan de guía para explorar rápidamente un vicio en el proceso de contratación, como, por ejemplo, indagar si se respetaron, o no, los principios generales que deben rodear toda contratación pública con el Estado. Concretamente, habrá que constatar si se observaron los principios que rigen toda contratación pública y que enumera taxativamente el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

4.2.1. RAZONABILIDAD

Una primera pregunta que sería conveniente plantear es si el proyecto es razonable. Esto se vincula con la necesidad de la convocatoria, el interés general que representa la obra para el conjunto de la sociedad o para una jurisdicción determinada, y los beneficios que reportará para la comunidad, los usuarios del servicio público o quienes usarán determinada infraestructura.

Como ya dijimos, todo procedimiento de contratación con el Estado se inicia mediante una decisión motivada de las necesidades del contrato. Por eso, en primer lugar, hay que determinar esas necesidades, lo que supone valorar las distintas opciones, examinar las diferentes alternativas, analizar los recursos –humanos y financieros– disponibles y su calidad. Luego, esa demanda se satisfará mediante el recurso a operadores externos. Esta es, por su naturaleza, la decisión de carácter más político y la que delimita el espacio en el que deberán desarrollarse las otras opciones o los procesos que vendrán posteriormente. Por ello se exige que esté debidamente razonada y justificada con precisión, tanto acerca de la naturaleza y extensión de la necesidad que se pretende satisfacer mediante el contrato proyectado como respecto de la necesidad de este para realizar mejor los fines encomendados (Malaret, 2016).

Es imperativo, entonces, que la obra sirva al bienestar e interés general. Se trata, en definitiva, de ofrecer los mejores bienes y servicios públicos posibles al conjunto de la sociedad, con la colaboración del sector privado.

Para ello, el orden jurídico les otorga a los órganos de administración cierta libertad para elegir entre los diferentes cursos de acción que deben seguir. Es decir, el derecho no les impone por anticipado una actuación, pues la existencia de la actividad discrecional es resultado de la imposibilidad práctica de que las leyes limiten la competencia en todos

sus aspectos y de que puedan determinar de antemano todas las situaciones reales que se presenten.

La discrecionalidad es la posibilidad de apreciar la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa dentro de ciertos límites. No obstante, el reconocimiento de esa discrecionalidad no implica que uno pueda calificar como impropio o ilegítimo que la Administración solo invoque o alegue en sus decisiones principios superiores de “utilidad pública”, “utilidad general”, “utilidad común”, “salud pública”, “orden público”, “moralidad pública”, “seguridad pública”, “salubridad pública”, “interés público”, “necesidad pública”, “satisfacción colectiva”, etc., sin la comprobación de que ello es cierto.

Estas cláusulas estándares se incluyen mediante fórmulas elásticas más o menos vagas y confieren al administrador un arbitrio interpretativo flexible, que no permite establecer la razonabilidad de la convocatoria (Dromi, 1995).

Si bien la satisfacción del interés general es el único fin que justifica toda acción administrativa, y más allá de que lleva implícita la idea de racionalidad, su invocación no puede legitimar, en ningún caso, un proceder ilógico, abusivo o arbitrario.

Los tres poderes deben actuar de forma razonable: el Congreso al legislar, el Poder Ejecutivo al administrar, los jueces al dictar sentencias. Mientras la decisión elegida encuentre fundamento legal, sea de competencia de quien la dictó y no sea arbitraria o irrazonable, constituye una decisión que concierne a la esfera de su discrecionalidad.

Está claro que la falta de explicitación de los motivos o de las causas del acto administrativo nos pone en presencia de la arbitrariedad.

Así, cuando se intenta motivar las decisiones con expresiones tales como “por razones de mejor servicio”, “por ser conveniente y necesario a los superiores intereses del Estado” o “en virtud de las atribuciones que le confiere claramente la ley...”, en rigor de verdad, no se trata de justificaciones válidas. Es necesario que cada decisión cuente con una explicación acabada y que todo el marco fáctico se analice en conjunto, de manera de corroborar que no esconde otros designios.

Entonces, los actos administrativos que autorizan los llamados a licitación pueden constituir una ficción para aparentar una supuesta motivación que no es tal, y disfrazar,

mediante fórmulas genéricas, el cumplimiento de los elementos administrativos esenciales.

Por ello, se sugiere prestarle especial atención a esa circunstancia. Así, cuando la fundamentación sea escasa o cuando se vislumbre la ausencia de razonabilidad en la contratación, deberá encenderse una alerta, pues es posible que la Administración se encuentre enmascarando una finalidad diferente a la del beneficio general, o que esté creando una demanda artificial de bienes y servicios innecesarios, que no satisfaga urgencias reales del órgano de contratación.

Para ello, es necesario tener en cuenta que el artículo 3, inc. a) del Decreto 1023/01 incorpora, como uno de los principios de la contratación administrativa, la razonabilidad del proyecto.

Se ha considerado que esta expresión debe interpretarse más allá del sentido técnico, circunscripto al diseño constructivo en sí mismo, pues también comprende el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración en todas sus fases, así como el objeto y la finalidad de la encomienda. Este principio condiciona el marco de actuación discrecional de la Administración, toda vez que la decisión de contratar y ejecutar tal o cual obra o prestación debe tomarse en función del mérito, la oportunidad o la conveniencia, para satisfacer el interés público o la Administración (Druetta, 2021).

El autor citado describe y grafica diferentes supuestos de falta de razonabilidad. Así, señala que la convocatoria sería irrazonable por inoportuna e ineficiente, si hace coincidir la celebración del contrato de obra pública y el inicio de los trabajos con el período de veda invernal, en el que, por razones climáticas, el adjudicatario devenido contratista no podrá realizar tarea ni obra alguna. Lo mismo sucede si el comitente público realiza la convocatoria a sabiendas de que, en oportunidad de concluirse el proceso selectivo y de celebrarse el contrato de obra pública o de concesión de obra pública, no tendrá la posesión material ni jurídica de la totalidad de los terrenos donde han de ejecutarse los trabajos. Es claro que la no disponibilidad de los terrenos imposibilita al contratista o concesionario cumplir sus obligaciones contractuales, y que ello genera responsabilidad en el comitente.

El principio de razonabilidad sirve para garantizar que no se levanten barreras injustificadas que impidan o restrinjan arbitrariamente el acceso al contrato o la real competencia entre los actores económicos, así como la debida tutela de los derechos de

los interesados en contratar y de los oferentes –plazos exiguos para el estudio, confección y presentación de ofertas, exigencias formales sobreabundantes–.

Finalmente, el autor asegura que la determinación del grado de prelación de las inversiones debe realizarse con la más absoluta racionalidad. Es decir, definiendo qué proyecto tiene carácter prioritario y cuál puede posponerse en el tiempo o limitarse en su *quantum*, sobre la base de dar precedencia a las contrataciones que tengan por finalidad satisfacer las necesidades más urgentes o impostergables. Por el contrario, no se sigue la pauta prioritaria que impone la correcta planificación, la programación de la inversión pública y la razonabilidad del proyecto, cuando se contrata la construcción de una red vial extensa en áreas geográficas donde el promedio kilómetro por habitante y la tasa de accidentes a causa del estado deficiente de conservación de la infraestructura vial son ínfimos en comparación con otras zonas del país.

Lo anterior se suma a la responsabilidad concurrente del Poder Legislativo que aprueba un gasto no prioritario o, en su caso, inútil y dispendioso, propiciado por el Poder Ejecutivo, al elevar el proyecto anual de presupuesto de gastos y recursos (Druetta, 2021).

4.2.2. EFECTIVIDAD

En estrecha vinculación con lo anterior, una vez que se pasa este primer tamiz, deberá examinarse la eficacia de la contratación, esto es, si la Administración ha seleccionado al mejor de los candidatos.

En este análisis, deberá ponderarse, como ya hemos mencionado, no solo el precio, es decir, la oferta económica más ventajosa, sino también otros elementos fundamentales, tales como la capacidad empresarial (económica y financiera), la experiencia específica en el rubro, la calidad del producto ofrecido y los antecedentes.

Así, se rechazará a todo operador económico que haya dado muestras de no ser fiable, por obrar con falta de profesionalidad grave, quebrantar deberes éticos o morales, o incumplir contratos u obligaciones ambientales o sociales.

Paralelamente, deberá evaluarse si el operador brinda las garantías necesarias para cumplir con el trabajo encomendado en el tiempo estipulado en la convocatoria, así como para conseguir los objetivos de sostenibilidad.

En suma, tendrá que ponderarse si el ganador es la mejor opción y si asegura el máximo rendimiento y eficacia, dentro del conjunto de los oferentes disponibles para la contratación.

Estas observaciones, que no requieren más que un análisis superficial anterior al estudio del trámite del expediente administrativo, pueden empezar a mostrar las condiciones o el marco de la contratación, y, a partir de allí, vislumbrar el verdadero propósito de la contratación o una posible maniobra de colusión.

4.2.3. COMPETENCIA REAL Y MÁXIMA CONCURRENCIA

La siguiente pregunta que habrá que formularse es si se abrió la contratación pública a la competencia, y si se permitió la máxima concurrencia de oferentes. Es decir, si hubo una competencia real.

Asimismo, se deberá controlar que las especificaciones técnicas del contrato no hayan sido exageradas, ya que estas pueden indicar un direccionamiento de la contratación hacia un único proveedor. En efecto, como explicaremos en detalle, el sobredimensionamiento del nivel de exigencias o detalles técnicos para que una empresa o unas pocas empresas sean las calificadas es una circunstancia fundamental que el investigador deberá evaluar.

Por el contrario, también habrá que tener un cuidado especial cuando las especificaciones técnicas sean exageradamente amplias, porque, si bien *a priori* esta circunstancia puede parecer positiva (toda vez que posibilitaría la presentación de una mayor cantidad de oferentes, y de una diversidad mayor), podría camuflar una maniobra para encubrir algún tipo de procedimiento irregular.

Un mecanismo de selección tan amplio podría otorgar un margen excesivo de discrecionalidad a los encargados de evaluar cuál es la mejor oferta. Esta facultad amplia se puede transformar en una herramienta para dirigir el procedimiento sin la obligación de brindar explicaciones al respecto.

Por eso, los instrumentos internacionales contra la corrupción, a la hora de abordar las medidas preventivas, ponen el acento en la necesidad de crear y fortalecer los sistemas de contratación que aseguren la publicidad, la equidad y la eficacia¹⁹⁰.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) define la competencia como una situación en un mercado en el que las empresas o vendedores independientes luchan por el patrocinio de los compradores con el fin de lograr un objetivo de negocio particular, por ejemplo, los beneficios, venta o participación en el mercado. En este contexto, a menudo se equipara la competencia a la rivalidad. Esta rivalidad puede tener lugar en cuanto al precio, la calidad, el servicio, o a la combinación de estos y otros factores que los clientes valoran. Se considera la competencia como un proceso importante para que las empresas estén obligadas a ser eficientes y a ofrecer mayor variedad de productos y servicios a precios más bajos, lo que da lugar al bienestar del consumidor. Incluye el concepto de eficiencia dinámica, por lo que las empresas participan en la innovación, al fomentar el cambio tecnológico y el progreso¹⁹¹.

De ahí que las prácticas colusorias y los acuerdos sobre los términos de la competencia o sobre cuándo competir son contrarios a la eficiencia, ya que no benefician ni al Estado nacional ni a la sociedad en general. Antes bien, se trata de un juego sucio que no respeta la ley y que resulta abusivo de los estándares y principios internacionales en la materia.

4.2.4. TRANSPARENCIA

También deberá determinarse si la convocatoria se llevó a cabo de acuerdo con los principios de transparencia. Una de las tantas formas de abordar este aspecto consiste en analizar el historial de licitaciones del organismo involucrado.

De esta manera, podrá observarse cuál fue el procedimiento de selección aplicado en contrataciones anteriores, qué empresas resultaron ganadoras, si se les otorgó suficiente publicidad a los llamados. Además, será posible tomar contacto con las empresas que resultaron perdedoras, para conocer su opinión sobre cómo se desarrolló la convocatoria, pues en muchas ocasiones las empresas no impugnan el acto administrativo de

¹⁹⁰ Artículo III.5 de la CICC.

¹⁹¹ OCDE, Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law. Traducción extraída de Fonseca Furtado, Regina; —Carteles de núcleo duro y Derecho penal de la Colección: Estudios y debates en derecho penal, n°15, dirigida por Jesús María Silva Sánchez; Buenos Aires, Euros Editores SRL, 2017, p. 11.

adjudicación, ya que implicaría enemistarse con la Administración y correr el riesgo de no poder ganar más licitaciones.

Otro elemento que deberá evaluarse, por ser contrario al principio de transparencia, es la fragmentación innecesaria de un único contrato de bienes y servicios. Si bien pueden existir razones legítimas para justificar este tipo de comportamientos por parte de la Administración, el hecho de fragmentar un procedimiento en pequeñas contrataciones constituye un indicio de que se quiere evitar el concurso público y sumar opacidad. De ese modo, es posible encubrir más fácilmente las eventuales irregularidades.

Al respecto, se ha sostenido que el desdoblamiento artificioso de una compra –que, por su naturaleza, debió hacerse por licitación pública– para posibilitar la contratación directa, y la elección del cocontratante de la entidad oficial dentro de un círculo de personas con vínculos familiares o cercanos al administrador son rasgos demostrativos de la comisión del delito de defraudación por administración fraudulenta¹⁹².

4.2.5. PUBLICIDAD

En relación con la transparencia, deberá verificarse si ha habido una publicidad adecuada que permitió aumentar significativamente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dicho procedimiento. Es decir, si la publicación fue eficaz en términos de extensión territorial y de tiempo.

En contratos sencillos o por montos menores, es razonable que se fijen plazos breves, pues ello resulta necesario para el desenvolvimiento normal y eficiente de la Administración. Sin embargo, cuando las contrataciones involucran mayores erogaciones o versan sobre cuestiones más complejas, y si existen puntos técnicos que requieren cierto análisis, naturalmente, debe estipularse un plazo mayor.

También se deberá examinar si los poderes adjudicadores, al fijar los plazos de recepción de las ofertas y solicitudes de participación, salvo supuestos de urgencia debidamente justificados, tuvieron en cuenta la complejidad del contrato y el tiempo necesario para preparar las ofertas.

¹⁹² Sala II de la Cámara Criminal Federal, en los autos "GIACOMINO, Roberto E. y otros", del 26/11/07.

Además, deberá revisarse si, por medio de circulares posteriores, se han modificado las circunstancias contempladas en la publicación, esto es: si se prorrogaron plazos, se modificaron condiciones sustanciales o se alteró alguna circunstancia relevante.

A su vez, es importante analizar si estas circulares se publicaron de la misma forma que la convocatoria a todos los potenciales oferentes y no solo a los que compraron los pliegos. Por supuesto, es esencial puntualizar si, luego de estas circulares, se les garantizó a los operadores económicos el tiempo suficiente para elaborar ofertas admisibles.

4.2.6. COLOFÓN

En definitiva, habrá que indagar si la adjudicación de los contratos se basó en criterios objetivos que garantizaron el respeto de los principios de razonabilidad, objetividad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, que permiten determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la más ventajosa económicamente.

Para garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato, la Administración está obligada a procurar la transparencia necesaria para permitir a todos los licitadores estar razonablemente informados de los criterios y modalidades que se aplicarán en la decisión relativa a la adjudicación del contrato¹⁹³.

Estos interrogantes orientan primigeniamente sobre las acciones y las motivaciones que se esconden detrás de las contrataciones públicas amañadas, alejadas de las reglas de transparencia y de los principios que deben regirlas. No obstante, como venimos sosteniendo, esto es solo un análisis preliminar, pues la verdadera indagación deberá realizarse en el expediente administrativo.

4.3. IRREGULARIDADES MÁS FRECUENTES

Entonces, si bien el examen propuesto es un buen método inicial de exploración, debe quedar claro que no garantiza detectar todas las ilegalidades ocultas en la contratación,

¹⁹³ Considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

por lo cual, una vez realizados estos tests preliminares, es indispensable explorar situaciones anómalas dentro de la licitación.

Ello, en la medida que, dentro del proceso de decisión que se atraviesa en la contratación pública, se presentan múltiples oportunidades para abusar del poder y para tomar decisiones arbitrarias. En definitiva, para obtener ventajas personales y beneficios o ganancias indebidas.

En efecto, las distintas etapas por las que transita un proceso de contratación pública –esto es, la elaboración del pliego, la publicación de la convocatoria, la etapa de consultas, aclaraciones y modificaciones de los interesados, la apertura de ofertas, la preadjudicación y la adjudicación definitiva, la suscripción del contrato y la ejecución del contrato– propician que se lleven adelante actos arbitrarios e irregulares.

Las adquisiciones son un elemento clave para que las instituciones estatales puedan cumplir con las misiones que tienen asignadas, pero también representan un riesgo cierto de corrupción, dados los volúmenes que se manejan y la discrecionalidad con que se las ejecuta.

Dado que el modo más frecuente para contratar en Argentina y en el mundo es la licitación pública, y que bajo esa forma se producen los mayores abusos, nos parece adecuado que el objeto de análisis se centre en esa modalidad de contratación, especialmente en las debilidades que presenta.

En efecto, enfocaremos nuestra propuesta y método de análisis en lo que sucede en la contratación de obra pública, por tratarse del ámbito en el cual, en los últimos 30 años, se han advertido los atropellos, las arbitrariedades y los focos de corrupción más llamativos. Para ello, se tendrán en cuenta los lineamientos de la Ley de Obra Pública argentina (Ley 13.064).

El propósito de este estudio es reconocer los entornos que favorecen las malas prácticas y las conductas delictivas en materia de contrataciones públicas, de manera de individualizarlas y de alertar sobre ciertas situaciones abusivas. Entendemos que dicho estudio puede brindar herramientas aptas para reducir al máximo la corrupción. El análisis se realizará en cada etapa de la contratación pública.

4.3.1. DURANTE EL PROCESO LICITATORIO

Como ya se dijo, el expediente de contratación comienza con la decisión administrativa del órgano competente –generalmente, el mismo que va a adjudicar después el contrato–.

Los pliegos son el conjunto de disposiciones técnicas y reglamentarias que tienen por fin gobernar el objeto de contratación, esto es, la convocatoria de la obra que se licitará, y ordenar la forma de la presentación de las ofertas. En ciertos contratos, como los de obra pública, se necesita la elaboración, la supervisión, la aprobación y el replanteo del correspondiente proyecto.

Los oferentes deberán ajustar su presentación a las condiciones allí detalladas, pues ni la Administración ni el ofertante se pueden apartar de la ley. De allí que no podrán modificarse, salvo en casos de supuestos estrictamente necesarios.

Tal como se ha señalado, un pliego que no se ajuste a las necesidades reales de la Administración o que introduzca una demanda artificial de bienes y servicios carecerá de total razonabilidad y será un indicio de corrupción, pero esta forma de actuar no es la única utilizada para burlar el procedimiento y dar una apariencia de legalidad: existen otras tantas que es necesario considerar.

4.3.1.1. Facilitación de información privilegiada

Es usual que, desde la Administración, se brinde al oferente información privilegiada sobre cuestiones técnicas, presupuestarias, de calidad, etc., que se plasmará en el pliego de bases y condiciones, colocándolo en mejor situación que el resto de los competidores.

Esto indica la necesidad de indagar los contactos, las relaciones personales, los vínculos de parentesco, las relaciones comerciales entre los funcionarios de las unidades de contratación de la Administración y los potenciales oferentes. Todo esto, además de delatar un conflicto de interés, puede constituir una señal de argucia o trampa, si esos vínculos no fueron debidamente declarados.

Al respecto, es imperioso aplicar, con todo rigor, las reglas de confidencialidad, para prevenir revelaciones de los pormenores de cada una de las ofertas y mantener controles estrictos para evitar los conflictos de interés.

Las filtraciones intencionales de información otorgan ventajas ilegales a un determinado oferente en detrimento de los otros. Uno de los asuntos que todo potencial oferente desea conocer de antemano es cuál será el método de financiación de la obra o del trabajo que se concursará, pues es dirimente para el costo final.

Ciertamente, para llevar adelante una obra, se requiere movilizar un conjunto de recursos, y el Estado, salvo casos excepcionales de celeridad, suele demorar un período largo para hacer efectivo el pago inicial de la prestación. En consecuencia, los potenciales oferentes deben cargar un costo financiero en su cotización que, en función de la fuente que utilicen para financiarse, puede ser de baja importancia o de alto impacto entre sus costos. Esto puede ser decisivo para elegir presentarse o no en la convocatoria realizada por la Administración.

Conocer de antemano cómo, cuándo y de qué manera se instrumentará el pago del contrato o parte de este es una información crucial, y, en consecuencia, suele ser muy bien recompensada.

Sabido es que, en el caso de la obra pública, la Administración pública suele utilizar la figura del anticipo financiero para que la empresa comience la obra, lo que implica una fuerte erogación previa por parte del Estado. A nuestro modo de ver, esta práctica no debiera permitirse, pues se supone que la empresa tiene suficiente capacidad e idoneidad para afrontar esos primeros gastos.

Habría que agregar que, como el monto de los anticipos muchas veces no está regulado, el pliego puede no otorgar un adelanto financiero o puede fijarlo, de manera discrecional y arbitraria, en cualquier porcentaje del total del contrato –en algunos casos, en el 5, el 10, el 15 y hasta el 20 %–.

Es fácil advertir la relevancia de conocer esta información, máxime cuando, si bien en general debe estar incluida en el pliego de bases y condiciones que obtiene cada interesado, en ocasiones, se notifica tardíamente a través de circulares y, en otras, se modifica por ese medio. Es muy posible que esta notificación tardía o modificación llegue cuando varios potenciales oferentes ya declinaron su interés en el procedimiento –justamente, por causas financieras–, por lo cual prevalecen en la puja solo aquellos que contaron con información privilegiada.

Dado que esa información puede proporcionarse simplemente para beneficiar a un futuro oferente o como una práctica colusoria, habrá que estudiar, respecto del adjudicado, el posible retorno (movimientos financieros, vinculaciones, erogaciones, reuniones, etc.).

Otro elemento relevante para detectar este tipo de irregularidades es la celeridad en el pago al contratista. Si bien esta modalidad será motivo de un análisis pormenorizado, solo adelantaremos que es usual que los contratos en los que se pactó un soborno por la información proporcionada suelen abonarse rápidamente, en comparación con el trámite habitual de pago, y esto es así porque, para cobrar la dádiva, el contratista debe hacerse del dinero.

Una forma de indagar sobre esta situación irregular es realizar una comparación con otros contratistas, o bien verificar en los expedientes de pago si hubo algún tipo de directiva que diera preferencia a uno sobre otros, lo que podrá ser corroborado por alguna resolución secreta, esto es, no publicada legalmente, o a través de los empleados de las áreas contables y de tesorería.

4.3.1.2. Celeridad en el proceso licitatorio

Como se anticipó, se pueden descubrir ilegalidades teniendo en cuenta el lapso que insumió el proceso licitatorio. En especial, desde la aprobación del llamado de la licitación hasta la firma del contrato de obra pública. Esto refleja la preferencia que podría habersele otorgado a un grupo empresarial o a una empresa frente a otros oferentes.

En consecuencia, se sugiere establecer cuál es el tiempo general que demanda el trámite de aprobación de un proceso licitatorio de características similares. A modo de ejemplo, si es la Dirección Nacional de Vialidad la que realiza la convocatoria, habrá que determinar cuáles son los tiempos mínimos administrativos que se manejan entre la elaboración del proyecto hasta la contratación efectiva del mejor oferente. Si bien, por lo general, el plazo de duración suele ser variable, siempre es posible obtener una aproximación promedio de días, meses o años.

Claro que esto por sí solo puede no indicar demasiado: las contrataciones pueden durar meses, otras veces, menos. Incluso, algunas se paralizan por un año o por más tiempo, dependiendo del tipo de obra y de cada situación concreta que surja del expediente. Sin embargo, frente a esta secuencia, corresponde profundizar el estudio.

Junto con los plazos habituales, debe considerarse la velocidad de los actos administrativos del expediente que se analiza: los llamados a licitación, la preadjudicación, la adjudicación, la homologación del contrato, etc. Así, si muchos actos de relevancia se producen dentro de límites temporales estrechos –tan acotados que no permitan un análisis real y serio–, es posible inferir que el proceso licitatorio es ficticio.

Como se sabe, la presentación de la oferta es un acto sumamente complejo. Prueba de ello es que, de acuerdo a la obra, suelen ocupar varios cuerpos del expediente administrativo. En ella, se debe estimar y tasar la totalidad de los recursos (materiales, humanos, económicos) que insumirá la obra pública, con un proyecto mensual.

Por ejemplo, existe una imposibilidad material de que una empresa con casi nula experiencia en la actividad pueda presentar, de manera consecutiva y en un corto plazo, 12 ofertas sobre diferentes licitaciones en obra pública vial. Más irracional es que los actos administrativos subsiguientes que avalan todas esas licitaciones se realicen en pocos días.

Es inexplicable y vislumbra posibles maniobras colusorias que la Comisión de Preadjudicación (inderdisciplinaria) analice, por ejemplo, cinco licitaciones complejas en menos de 4 días o en tan solo 24 horas, o que se expida un día después de la preadjudicación realizada por el ente contratante, lo cual atenta contra toda lógica posible.

La celeridad en el estudio obliga a pensar que, o bien se contaba con un “ejército” de empleados administrativos para poder cumplir con esos plazos –circunstancia que tendrá que corroborarse–, o bien se trató de un arreglo espurio.

4.3.1.3. Aprobaciones *ad referendum*

Pero, además, habrá que prestar especial atención a cómo fueron aprobados esos actos, ya que, en algunas contrataciones con el Estado, son firmados *ad referendum*. Esto es una muestra de pretender darle celeridad, y, a la vez, de no comprometer responsabilidades de otros miembros.

El dictado de actos *ad referendum* implica un reconocimiento, por parte del funcionario que los emite, de la falta de competencia para ese fin: el funcionario reconoce que no

tiene facultades y realiza actos que dependen de la refrenda por parte de la autoridad competente.

Lo expuesto no es menor, pues, en ocasiones, los pagos que se hacen a una empresa se realizan como consecuencia de adjudicaciones, modificaciones de obra u otras decisiones adoptadas *ad referendum* por el órgano habilitante.

Esta modalidad no hace más que reconocer que quien firma bajo esta condición no tiene el poder real de decisión, pues debe confirmarla la autoridad competente. En rigor, constituye un mero acto preparatorio, un proyecto de acto administrativo que no debiera tener efecto jurídico alguno hasta tanto la autoridad competente lo ratifique.

Incluso la doctrina ha sostenido que el acto *ad referendum* no es un acto nulo, puesto que el órgano incompetente no tiene voluntad de dictarlo para que produzca efectos jurídicos. Por ello, no cabe darle el tratamiento de un acto viciado. La voluntad del superior jerárquico de dictar el acto propuesto no importa convalidación ni aprobación, sino un acto nuevo de efectos constitutivos para el futuro (Vocos Conesa, 2010).

La cuestión ha llegado incluso al máximo tribunal, que se ha pronunciado acerca de la naturaleza jurídica de ese tipo de actos:

[La] celebración de un convenio *ad referendum* del Administrador General de Vialidad Nacional importó someter su eficacia –es decir, la posibilidad de producir efectos jurídicos– a un hecho futuro e incierto, con lo cual el acuerdo, por sí mismo, no pudo traer aparejada consecuencia alguna para las partes en tanto no mediara acto de refrendo¹⁹⁴.

Se trata de una postura que la Corte viene sosteniendo desde principios del siglo pasado, pues ya había sostenido que una contratación *ad referendum* no reviste los caracteres de definitiva y de concluida¹⁹⁵.

Frente a ello, una intervención *ad referendum* solo tendrá validez y efectos jurídicos una vez cumplida la condición a la que se encuentra supeditada. Por ello, si a partir de ese acto incompleto, sin invocar razones serias de urgencia, se autorizaron preadjudicaciones, contrataciones, adelantos de pagos, o se efectuaron pagos, ello será una alarma indiscutible de arbitrariedad y de la intención de beneficiar al contratante de manera ilegal.

¹⁹⁴ Fallos: 314:491, “Necon S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad”, 04.06.1991.

¹⁹⁵ CSJN, 22.2.22 “Mallet c/ Provincia de Mendoza” (Fallos:136:32) y 22.10.14 “Anselmo Gómez c/ Provincia de Buenos Aires” (Fallos 120:57).

La reiteración sistemática de decisiones *ad referendum* por parte del organismo provincial al que se le delegó el llamado a licitación, sin justificar la urgencia y omitiendo agregar en el expediente administrativo de contratación constancia de tales refrendos, se erige en una práctica anómala e irregular. Más aún, si esas ratificaciones las realiza el órgano delegante tiempo después del comienzo de la obra, de manera genérica y sin realizar análisis alguno de los pormenores de la licitación.

4.3.1.4. Convocatorias poco claras

La ausencia de criterios claros y objetivos de las convocatorias licitatorias da lugar al ejercicio de un poder discrecional y excesivo por parte del funcionario público a cargo de esta etapa del procedimiento. A la vez, suele provocar el requerimiento o el ofrecimiento de pagos impropios para beneficiar a una empresa determinada.

Esto puede hacerse intencionalmente para permitir que participen determinados oferentes que no están calificados para hacerlo, ya que los procedimientos excesivamente complejos o demasiado simples reducen la transparencia de las contrataciones y terminan por excluir a los oferentes más competitivos.

El pliego tiene por fin fomentar la más amplia participación de los potenciales competidores y evitar el favoritismo político, por eso debe brindar orientaciones claras para que los compradores estén informados de los pormenores del contrato (especificaciones técnicas, condiciones contractuales y de pago, tiempo máximo de realización, etc.).

Las especificaciones y los términos deben diseñarse de tal forma que eviten sesgos discriminatorios. Como regla general, deben centrarse en el desempeño funcional; concretamente, en lo que se busca lograr más que en cómo lograrlo. Esto motivará la presentación de soluciones innovadoras y la obtención de mayor valor por el dinero invertido.

La redacción de los requisitos de una licitación afecta el número y el tipo de proveedores que el proceso atrae, y, por ende, incide en el éxito del proceso de selección. Cuanto más claros sean los requisitos, más sencilla será su comprensión para los participantes potenciales y más confianza tendrán cuando preparen y presenten las ofertas.

Sin embargo, la claridad no debe confundirse con la facilidad de predicción. La programación de adquisiciones predecibles y las cantidades fijas compradas o vendidas pueden facilitar la colusión. Por otro lado, las oportunidades de adquisición de mayor valor y menor frecuencia incentivan la competencia entre los licitantes¹⁹⁶.

Pero también tiene que ofrecerse información relacionada con los criterios de evaluación para adjudicar la obra. Es decir, habrá que especificar si se priorizará el criterio de ponderación en el precio, si se incluyen elementos mixtos precio/calidad o si se da cabida a objetivos secundarios.

No puede soslayarse que la indeterminación del objeto del contrato o la escasa claridad de sus cláusulas son una llave para que, durante la etapa de ejecución, este pueda alterarse. Con la falta de claridad como excusa, se posibilita que el adjudicatario pueda acordar nuevas cláusulas y precios, sin necesidad de competir nuevamente.

4.3.1.5. Contratación por urgencia

Una de las tantas irregularidades que se pueden detectar en esta etapa es la de recurrir a supuestos de urgencia o de emergencia que no son tales, para justificar la reducción de plazos y, de esta manera, colocar un cepo para eventuales presentantes.

También, en nombre de la urgencia, se suelen justificar los procedimientos de contratación directa. Cualquiera sea la modalidad de contratación, debe quedar claro que la urgencia solo estará justificada cuando existan razones excepcionales de gravedad o emergencia, que hagan perentoria dicha contratación.

Por ello, resulta indispensable verificar que la justificación no sea un mero formalismo en el que se reiteran tautologías. La contratación por urgencia es una maniobra delictiva recurrente, por lo cual debe analizarse cuidadosamente.

El objetivo al llevar adelante esta tipificación es reducir los plazos que conlleva el procedimiento de contratación, principalmente en lo referido a la publicidad y la difusión del llamado, independientemente del monto involucrado en el contrato. En virtud de ello, cuando se quiere dirigir el contrato hacia determinado proveedor, el procedimiento de

¹⁹⁶ Recomendación del Consejo de OCDE para combatir la colusión en la contratación pública (2012:7).

contratación directa fundada en la urgencia puede resultar funcional por la reducción en los plazos, para que otros potenciales oferentes no puedan conocer la realización del procedimiento.

La Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que la urgencia debe fundarse en circunstancias objetivamente verificables documentadas a través de informes técnicos, objetivos, serios y previos a la contratación¹⁹⁷. El apuro debe ser concreto, inmediato y de una naturaleza tal que impida la satisfacción del interés público en tiempo oportuno. De modo alguno puede quedar librado al criterio subjetivo de funcionarios cuya apreciación exclusivamente personal podría desvirtuar el sentido de la norma.

Tal como se advierte en el *Informe sobre irregularidades en obras públicas viales*¹⁹⁸, adoptar un procedimiento de excepción sin fundamento adecuado, además de constituir una irregularidad, es una bandera de alerta sobre un posible actuar connivente, que puede implicar un perjuicio económico para el Estado, en cuanto se lo podría privar de acudir al mercado y obtener potenciales mejores ofertas.

Al respecto, se ha considerado que la sola circunstancia de violar el deber de respetar el mecanismo legal de contratación que corresponde para cada caso (licitación pública) produce un daño económico, en los términos del artículo 174 inc. 5 del Código Penal, dado que se hubiesen podido obtener precios más ventajosos¹⁹⁹.

4.3.1.6. Falsedad en las mediciones

Otra irregularidad que se destaca en el informe citado en el acápite anterior es la falsificación de los perfiles previos. Estos últimos consisten en la medición que se realiza sobre el terreno desmalezado, a efectos de determinar el nivel en el que se encuentra la superficie. Estas mediciones resultan de suma importancia para la obra, pues son la base para establecer desde qué altura se parte para hacer los trabajos de movimiento de suelo.

La falsificación del perfil previo es la alteración artificial de las mediciones realizadas. Se sostiene que la maniobra presenta poca complejidad, pero reporta enormes beneficios,

¹⁹⁷ Dictámenes PTN 86:106; 172:406; 198:178; 211:115; 352/06, entre otros.

¹⁹⁸ Realizado en el año 2019, por la Unidad de Ética y Transparencia de la Dirección Nacional de Vialidad.

¹⁹⁹ CNCrim y Correccional Federal, Sala I, C. n° 23.636, caratula “Sampaulise, J.O.”, del 22/12/1992; y “Aiello José C.”, 13/02/07, N° de causa 39.066.

dado que se logran certificar cantidades mayores que las necesarias, al partir de niveles distintos a los reales.

Debe tenerse en cuenta que, como regla, estos sondeos deben realizarlos conjuntamente el inspector de obra y el representante técnico, por lo que la connivencia de estos, sin una supervisión atenta y oportuna, permitirá el éxito de la maniobra corrupta, que podrá tener lugar de diversas maneras:

- modificaciones de obra tendientes a reconocer esa mayor cantidad de trabajo, computándose mayores volúmenes ejecutados que los previstos;
- convalidaciones de proyectos de obra fraudulentos o deficientes;
- adelantos financieros encubiertos.

Teniendo en cuenta que, una vez autorizada y ejecutada la obra, es difícil determinar el perfil verdadero, para evitar estas irregularidades se necesita una supervisión activa, constante y correcta desde que la obra se inicia hasta que culmina.

En el informe citado, se hace alusión a un caso real en el cual, a partir de una auditoría realizada en una obra por parte de la Unidad de Supervisión de Obras, se advirtió que existía una disparidad entre los datos arrojados en la memoria del GPS del equipo de la empresa y las planillas que el representante técnico de la empresa había entregado a la Dirección Nacional de Vialidad. Esto arrojaba una “diferencia de cota en el centro de perfil de 14 cm y de 30 cm”. Se comprobó que las sumas certificadas en el ítem “Terraplén” habían tomado como base las planillas entregadas (con datos falsificados) y no las mediciones reales que el GPS había obtenido.

4.3.1.7. Irregularidades en torno a los tiempos de publicidad

El tiempo que se les otorga a los potenciales oferentes para analizar la documentación debe ser acorde con el volumen y la complejidad del futuro contrato.

Volviendo al tema de la publicidad, hay que tener en cuenta que el procedimiento para la presentación de las ofertas deberá, como mínimo, realizarse por escrito (tanto en papel como digitalmente, siempre que pueda quedar a resguardo de modificaciones ulteriores a la apertura) y estar a disposición del público. Las propuestas deben recibirse de un modo

uniforme para despejar cualquier duda relacionada con tratamientos preferenciales o con la manipulación de aquellas.

Aquí es relevante determinar la suficiencia o la insuficiencia del plazo con el que los interesados contarán para poder analizar los pliegos y presentar sus ofertas. Como se dijo, la realización de una oferta para licitaciones de obra pública requiere un trabajo previo importante. Deberán analizarse cuidadosamente los pliegos complejos que contienen especificaciones técnicas variadas, y efectuarse constataciones *in situ*, evaluaciones sobre el suelo y sobre el estado del camino existente o de los puentes existentes, entre tantos otros estudios.

Cuando, por ejemplo, el plazo de la publicación del llamado a licitación y la fecha fijada para la presentación de las ofertas son notoriamente insuficientes para la elaboración de la oferta, estamos ante una señal de que se ha pretendido limitar la concurrencia. Ello implica que la Administración ha impedido la participación del mayor número posible de oferentes en la licitación.

Una manera adecuada de dejarlo al descubierto es determinar si, dados los plazos otorgados por la Administración desde la publicación de edictos hasta el momento de presentar la oferta, era posible que una empresa cualquiera pudiera presentarla.

En definitiva, lo que se pretende mostrar con esto es que, más allá de si se cumplen los plazos –mínimos– establecidos por la ley, o no, corresponde establecer si la empresa realmente pudo haber cumplido con esos plazos, o si, en rigor de verdad, se hubiera necesitado un plazo mayor.

Si bien las condiciones de publicidad y difusión del pliego de una contratación (convocatoria a la presentación de ofertas) se encuentran reguladas taxativamente en lo concerniente a la cantidad de días de anticipación, el tiempo de duración y los medios por los que se difundirán los pliegos, los organismos con intenciones de direccionar la contratación suelen buscar zonas grises, simulaciones, para aparentar el cumplimiento o para disminuir arbitrariamente los tiempos de publicidad.

A modo de ejemplo, en la resolución por la que se dispuso el llamado a licitación para la obra del soterramiento del ferrocarril de la línea Sarmiento, se estableció una modalidad de publicidad distinta a la del art. 10 de la Ley de Obra Pública, que expresamente prevé la publicidad de la convocatoria, para este tipo de obras, por el término de 15 días en el

Boletín Oficial y con una antelación de 20 días. En ese caso, la resolución dictada por el organismo administrador estableció tiempos acotados, pues dispuso publicarla por 5 días en el *Boletín Oficial* y en al menos tres periódicos.

Así, se observó que aquella resolución no cumplió el requisito de publicidad en el órgano análogo del Gobierno provincial o del territorio donde la obra iba a construirse –en el caso, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires–, requisito exigido también por el art. 10 de la LOP. Tampoco se dispuso posteriormente en el expediente licitatorio²⁰⁰.

Por consiguiente, si en el marco de una contratación compleja –que, como se dijo, requiere de un análisis técnico previo a la formulación de las propuestas– se ha fijado arbitrariamente un plazo por demás acotado para ofertar, es dable sospechar que alguno de los participantes pudo haber recibido las condiciones con antelación, claro está, en forma ilegal.

Otra de las formas de reducir el tiempo efectivo de publicidad de la convocatoria para la contratación es fijar una fecha anterior a la de cierre de recepción de ofertas, para realizar visitas al lugar donde se debe realizar la obra, ejecutar el servicio o proveer el bien. El plazo de visita se reduce respecto del límite para la presentación de ofertas y se transforma en un plazo fatal (vencido este, no hay posibilidades de participar en el procedimiento). Así, sin la constancia de visita en el plazo fijado, el interesado no podrá presentar su oferta.

Una situación hipotética podría graficar mejor este supuesto: el 1° de julio se publica una licitación y se estipula como fecha de apertura de ofertas el 30 de septiembre. En la convocatoria, se establece que los interesados deberán incluir en su presentación la constancia de haber visitado el lugar físico de prestación. Posteriormente, se prevé que la visita debe realizarse hasta el 20 de julio. Así, en términos prácticos, quien tome conocimiento de la convocatoria luego de esta última fecha ya no podrá participar, con lo cual el plazo efectivo de publicidad del procedimiento se verá disminuido en una gran cantidad de días.

²⁰⁰ <https://www.cij.gov.ar/nota-34132-El-juez-Martinez-de-Giorgi-proces--a-Julio-De-Vido--Jos--L-pez--Ricardo-Jaime-y-otros-imputados-en-la-causa-por-el-soterramiento-del-tren-Sarmiento.html> (consultada el 25 de octubre de 2020).

De igual manera, se ha detectado en algunos casos que, si bien la fecha de apertura de ofertas se fija respetando el tiempo que debe transcurrir desde la publicación de la convocatoria, según el tipo de procedimiento, los organismos consignan una fecha anterior como límite para la recepción de ofertas. Esta conducta es incomprensible desde el punto de vista de la razonabilidad del procedimiento y, obviamente, tiene por única finalidad limitar, disimuladamente, la recepción de ofertas.

Un organismo licitante que realmente busque la mejor oferta posible realizará una publicidad acorde con la obra que desea contratar, publicidad que deberá otorgar a los interesados tiempo suficiente para analizar los pliegos y para formular su oferta. Lo relevante, entonces, es determinar la suficiencia o insuficiencia del plazo con el que los interesados contaron efectivamente.

Algunas normas provinciales contienen cláusulas que limitan la debida publicación, pues establecen que las licitaciones solo se anuncian en el *Boletín Oficial provincial* y no en el *Boletín Oficial* de la nación. De esta manera, solo unos pocos pueden tomar conocimiento del llamado, pues la publicación se reduce a un ámbito específico y no abarca todo el país o el resto del mundo.

Esta restricción puede ser mayor, ya que se establece que el llamado a licitación se debe publicar “en un diario local o regional del lugar de asiento de la obra que se licite...”.

Es decir, en esos casos, ni siquiera se ordena publicar el llamado en el diario de mayor circulación de la provincia, sino en uno local del lugar donde se encuentra la obra, con lo cual la difusión pasa a ser prácticamente nula.

Esta es una forma clara de burlar el principio de máxima publicidad.

Cuando acaecen estas situaciones, queda en evidencia que, en rigor de verdad, lo que se pretende evitar es, lisa y llanamente, la difusión de las licitaciones, y se soslaya un conocimiento adecuado y transparente de la existencia de la convocatoria.

Esta circunstancia, sin duda, priva a la Administración –ya sea municipal, provincial o nacional– de obtener la oferta más ventajosa para el interés público, además de destrozar los principios republicanos de publicidad de los actos de gobierno, y de transparencia como medio para lograr la objetividad en la selección del cocontratante particular.

4.3.1.8. Limitación de la competencia

4.3.1.8.1. *La ley como limitante de la competencia*

Es usual que las leyes locales (provinciales o municipales) impongan ciertos requisitos no contemplados en la ley nacional, para darles prioridad a empresas locales o para imponer restricciones y, así, beneficiar a una empresa, soslayando la capacidad técnica de los oferentes, su trayectoria o su experiencia en el rubro. Bajo esta simple acción “legal”, es posible limitar la cantidad de oferentes nacionales e internacionales que se presenten a las licitaciones.

Así, se han observado casos en los que las Administraciones nacionales, provinciales o municipales, para perpetrar los hechos de corrupción, recurren a la elección arbitraria de la ley más flexible. Es decir, se aplica una normativa provincial o municipal, en desmedro de la nacional.

Esta apariencia de legalidad puede ser detectada con solo establecer cuál es la ley que debe aplicarse. En efecto, es común que se intente aparentar que corresponde la aplicación de la ley provincial de contrataciones públicas, cuando el caso debió someterse a la normativa federal.

A modo de ejemplo, una comparación entre la ley provincial de Santa Cruz²⁰¹ y la normativa federal permite vislumbrar claramente que la primera tiende a impedir que oferentes de todo el país y oferentes internacionales puedan presentarse en las licitaciones que se lleven a cabo en esa jurisdicción.

La normativa provincial otorga prerrogativas a las empresas locales. En efecto, en el artículo 4º, se limita la competencia, pues insta que, “para la ejecución de las obras públicas, se otorgará preferencia a las empresas locales...”.

Este dispositivo les brinda a las firmas locales una preeminencia contraria al principio de igualdad de los oferentes. Además, al cerrar el círculo de oferentes, priva a la Administración del aporte que puedan realizar otras empresas –experiencia, rapidez, celeridad y mejores precios–. Es decir, se opta por la empresa o firma local, cuando debiera darse preferencia a la oferta más ventajosa para la Administración.

²⁰¹ Ley 2743, sancionada el 23 de diciembre de 2004.

Este tipo de normas colisiona con lo que establece expresamente la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia²⁰², que prohíbe las prácticas restrictivas de la competencia. En ella, se enumeran una serie de conductas, como fijar, concertar o manipular precios; repartir el mercado, clientes, zonas y fuentes de aprovisionamiento; concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos, e impedir, dificultar, obstaculizar o excluir la entrada o permanencia en un mercado; fijar o imponer, en acuerdo con competidores o individualmente, precios y condiciones de compra o de venta de bienes y servicios, entre otras (arts. 1° y 2°).

Debe tenerse en cuenta que los acuerdos horizontales –es decir, aquellos que se adoptan entre empresas para no competir entre sí, con el objetivo de restringir o eliminar la competencia, fijar precios, manipular licitaciones o repartirse el mercado según clientes o zonas geográficas– traen aparejada una afectación a la competencia en los mercados y menoscaban la correcta asignación de los recursos públicos.

4.3.1.8.2. *Los pliegos como limitantes de la competencia*

Otra de las metodologías para restringir la competencia en las licitaciones puede darse con la redacción de los pliegos de bases y condiciones. Es usual que se introduzcan cláusulas restrictivas, tales como que las únicas habilitadas para ofertar son las empresas que hayan ejecutado obras viales en esa jurisdicción en los últimos 2, 5 o 10 años.

En algunos casos, la exigencia es más rígida, ya que se prevén requisitos previos, como haber ejecutado trabajos u obras con un determinado organismo público. Esta es otra de las tantas formas de direccionar la contratación en favor de un determinado oferente o empresa.

Se han visto contrataciones en las cuales, ante la presentación de un oferente que no era habitual o que era fuera de lo previsible para la Administración, y que, incluso, cotizaba un precio menor, se decidió excluirlo arbitrariamente, con el argumento inexplicable de que no había acreditado la ejecución de obras similares en la jurisdicción.

En estos casos, las cláusulas de las licitaciones suelen ser redactadas de la siguiente forma:

²⁰² Promulgada el 16 de septiembre de 1999.

Artículo (...) Ejecución de obras similares para la aceptación de la Oferta: Sera condición para la aceptación de la oferta haber ejecutado obras viales similares en la provincia de... y contratadas con la Administración General de Vialidad Provincial en los últimos 10 (diez) años. En caso de no cumplir será causal de rechazo automático de la presentación, e inhabilitará la apertura del sobre propuesta. En caso de conformarse una UTE la exigencia aplica a todas y cada una de las empresas que la integran...

En rigor de verdad, no existen razones legales ni reglamentarias para introducir semejante limitación. Estos condicionamientos se erigen en una “barrera” que veda la posibilidad de las empresas de participar en una licitación, y que contradice los principios de competencia. Además, exponen una maniobra de direccionamiento de la licitación, al evitar la concurrencia de otras empresas que ni siquiera pueden participar en forma de uniones transitorias.

Otra de las formas de limitar la competencia y, por ende, de facilitar un direccionamiento en la contratación se da cuando se solicitan bienes tan variados que resultan de imposible cumplimiento para una empresa.

El caso Plan Qunita, que se investigó en Argentina, involucró a diversos funcionarios y particulares por la licitación irregular en la adquisición de 150.000 kits de productos de diferentes características. Concretamente, se consideró que la verdadera intención de los funcionarios había sido restringir la participación a unos pocos proveedores, los únicos aptos para suministrar bienes de rubros tan disímiles en tiempo récord (Druetta, 2021).

La incorporación de estas barreras en los pliegos es un indicio de direccionamiento de la contratación. Parecería que las cláusulas se acercan más a un concurso privado de precios y que equivalen a invitar solo a determinadas empresas a participar de la contratación, en contradicción con el principio de competencia abierta y eficaz.

También se puede excluir la competencia cuando se recurre a requisitos innecesarios para la prestación que se quiere contratar. Así, en algunos pliegos, se ha encontrado la obligatoriedad de contar con certificaciones de normas ISO, por ejemplo, cuando la prestación no se vincula con la norma de calidad aludida. Este también será un punto de alerta en la investigación, por la posible comisión de delitos en las contrataciones gubernamentales.

Otras restricciones comunes responden a la necesidad de contar con una antigüedad determinada en el rubro, o a la realización de servicios de mayor envergadura. Si bien esta restricción puede ser necesaria en algún caso especial, como el desarrollo de

tecnologías, en el que la capacidad adquirida es determinante para la calidad del resultado, en otros casos aparece como un requisito innecesario.

El equilibrio para la colocación de estas restricciones en el pliego es delicado, ya que algunas tienen su origen en circunstancias válidas que se han establecido para privilegiar cierto tipo de conductas sociales. No obstante, insistimos en que es fundamental analizarlas con precaución, dado que también podrían estar dirigidas a favorecer a determinado proveedor y no a premiar socialmente sus conductas.

Para detectar estas restricciones artificiales para dirigir la adjudicación –o para alertar sobre ellas–, será necesario revisar los requisitos exigidos para la presentación de los oferentes, y estudiar las posibles cláusulas restrictivas junto con su necesidad real, en función de las características genuinas de la contratación.

El estudio del pliego de bases y condiciones permitirá inferir la existencia –o no– de cláusulas arbitrarias y contrarias a los principios de contratación.

4.3.1.9. Contrataciones triangulares para diluir la responsabilidad

Con frecuencia, se observa que la Administración pública utiliza una modalidad de contratación triangular en las obras públicas. El Estado nacional, por intermedio de algunos de sus ministerios o direcciones, delega en la provincia el estudio, el proyecto, el llamado a licitación, la contratación, la inspección, la medición, etc. No obstante, se reserva el derecho a ejercer el control.

Este esquema formalmente bilateral, pero virtualmente “trilateral” de contratación de obras públicas (Estado nacional-Estado provincial/municipal-empresa contratista), es una modalidad que en la práctica se ha visto en diferentes ámbitos y con distintos matices, según el tipo de obra de que se trate y los organismos intervinientes.

Más allá de los matices, este tipo de contrataciones se estructuran habitualmente a través de acuerdos que pueden consistir en leyes o en simples convenios entre las jurisdicciones, a través de los organismos pertinentes, donde se establecen los lineamientos generales de las contrataciones.

De esta manera, los Estados locales (entidades intermedias) aparecen como “comitentes” de los contratos de obra celebrados, mientras que el Estado nacional, por lo general,

asume obligaciones directamente por el contrato o por sus pliegos, o solo lo hace tangencialmente, aunque sí las asume en convenios y acuerdos previos celebrados con la jurisdicción local y cuyos efectos se extienden directa o indirectamente al contrato y al contratista (Gorostegui, 2012).

Esta forma triangular de contratación suele utilizarse también de manera anómala o suele ocultar fines ilícitos. En realidad, bajo esta figura o ropaje, se intenta, en casos de procedimientos irregulares, alejar la responsabilidad de los funcionarios nacionales en la maniobra, tanto desde el punto de vista jurídico-penal como desde el prisma administrativo y civil, para que recaiga en funcionarios locales o provinciales.

No obstante, en la contratación de obras públicas hecha por Estados locales por medio de estos convenios, la Administración nacional, aunque formalmente no figure en el documento contractual como parte, cumple un rol decisivo cuando los fondos son del Tesoro nacional. Es decir: cuando interviene en su financiamiento o con determinadas prerrogativas.

Entonces, más allá de esta intención espuria, debe decirse que la responsabilidad del Estado nacional es innegable, pues es el que financia la obra de que se trate, el que debe realizar la supervisión y el control. Ello, más allá de la delegación que pueda realizar.

En este sentido, la Corte de Suprema de Justicia, en el *leading case* Shirato, Gino v. Estado Nacional²⁰³, estableció:

[El Estado nacional no es,] como pretende, un tercero en las relaciones contractuales que se formalizarían; antes bien, resulta claro que actuaría por delegación de facultades a través de las entidades intermedias, correspondiendo su responsabilidad por la forma de financiar la obra, por su destino y por el contralor que ejercía de los bienes, así como por las atribuciones que poseía...²⁰⁴.

El alto tribunal sostuvo, además, que el Estado se reservaba los derechos de supervisión, inspección y control, tanto en el aspecto técnico como en el administrativo, así como la posibilidad de iniciar las acciones legales que correspondieran cuando, por causas que no le fueran imputables, se suspendieran o se paralizaran los trabajos contratados.

Lo expuesto deja en claro que, en estos contratos, el Estado nacional queda involucrado por los siguientes factores: a) la forma de financiar la obra; b) el destino; c) el control que

²⁰³ Fallos 304:490 (15/04/1982)

²⁰⁴ Considerando 5°.

ejercía de los bienes; d) la supervisión, la inspección y el control tanto en el aspecto técnico como en el administrativo; e) la posibilidad de iniciar acciones legales; f) las demás atribuciones que pueda poseer, fuera de las mencionadas (Gorostegui, 2012).

En estos casos, es relevante no solo realizar una exégesis correcta de la norma, sino también estudiar lo que establecen los convenios marco.

El Estado Nacional se encuentra obligado a realizar una supervisión exhaustiva en aquellos convenios de financiamiento con provincias y municipios para la realización de obras públicas. Esto se debe a que, en la práctica, los controles en los presupuestos, el proceso de licitación, la ejecución y los pagos que se realizan son muy débiles.

Entonces, teniendo en cuenta que los fondos pertenecen al Estado nacional, es necesario un control minucioso y una rendición de cuentas adecuada por parte de las jurisdicciones locales.

La falta de vigor en los controles contribuye a no poder detectar tempranamente irregularidades ni prevenir focos de corrupción.

4.3.1.10. Proyectos indeterminados o con errores manifiestos

Como ya lo señalamos, el artículo 4 de la Ley de Obras Públicas establece la necesidad de contar con un proyecto aprobado antes del llamado a licitación. Este requisito normativo muestra la importancia de tener establecido el tipo de obra y la forma en que se va a desarrollar, para que los interesados puedan ofertar con el conocimiento necesario y para que, una vez adjudicado el contrato, se ejecute la obra, de acuerdo a las pretensiones de la Administración.

La ausencia de un proyecto acorde al tipo de obra que se pretende realizar, además de generar ineficiencias significativas de gestión, puede estar vinculada a escenarios de corrupción, o bien puede crear el espacio para que estos existan. Así, en un contexto de competencia real, la falta de claridad de un proyecto deriva en un aumento de riesgos para una empresa, y esto opera como un desincentivo que beneficia a aquella que cuenta con la suficiente información “oculta”, brindada por funcionarios del organismo correspondiente.

En el trabajo que realizó la Unidad de Ética y Transparencia, de la Dirección Nacional de Vialidad en 2019, denominado *Irregularidades en las obras públicas viales*²⁰⁵, se señala esta situación como una posible causal de corrupción.

Concretamente, se afirma que un proyecto deficiente es el caldo de cultivo perfecto para lograr aumentos de precio en la obra, pues, si no se sabe lo que se hace, difícilmente se sepa cuánto cuesta.

La ausencia de un objeto definido adecuadamente permite que las reglas existentes en materia de obra pública se apliquen con una mayor flexibilidad. Pero, además de incentivar prácticas ilícitas, la falta de definiciones genera una serie de dificultades en el procedimiento de contratación y en la ejecución de la obra. Veamos:

- Al aumentar la subjetividad en la evaluación de las ofertas, también puede promoverse la presentación de impugnaciones, recursos administrativos y judiciales.
- Al obligar a realizar rectificaciones o modificaciones durante la ejecución de los trabajos o antes de esta, se retarda la satisfacción del interés público en juego.
- También puede inducir a error al cocontratante acerca de las condiciones de ejecución de la obra, por lo que la Administración debe hacerse cargo de los costos emergentes de este tipo de desvíos.

4.3.1.11. Uso indebido de circulares

Hemos adelantado que es habitual el uso de circulares de forma irregular. Como se sabe, una vez publicada la licitación, el pliego de bases y condiciones que rige el contrato deberá estar disponible para todos los posibles interesados y para el público en general. En este lapso, los órganos de contratación suelen generar comunicaciones en las que aclaran o modifican elementos ya contenidos en el pliego.

Estas son conocidas como circulares, y las hay de dos tipos: aclaratorias y modificatorias.

Las primeras son explicativas y tienden a detallar circunstancias que no estaban lo suficientemente claras en el pliego. En cambio, las modificatorias alteran cuestiones

²⁰⁵ https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sobre_riesgos_en_obra_publica.pdf (*Diagnóstico de posibles escenarios de corrupción y propuestas para su prevención e investigación*). Consultado el 30 de enero de 2021.

importantes del pliego y deben difundirse con las mismas herramientas y con los mismos plazos que el pliego original, a excepción de las postergaciones en la fecha de apertura.

Estas circulares abren una puerta para llevar adelante diversas irregularidades. Así, bajo una circular aclaratoria, se puede alterar alguna condición del pliego de bases y condiciones, cuando en rigor de verdad debieron emplearse las circulares modificatorias.

En cuanto a la circular modificatoria, es usual que no se difunda al público en general ni, muchas veces, tampoco a los interesados, con lo que se reduce el número de ofertas válidas que se presentan al acto de apertura. En este último caso, la conducta es fácilmente verificable, aunque es un aspecto poco explorado: habitualmente se presta atención a la difusión y a la publicidad del pliego, pero no a las circulares.

Otro tanto ocurre cuando las entidades prorrogan, mediante circular modificatoria, la apertura de ofertas, pero solo notifican fehacientemente a los interesados que retiraron el pliego. Con esta maniobra, se logra que otros potenciales oferentes retiren su interés en la contratación, dado que no contaban con plazo suficiente para preparar su oferta y carecían de información respecto de la prórroga. Así, se configura un escenario que reduce el número de participantes del procedimiento y que facilita, en consecuencia, el direccionamiento de la contratación.

Por lo tanto, como mecanismo de alerta para el análisis posterior, se recomienda controlar la emisión de circulares del procedimiento y corroborar la cantidad de días de difusión, la anticipación con que se lleva a cabo, así como los destinatarios concretos a los que se notifica.

Debemos dejar en claro que las circulares aclaratorias tienen que notificarse no solo a la ciudadanía en general, sino también a todas las personas que han retirado, comprado o descargado el pliego, y a las que han efectuado la consulta. Finalmente, se aconseja determinar el cálculo promedio de circulares por procedimiento, como una forma de disparar controles adicionales y de evitar el direccionamiento.

4.3.1.12. Direccionamiento específico

Uno de los mecanismos más utilizados para el direccionamiento de un contrato hacia un proveedor específico es el diseño del pliego a medida. Esto implica redactarlo de tal

manera que solo un grupo empresarial reúna las condiciones contenidas en él. En pocas palabras, y para que se entienda bien, consiste en elaborar un pliego de bases y condiciones con “nombre y apellido”, para que solo una empresa sea la beneficiada.

Como hemos visto, el pliego de condiciones es la puerta de acceso para los posibles oferentes. Aquellos oferentes que no puedan cumplir las condiciones establecidas en el pliego, tanto por cuestiones que les son propias como por las características del objeto de contrato, no participarán con sus ofertas, y se acotará el número de competidores.

El pliego a medida tiende a reducir aún más las posibles ofertas, pero de un modo disimulado. Principalmente, por el establecimiento de cláusulas de difícil cumplimiento, o de especificaciones técnicas que solo puede proveer un potencial oferente.

Estas acciones son difíciles de detectar para cualquier observador ajeno al ámbito específico, por cuanto quedan ocultas en un sinnúmero de otras especificaciones. Así, la maniobra se cubre con la falsa excusa de la legalidad.

No obstante, para los potenciales competidores, sí suelen ser perceptibles, aunque, como adelantamos, rara vez denuncian este tipo de maniobras. Algunas veces, esto ocurre por el temor de que, si lo hacen, no tendrán ninguna posibilidad de obtener futuros contratos. Otras veces, simplemente eligen no meterse en problemas con la Administración. Lo descrito anteriormente genera un círculo vicioso para los intereses del Estado y uno “virtuoso” para los corruptos, que, una y otra vez, aprovechan esta situación.

Para establecer la materialización de esta conducta delictiva, se requiere analizar la cantidad de oferentes que se presentaron en el procedimiento de selección, la historia de las contrataciones del organismo con ese proveedor y la comparación del pliego respectivo. También es útil someter el pliego al análisis de una cámara o federación de productores del bien en cuestión, para que opine sobre la procedencia de tales especificaciones.

Por otra parte, se sugiere verificar la desestimación de las demás ofertas por meros defectos formales, sin posibilidad de subsanación, o la subsanación de esos defectos por parte del Estado. También se aconseja evaluar la falta de cumplimiento del adjudicatario, de las intimaciones y sanciones aplicables por las demoras o las omisiones producidas durante la ejecución del contrato.

Siempre será verdaderamente dificultoso distinguir el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración de un abuso de poder, ya que se trata de una modalidad de contratación en la cual la Administración goza de una amplia discrecionalidad.

Lo relevante es analizar estas alertas; por lo general, esconden un pacto entre un funcionario y un particular (por razones de amistad, cercanía política, conveniencia, interés social, etc.), por el cual se adaptan las cláusulas del concurso público. No hay duda de que la existencia de pactos previos para acordar el procedimiento de contratación constituye una base suficiente para la existencia de un delito contra la Administración.

Un resumen de estas y otras irregularidades ya comentadas se puede encontrar en el auto de procesamiento dictado en el conocido caso del Soterramiento del Tren Sarmiento²⁰⁶, al que ya nos referimos brevemente.

El objeto de esa investigación se circunscribió a establecer la existencia de irregularidades en el proceso licitatorio por el que se otorgó la obra del soterramiento del corredor ferroviario de la línea Sarmiento a la UTE conformada por las firmas IECSA SA, Constructora Norberto Odebrecht SA, Ghella SpA y Comsa SA.

En orden a las hipótesis de investigación detalladas, y a partir de las medidas de prueba dispuestas, se corroboró que los funcionarios públicos de la estructura del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, responsables del proceso licitatorio y de la ejecución de la obra del soterramiento del ferrocarril Sarmiento, dirigieron su accionar, en sus diferentes etapas, con miras a beneficiar a las firmas que conformaban el Consorcio Nuevo Sarmiento, y a adjudicarles la obra.

Ese comportamiento quedó acreditado a partir de las irregularidades detectadas por la Procuraduría de Investigaciones Administrativas, en el expediente S01-0025176/2006, en el que tramitó la licitación de la obra. Entre ellas se destacan:

- La ausencia de presupuesto oficial para la licitación, sin justificación alguna, en abierta inobservancia de lo previsto por la Ley de Obras Públicas (LOP).
- La ausencia de crédito legal, en inobservancia de lo previsto por el art. 7 de la Ley de Obras Públicas.

²⁰⁶ Dictado el 15 de abril de 2019, en la causa nro. 2885/16, caratulada “Vázquez Manuel y otros s/Malversación de caudales públicos y otros”, en trámite ante el Juzgado Federal N° 8.

- Irregularidades relativas al dictado de la Resolución nro. 82/06, dirigidas a:
 - acotar la cantidad de posibles interesados en la obra;
 - evitar controles por parte del Congreso de la Nación;
 - manipular el trámite licitatorio para direccionarlo.
- Irregularidades relativas al pliego de bases y condiciones generales (PBCG), aprobado por Resolución nro. 82/06.
- Incumplimiento del art. 12 de la Ley de Obra Pública, que establece la necesaria puesta en conocimiento de la documentación base del llamado a licitación en la provincia o territorio donde se efectuará la obra con anterioridad a la publicación del aviso y por su mismo término.
- Falta de constancia sobre la publicidad de las circulares modificatorias y aclaratorias. Violación de los plazos para su emisión.
- Modificación de la obra y restricción a potenciales oferentes.
- Emisión de circulares modificatorias en la ronda de consulta luego de vencido el plazo para presentar ofertas, sin la correspondiente publicidad y notificación en tiempo y forma.
- No conformidad de la Oficina Nacional de Crédito Público (ONCP).
- Introducción de nuevas modificaciones en la obra luego de su otorgamiento en favor del consorcio adjudicatario.

En cuanto a las irregularidades relativas al dictado de la Resolución nro. 82/06, se hizo hincapié en que la convocatoria se efectuó sin el pliego de bases y condiciones particulares, ni especificaciones técnicas, pues los instrumentos se incorporaron luego de la preselección de los oferentes y se dispuso la presentación escalonada de sobres.

Respecto de esta secuencia, se destaca que la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA) señaló que este modo de proceder facilita el direccionamiento o la cartelización de la obra, en la medida que solo los oferentes precalificados serán quienes estén habilitados para presentar la oferta técnica y la oferta económica, propiciando acuerdos entre las empresas. En concreto, se dejó sentado lo siguiente:

Este “particular” proceso de etapa múltiple elaborado por la autoridad administrativa afectó gravemente la calidad del proceso, dado que la presentación concomitante de todos los sobres es una condición esencial de transparencia; igualdad y real competencia exigida por el compendio de normas aplicables. Se agregó que al escalonamiento mencionado se le sumó la situación generada por la adquisición onerosa del pliego. En ese sentido, remarcó que es habitual la recurrencia a poner valor al pliego como obstáculo a la participación. Que el hecho de que en el proceso se haya omitido considerarlas consecuencias de una apertura escalonada,

afectó notablemente la calidad de la actuación de la administración pública y por lo general es evidencia concreta de un resorte para facilitar información o ajustes –llegado el caso– en beneficio de aquella empresa a la que se le quiere adjudicar el contrato²⁰⁷.

4.3.1.13. Cartelización

Otra práctica repetida durante años en Argentina y en el mundo es la cartelización de la obra pública, que ha provocado consecuencias nefastas desde todo punto de vista: el perjuicio económico para el erario y la pérdida de credibilidad en las instituciones, los políticos, los gobernantes y el sector privado dedicado a esa actividad.

Se trata de una práctica sistémica que no ha podido ser desterrada. Así, pasan los Gobiernos –presidentes, gobernadores, intendentes, etc.– y todos se valen de esta actividad ilegal, lo que muestra una aquiescencia generalizada.

La cartelización permite que un grupo de empresas, en connivencia con el órgano administrador, se distribuyan la obra pública del país, una región, una provincia o un municipio, simulando competencia entre ellos.

Así, mediante acuerdos espurios, se establece quién o quiénes se presentarán y acompañarán al ganador “elegido” en la licitación. También se instauran mecanismos y reglas a las cuales debe someterse todo aquel que quiera participar en este círculo reducido de ofertantes, tal como si fuera una estructura mafiosa.

Estas reglas buscan evitar que la maniobra sea descubierta, por lo que, para aparentar competencia, algunas empresas se presentan en las licitaciones y hacen una oferta por arriba del máximo permitido. De esta manera, quedan eliminadas rápidamente. Otros ofertantes fijan un precio superior al que cotiza la empresa “elegida”, para permitirle ganar sin sobresaltos. Además, para evitar quedar expuestos, se van turnando la adquisición de las licitaciones y hasta deciden el modo en que se dividirán las utilidades, esto es, el “botín”.

Una práctica habitual es que la empresa que acompaña al elegido, para simular la existencia de competencia, sistemáticamente presente ofertas por sumas superiores a las permitidas legalmente (más del 20 % del presupuesto), lo cual es inexplicable y constituye

²⁰⁷ <https://www.cij.gov.ar/nota-34132-El-juez-Martinez-de-Giorgi-proceso-a-Julio-De-Vido--Jos--Lopez--Ricardo-Jaime-y-otros-imputados-en-la-causa-por-el-soterramiento-del-tren-Sarmiento.html> (consultado el 25 de octubre de 2020).

una maniobra que debiera detectarse fácilmente, máxime cuando se hace de manera repetida.

Graficaremos lo descripto anteriormente con un ejemplo concreto:

El art. 32 de la ley provincial de Obras Públicas de Santa Cruz (Ley 2743/04) estableció que la Administración debía rechazar toda propuesta en la que se comprobara que la oferta difería un 20 % –en más o en menos– con respecto al presupuesto oficial, salvo por una razón fundada en informes técnicos pertinentes que debía producir la Comisión de Preadjudicación.

No obstante la claridad de la norma, una empresa con mucha experiencia en el rubro, inexplicablemente, presentó, en más de 20 licitaciones, ofertas que superaban ese 20 % establecido, aunque fuera obvio que iba a ser descalificada. Más irrazonable aún es que el órgano administrador nunca haya advertido esta secuencia tan evidente de cartelización, y que les haya permitido hacer esto una y otra vez, sin apercibirlos, ni multarlos, ni ejecutar sus cauciones.

Todo ello es un indicio claro de connivencia entre los particulares y la Administración.

En ciertos casos, la connivencia con la Administración es tan notable como el objetivo que se proponían con la acción ilegal: aparentar la competencia y disimular las falencias de la publicidad. Entonces, una de las formas que asume la colusión es la simulación de un procedimiento competitivo a través de la presentación de varios oferentes, de manera que la sospecha de conducta delictiva quede minimizada por la participación de cinco o seis oferentes.

Otra forma de simular la cartelización es que la empresa que se preestableció que perdería incurra en errores insubsanables en la presentación de su oferta, como ser la falta de presentación de la garantía de oferta, la realización de un cálculo defectuoso o la falta de presentación de documentación elemental.

También es una prueba de cartelización la circunstancia de que en una misma licitación se presenten empresas de un mismo grupo empresarial.

Al respecto, se han presentado casos en los cuales participaron de la licitación tres empresas del mismo grupo empresarial, que hacían ofertas cercanas al máximo permitido (20 % del presupuesto oficial). De esta forma, inflaban los precios y el organismo le

adjudicaba a una de ellas el contrato a un valor superior al del pliego de bases y condiciones, siempre cercano al 19 %.

Esto era avalado por la Administración una y otra vez, a pesar de tener que impugnar estas postulaciones, en razón de que la normativa administrativa disponía taxativamente el rechazo de toda propuesta en la que se comprobara que un mismo grupo empresarial estaba interesado en dos o más propuestas.

Algunas estrategias para revelar estas acciones consisten en estudiar patrones de conducta en esa y en otras licitaciones, con el fin de constatar la reiteración de actos que el grupo lleva adelante. Esto es algo sencillo de realizar y puede darnos algún indicio para desandar el recorrido de la trampa. Sin embargo, pocas veces las investigaciones avanzan en ese sentido, y se continúa utilizando las empresas como señuelos para aparentar competencia.

También se recomienda, si se busca detectar posibles casos de colusión, verificar no solo el número de personas que retiraron el pliego y el número de ofertas presentadas en un procedimiento, sino la cantidad de ofertas válidas en comparación con las ofertas totales.

De igual forma, por las razones comentadas, se sugiere tomar en cuenta la causal de descalificación, así como atender a si ello sucedió por errores sobre aspectos cruciales de la oferta, que difícilmente se le podrían pasar por alto a un interesado experimentado en el rubro.

4.3.1.14. Sobreprecios y cotización deficiente

Uno de los recaudos indispensables del pliego de bases y condiciones es que contenga el precio que la Administración está dispuesta a pagar por la obra, el trabajo o el servicio que se licitan. Este requisito es necesario para que el oferente pueda apreciar si es conveniente o no presentarse en la licitación. De allí que es de suponer, en pos de una máxima transparencia, que debe contemplar un precio real y no uno ficticio.

Sin embargo, esto no siempre es así. El acuerdo entre oferentes que participan de un procedimiento de selección para repartirse contratos con el Estado es una conducta habitual y reiterada muy difícil de comprobar, que trae como consecuencia que el Estado pague por encima de los precios de mercado. En este sentido, no es un dato menor que

los costes añadidos al contrato puedan llegar a ser de un 20 a un 50 % del monto total del contrato.

La razón de este sobrecoste es evidente: las empresas revierten, en el contrato, los pagos realizados en concepto de sobornos a los funcionarios, los técnicos o los agentes políticos que, directa o indirectamente, intervienen en la adjudicación contractual. Aunque no todos los sobrecostes en un contrato derivan de prácticas corruptas, podemos afirmar que ocasionan un aumento indebido del contrato (Medina Arnáiz, 2015).

En España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia consideró que la falta de competencia y la corrupción generan un sobrecoste de la contratación pública que equivale al 4,6 % del PBI (algo así como 47.500 millones de euros al año)²⁰⁸.

Como ha destacado Castro Cuenca (2009), el mecanismo de los sobrecostes en la contratación pública es doblemente lesivo. Al revertir en el importe final del contrato los pagos realizados en concepto de sobornos, no solo se daña el erario por el sobreprecio que acumula el contrato, sino que se produce un fraude al principio de selección objetiva del contratista.

De esta manera, al final del proceso, el precio pagado por la prestación resulta más oneroso que las ofertas presentadas por el resto de los licitadores a la adjudicación del contrato. A esto se suma que, en muchas ocasiones, las obras ni siquiera se terminan.

No toda cotización deficiente por parte de la Administración es pasible de tener consecuencias penales; es posible que haya habido errores de cálculo, que llevan a que el monto sea más alto o más bajo que el real. Un trabajo de investigación sobre el pliego de bases y condiciones podrá mostrar una negligencia de la Administración, que incidirá en el aspecto administrativo y civil.

Sin embargo, cuando esta cotización defectuosa sea realizada con la intención de beneficiar a un contratista o de defraudar al Estado, el ámbito de intervención indefectiblemente deberá ser el penal. Esto se debe a que, detrás de un precio exageradamente alto o bajo, puede llegar a existir algún hecho de corrupción. En efecto, es usual que se consienta la entrega de bienes y servicios de mala calidad o por debajo de

²⁰⁸ Informe *Análisis de la contratación pública en España. Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, 5 de febrero del 2015, p.6 (http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf).

los estándares mínimos, a cambio de algún pago o compensación indebida, en favor de un funcionario determinado.

Otra maniobra común en los acuerdos entre responsables de contrataciones y proveedores consiste en la entrega de menor cantidad que la que se hace figurar en los remitos, lo cual genera sobrantes que tienen otro destino, o un ahorro de costos para el proveedor, que se traducen en una coima para el decisor.

En ocasiones, esta situación de déficit en la provisión –ya sea por la calidad o por la cantidad– se concierta antes de la apertura de las ofertas, razón por la cual el oferente conoce que el precio que puede ofertar es más bajo que el de otros competidores, dado que la calidad que le será requerida o la cantidad que deberá proveer difieren de las que figuran en el pliego.

Con respecto al precio bajo, una forma de evitar que se sospeche de que las contrataciones han sido direccionadas para beneficiar a un proveedor –que girará un retorno– consiste en que el precio del contrato sea bajo inicialmente.

Así, cuando se analizan los resultados de la apertura de ofertas, se advertirá que se asignó la adjudicación a la oferta más conveniente y a un precio muy bajo. Para generar la adjudicación, el proveedor incluso ha cotizado un precio insostenible, exageradamente bajo en comparación con las restantes ofertas.

Esta circunstancia se conoce como “precio vil” y es una señal de que el contrato ha sido acordado. Este caso se verifica cuando, a lo largo de la contratación, aparecen solicitudes del proveedor para que se le reconozcan mayores costos, incumplimientos en la calidad o en la cantidad, prórrogas o ampliaciones, para dotar el contrato de los valores que originalmente debió tener –e incluso superiores–.

Un método para detectar estas conductas consiste, inicialmente, en el control de los precios del contrato respecto de los precios de referencia o de los precios que otros organismos han pagado por el mismo bien o servicio. Comúnmente, el fundamento para reclamar mayores costos es endeble y se produce con cierta inmediatez a la adjudicación del contrato. Esto demuestra que, desde su concepción, estaba orientado en esta dirección. Asimismo, la autorización para reconocer esos mayores costos o la ampliación del contrato se resuelve raudamente y sobre argumentos débiles.

Cuando la cotización en el pliego de bases y condiciones se traduce en un precio exageradamente alto, esto también puede llegar a revelar la existencia de algún tipo de irregularidad.

La sobrevaluación de los contratos es un mecanismo para lograr que el Estado pague por encima del valor que estaría dispuesto a cobrar el oferente (precio de mercado para el bien o servicio), con el objeto de “retornar” una parte o la totalidad de ese sobreprecio a los responsables de generar el contrato.

Como venimos señalando, un proceso direccionado en el que se descalifica –por las cuestiones aludidas en el punto anterior o por cuestiones técnicas– a las compañías que ofrezcan un mejor precio dará lugar a que la Administración, de manera discrecional y arbitraria, seleccione a la empresa “elegida” o “amiga” que, en connivencia con el Estado, acepta ofertar a un precio mayor.

Y esto es así porque, en definitiva, el soborno se deducirá directamente del excedente que ya contiene el precio “inflado” o “sobreprecio”, sin perjudicar los intereses de la empresa, pues lo único que deberá aceptar es cotizar a un precio mayor que el establecido en el mercado.

El sobreprecio es una estrategia corrupta poco habitual en la compra de bienes, ya que el precio de mercado suele ser conocido y el exceso es fácil de demostrar. Sin embargo, es común en la contratación de obra pública: debido a la cantidad de ítems por analizar, el precio es más difuso y complejo de establecer; además, allí se comprometen grandes montos de dinero.

Para detectar este tipo de conductas, se sugiere verificar aspectos que tienen que ver con el ofertante: su antigüedad tanto en el rubro como en la provisión a organismos públicos, quiénes son sus directores, accionistas, representantes, apoderados, domicilios, y qué relación tienen con algún integrante del órgano administrador.

En el caso de la antigüedad, constituyen señales de alerta la perpetuidad en la prestación, el cambio abrupto de proveedor o el cambio de autoridades.

Entre las medidas de tono objetivo para establecer el pago de sobrepuestos, siempre teniendo en cuenta las especificidades del bien o servicio de que se trate, se recomienda la comparación del valor pagado en el contrato con el valor de servicios similares de otros proveedores –o incluso del mismo proveedor– en otros organismos.

En las grandes obras viales, se suelen sobrevaluar los costos de los diferentes ítems de una obra, tales como obras de terraplenes –así, puede haber sobrecómputos de hasta un 150 % en la unidad “terraplén con compactación especial”, diferencia que, teniendo en cuenta los montos de licitación, puede acarrear un perjuicio de millones de dólares– y otros rubros, como “base concreto asfáltico”, “hormigón”, “defensa metálica”, “saneamiento de suelo”, “movilización de obra”, “base granular”, “barandas”, “alambrados”, “iluminación”, etc.

La maniobra en sí no demanda mucha preparación y elaboración; se trata de una acción simple: basta con realizar un presupuesto sobrevaluado y contar con la connivencia de una empresa o un grupo de empresas que coticen por encima de ese precio inflado. Como se ha señalado, esta acción ilegal suele tener una incidencia negativa en millones de dólares, que, una vez cobrados por el adjudicatario, se reintegran en forma de sobornos.

Con esta maniobra, el órgano administrador justifica el gasto. Además, se le brinda al desapoderamiento una cobertura ficticia de legalidad, y el dinero, según el caso, servirá para enriquecerse o para financiar campañas políticas.

Así, el perjuicio al erario es mayúsculo y deviene no solo del sobreprecio; también habrá que considerar que, con motivo de ese cómputo métrico sobrevaluado, se otorgarán anticipos financieros mayores que los debidos.

De más está decir que, muchas veces, estos anticipos ni siquiera se devuelven mes a mes, ni se reintegran totalmente al concluirse las obras. También suele suceder que las obras quedan inconclusas, por lo que el perjuicio es inmenso. También habrá un daño económico severo por el importe máximo que adelanta el Estado al adjudicado en concepto de movilidad (5 % o más), que, obviamente, se encuentra incrementado por los sobrecómputos y por los mayores costos del contrato.

A todo lo expuesto deberá agregarse otra circunstancia adicional, si es que el contratista no alcanza a cumplir con los plazos de obra que propuso, ni con los plazos originales solicitados por el comitente, lo cual aumenta el monto del daño.

Determinar la maniobra, así como el monto de perjuicio, resulta una tarea verdaderamente compleja, ya que se requieren habilidades técnicas específicas. De ahí que, en algunos casos, sea necesario recurrir a expertos que puedan colaborar con la tarea del observador (jueces, fiscales).

El peritaje que se realice a ese fin debe buscar determinar si existieron sobreprecios en la confección de los pliegos de condiciones y especificaciones técnicas durante el llamado a licitación, como también en la presentación y adjudicación de las ofertas. La misión de los especialistas es encontrar el valor más probable del ítem, esto es, la mejor estimación de las superficies y volúmenes (medida deseada) establecida en las planillas de cómputo, la licitación y las ofertas de las empresas.

En este aspecto, es aconsejable que se revise cada uno de los rubros del proyecto básico, entendido como el contrato marco inicial, y que se efectúe un análisis exhaustivo de la documentación del llamado a licitación, para lograr interpretar las necesidades, los requisitos y las prioridades del órgano administrador.

Es imprescindible tener en cuenta que no resulta suficiente la mera comparación del precio ofertado con el presupuesto oficial del monto de la provisión, el servicio o la obra que se licitan. Tampoco alcanza la simple comparación del precio ofertado con los precios promedio de mercado de productos de calidad, especificaciones o características similares, pues en contratos de obra pública existen numerosos ítems que deben evaluarse.

Con independencia de la comparación de precios que realicen los técnicos, hay situaciones que, paralelamente, pueden coadyuvar a probar la maniobra, a saber:

- a) determinar la antigüedad del ofertante en el rubro y en la provisión a ese organismo;
- b) verificar las posibles conexiones entre el proveedor (socios, propietarios, domicilios, representantes, apoderados, negocios comerciales, etc.) y las autoridades de contrataciones del organismo, así como respecto de sus superiores jerárquicos;
- c) establecer si hay funcionarios ligados de alguna u otra manera con la empresa ofertante;
- d) analizar la capacidad empresarial, la experiencia y la solvencia moral, técnica y financiera.

También es recomendable comprobar si se cumplieron todas las formalidades legales, como, por ejemplo, la presentación, en la preadjudicación, de fotocopia legalizada del certificado de capacidad de contratación anual, y, antes de la adjudicación, del certificado original.

En cuanto a este último requisito, teniendo en cuenta que la vigencia de la calificación que otorga el Registro de Constructores es de un año y seis meses desde la fecha de cierre del último ejercicio contable presentado, es necesario revisar si fue actualizada. La

conurrencia a la licitación cuando se encuentra vencido el certificado de capacidad es un indicio de connivencia entre el adjudicatario y el administrador.

Retomando el caso del Soterramiento del Ferrocarril Sarmiento, la empresa Ghella no había presentado el certificado de inscripción y capacidad anual del Registro Nacional de Constructores de Obra Pública, exigido por el pliego de bases y condiciones generales, en virtud de lo previsto por el Decreto 1724/93, ni tampoco el trámite de inscripción. En ese orden, la PIA explicó:

[El] Decreto Reglamentario N° 1724/93, que rige lo relativo al Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, establece en su art. 24, que “Las Entidades Licitantes sólo admitirán al momento de la apertura de la licitación, las propuestas de oferentes inscriptos en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas”, y, en su art. 25 que “Las Entidades Licitantes al momento de la Preadjudicación deberán solicitar del oferente, la entrega de una fotocopia legalizada del Certificado de Capacidad de Contratación Anual para Licitación. Para el caso de que se asocien para la ejecución de una obra dos o más empresas será obligación que cada una declare su porcentaje de participación” y en su art. 26: “Con antelación al acto de Adjudicación, los Entes Licitantes exigirán de quien resulte presunto adjudicatario el Certificado de Capacidad para Adjudicación, que emite el Registro”²⁰⁹.

A partir de lo expuesto, se vislumbró el incumplimiento de uno de los requisitos del pliego por parte de una de las empresas de la UTE adjudicataria, y se arribó a la conclusión de que dichas observaciones permiten inferir: *i*) que las empresas competidoras no cumplieron con lo requerido en el PBCG al presentar sus ofertas, y *ii*) que, en ningún momento, la Comisión Evaluadora intentó subsanar tales irregularidades.

Más allá de todas estas medidas, no podemos dejar de ponderar la dificultad que existe para determinar sobrepuestos en la obra pública, cuando la competencia real ha sido completamente anulada. Esto sucede cuando los competidores, en connivencia con la Administración, se ponen de acuerdo para fijar un precio en el que ya se calcula el costo del retorno.

En concreto, se lo conoce como el “club de contratistas”. En él, se arreglan las licitaciones y se consignan los precios, para luego justificar los retornos, esto es: *i*) el monto del anticipo financiero o *ii*) un porcentaje del monto de los tres primeros certificados de obra, en obras que no tienen anticipo financiero.

²⁰⁹ <https://www.cij.gov.ar/nota-34132-El-juez-Martinez-de-Giorgi-proces-a-Julio-De-Vido--Jos--L-pez--Ricardo-Jaime-y-otros-imputados-en-la-causa-por-el-soterramiento-del-tren-Sarmiento.html> (consultada el 25 de octubre de 2020).

4.3.1.15. Uso de facturación apócrifa de servicios para ocultar sobrepuestos

En contrataciones de obra pública, es usual que las empresas se valgan de facturación apócrifa. Generalmente, una empresa factura de manera falsa para simular un servicio que se cobra, pero que no se cumple, con el objeto de pagar menos impuestos (impuesto al valor agregado, impuesto a las ganancias), por lo que no representa una operación real. Se trata, pues, de una simulación de operaciones que no existen en la realidad.

Su utilización se ha hecho cada vez más masiva: es una práctica común de evasión fiscal utilizada en distintos rubros de la actividad comercial.

El protocolo de actuación para la investigación de delitos penal-tributarios a través del uso de facturas apócrifas, aprobado mediante la Resolución Procuración General de la Nación N° 149/09, establece los siguientes lineamientos:

[La utilización de facturas falsas por el contribuyente sirve para] aumentar su crédito fiscal en el IVA y/o aumentar sus gastos en el Impuesto a las Ganancias, lo que finalmente redundará en la disminución de las bases imponibles de aquellos gravámenes, y por ende, en la evasión total o parcial del pago de las correspondientes obligaciones tributarias.

Además, el documento enuncia:

[E]n casos de grandes empresas, puede ocurrir que se utilice a una sociedad real como “pantalla” o “puente” en procura de “distanciar” al usuario final con la empresa proveedora de facturas falsas (...), de forma tal de ocultar el consumo de comprobantes falsos por parte de la primera de las empresas. Esto se puede ejecutar de forma tal de simular una operación que no existió (tanto la sociedad ficta como la ‘puente’ emiten facturas por operaciones falsas) o de aumentar el gasto correspondiente a una operación que sí existió –entre la sociedad final y la “puente”– (las facturas aportadas por la sociedad falsa permiten justificar un incremento ficticio de la facturación a la sociedad final).

Por lo tanto, cuanto más extensa sea esta red de empresas, es decir, cuantas más sociedades intervengan en la operatoria, mayores serán, por un lado, la distancia entre el beneficiario final de la facturación apócrifa y su origen espurio, y, por el otro, la posibilidad de incrementar exponencialmente los costos de un determinado servicio, con la consecuente defraudación al usuario final de aquel (en cuanto será quien definitivamente pague por el servicio sobrefacturado).

En el caso de una empresa organizada, como pueden ser las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, que tienen una estructura legal exigente, la utilización de los instrumentos falsos puede deberse no solo a la disminución ilegal de la carga fiscal, sino también a la extracción de fondos blancos del circuito contable, para su posterior utilización con distintos fines ilícitos.

Justamente, por este motivo, la utilización de esos fondos debe tornarse no trazable para eludir los controles fiscales o de cualquier otro tipo. Por ello, cuando la utilización de facturas falsas toma cierta importancia, es necesario que participen varias personas: no solo las proveedoras de facturas, sino también quienes intervienen en la conversión de los cheques en dinero en efectivo.

El brevísimo resumen realizado nos sirve para alertar que la facturación apócrifa también ha sido una maniobra utilizada con asiduidad, para ocultar el excedente de la empresa que cotizó con sobrepregios, o para justificar o disimular el pago del soborno dentro de la estructura legal.

Como se sabe, las sociedades que ganan licitaciones públicas deben llevar su contabilidad de manera legal y tienen una enorme carga de registración en los libros comerciales, por lo que tienen limitada la producción de ingresos marginales. Así, en general, no disponen de una caja marginal para pagar sobornos, sino que deberán utilizar parte del dinero cobrado de las operaciones blancas para pagar “comisiones prohibidas”.

Para ello, nada mejor que incluir facturas falsas en la contabilidad; esto le reportará ingentes beneficios a la empresa corrupta.

La facturación falsa, en primer lugar, suscita una erogación de fondos justificada por esas facturas –que no tienen un destino real, ya que no coinciden con un servicio o una compra efectuada verdaderamente–, que permite que esa liquidez se use discrecionalmente para otros fines, como, por ejemplo, el pago de sobornos.

En segundo lugar, le concede a la empresa reducir el saldo de gravámenes impositivos, tanto en el impuesto al valor agregado como en el impuesto a las ganancias. Ciertamente, respecto del impuesto al valor agregado, este sistema le permite aumentar el crédito fiscal, al pagar dicha carga con la facturación apócrifa. En el caso del impuesto a las ganancias, los gastos aumentan y la ganancia se reduce, por lo que el impuesto que deberá pagar es menor.

Así, cuando la ganancia es exorbitante, no solo por la deducción de los pagos de sobornos, sino también porque, en ocasiones, los sobrepregios en la obra pública superan con creces el ciento por ciento del valor normal de las obras, se hace necesario recurrir a esta forma anómala para que no se descubra la maniobra ilícita.

Entonces, la utilización de facturas apócrifas permite a la empresa, por un lado, justificar los valores presupuestados de cada obra (sobreprecio) y disminuir ilegalmente su carga fiscal (evasión), y, por el otro, extraer fondos “blancos” del circuito contable, para su posterior utilización con distintos fines (coimas).

Frente a lo expuesto, es indispensable que, en los casos vinculados a contratistas sospechosos, se analice la existencia de empresas que facturen, de manera falsa, operaciones de servicios a la empresa adjudicataria. Asimismo, hay que verificar la presencia de entramados de contrataciones y subcontrataciones con las empresas involucradas, y constatar si cuentan o no con la capacidad económica o técnica de infraestructura para llevarlos a cabo. Todo ello permitirá comprobar si esos servicios se pudieron haber concretado en la realidad.

La maniobra se sintetiza del siguiente modo: *i)* el órgano administrado le adjudica a la empresa la realización de la obra pública con un sobreprecio; *ii)* la empresa adjudicataria contrata a una empresa fachada, ficticia o sin capacidad para realizar el trabajo encomendado, para la prestación de un servicio vinculado con dicha obra; *iii)* con respecto a las empresas subcontratadas, por lo general, no tienen personal; es imposible ubicar a alguno de sus integrantes; no contestan los requerimientos o citaciones enviadas; no exteriorizan un patrimonio que permita desarrollar las actividades declaradas; no declaran el pago de impuestos, ni empleados en relación de dependencia; el único cliente informado es la empresa adjudicataria; carecen de capacidad operativa (bienes de uso, fuerza laboral, logística, etc.), entre tantas irregularidades.

El análisis conjunto de estos factores lleva a considerar que los costos de la obra fueron “inflados” a partir de una cadena de facturaciones sucesivas de un servicio que, por lo demás, la empresa adjudicataria debiera estar en condiciones económicas y técnicas de llevar a cabo por su propia cuenta.

Dado que los costos de las empresas subcontratadas son falsos –porque no podían proveer los servicios que facturaban, al no tener la capacidad económica para hacerlo–, es fácil colegir que las empresas subcontratistas no realizaron los trabajos encomendados, por lo que habrían facturado falsamente costos a la contratista, o los habrían sobrefacturado.

Además, en la situación analizada, cuando la recepción del dinero en concepto de adelanto por obra pública se realice en cheques (dinero blanco), será necesario que la empresa cuente con alguna posibilidad de derivación de esos cheques a sectores sobre los que se

hubieran flexibilizado los controles, o respecto de los cuales no existieran controles directamente. Ello responde a que se debe convertir parte de los fondos blancos, registrados contablemente, en dinero al cual se le daría otro destino y no aquel representado por los comprobantes respectivos.

Se sugiere, en estos supuestos, realizar un seguimiento del cheque, ya que, por lo general, estos documentos de pagos no terminan en las cuentas de los beneficiarios, sino que son descontados en mutuales o cooperativas de crédito, que carecen de un control real oficial, para impedir, justamente, el seguimiento del dinero. Esto, desde luego, es un indicio claro de la maniobra ilegal.

Para resumir, las operatorias ilegales descritas permiten:

- justificar los valores presupuestados de cada obra;
- disminuir ilegalmente su carga fiscal;
- extraer fondos “blancos” del circuito contable, para su posterior utilización con distintos fines, siempre ilícitos.

Por ende, respecto de las licitaciones públicas sospechadas de corrupción, se hace necesario determinar si las empresas que el adquirente subcontrata tienen capacidad real para hacer el trabajo encomendado, o si, en rigor de verdad, se trata de empresas fantasmas o sin ningún tipo de capacidad real.

4.3.1.16. Régimen de regularización impositiva de la Ley 26.476

También habrá que prestar atención especialmente a la práctica habitual de los Estados de acudir indiscriminadamente a las moratorias, la exención total o parcial de multas, los planes de regularización y las condonaciones a favor de quienes no han cumplido con sus obligaciones fiscales. Así, se les ofrece liberarlos de acciones civiles, administrativas y penales, a cambio de que regularicen su situación impositiva.

Sobre todo, es necesario indagar las motivaciones reales, pues es posible que, detrás de una ley general, se intente beneficiar a algún contratista en particular.

A modo de ejemplo, el 18 de diciembre de 2008, se sancionó la Ley 26.476, que estableció un régimen amplio de regularización impositiva. Esta moratoria permitió la extinción de

acciones penales contra empresas constructoras que tenían deudas millonarias por facturación apócrifa, y que estaban siendo fiscalizadas por el Estado.

La motivación de esa ley fue la crisis económica y social que había tenido lugar en 2000 y 2001. No obstante, la moratoria se sancionó transcurridos 7 años de ese conflicto, y luego de innumerables regímenes de regulación fiscal implementados, por lo que ese argumento no parece serio.

Con motivo de la sanción de esta norma, en 2009 criticamos severamente el uso indiscriminado del establecimiento de moratorias y, en especial, el contenido de la ley citada (Luciani, 2009). En aquella oportunidad, nos preguntamos lo siguiente:

¿Cuál habrá sido el verdadero sentido de esta ley?, ¿a quién o a quiénes se habrá querido beneficiar?, ¿por qué razón no se ha discriminado, por ejemplo, entre una evasión simple y una agravada?, ¿o acaso esta última acción no es más grave que la primera?, ¿cómo puede premiarse a aquellos que han orquestado una maniobra compleja tendiente a engañar y defraudar al fisco? (...) La realidad es que esta ley muy lejos se encuentra de los fines que declara.

Este interrogante se respondió con el correr de los años, pues una empresa contratista del Estado, que estaba siendo fiscalizada en ese entonces y a la cual se le habían otorgado varias licitaciones por obra pública en la provincia de Santa Cruz de manera direccionada y con innumerables irregularidades, se acogió a esa moratoria por una suma millonaria, y quedó, así, liberada de responsabilidad por la facturación apócrifa utilizada.

4.3.1.17. Conformación de UTE ficticias

Es común también la conformación de uniones transitorias de empresas (UTE) que se enlazan de manera ficticia, con el fin de que una de estas, sin la capacidad ni la experiencia exigidas, pueda concurrir a la licitación.

Se trata de empresas creadas con el mínimo de capital social y sin experiencia en el rubro, que, al no poder ser adjudicatarias de ninguna licitación por sí solas –dado que carecen de capacidad de contratación suficiente–, se asocian en forma de UTE con diversas empresas de gran trayectoria en el rubro, para ser adjudicatarias de las licitaciones en una determinada jurisdicción.

En este caso, la asociación en UTE es un acto simulado, ya que la empresa no se une para sumar esfuerzos con otras empresas. En otras palabras, no son verdaderos contratos de

colaboración empresaria, puesto que no se trata de sociedades que persiguen un fin común, sino de estructuras jurídicas ficticias.

Una señal de mendacidad o de manipulación de una licitación pública es que la empresa que tiene menor participación (del 3, 5 o 10 %), una vez adjudicada la obra, sea la encargada de ejecutarla en su totalidad. Es decir que, con una participación ínfima, se hace acreedora de obras y logra imponer sus apoderados e incluso su representante técnico. Esto demuestra que, en realidad, se trata de meros actos simulados.

Para dejar al descubierto esta situación irregular, debemos formularnos el siguiente interrogante:

¿Qué beneficio le podría reportar a una constructora de trayectoria, solvencia y experiencia en el rubro asociarse, para la ejecución de un proyecto, con una empresa que aporta un mínimo capital y que no tiene ningún tipo de pericia?

De no hallarse un beneficio real y genuino –en términos de negocios y comercio, difícilmente se podrá pensar en fines altruistas–, es evidente que estamos ante una situación ficticia e irregular.

4.3.1.18. Desidia en el trámite del expediente administrativo

La ausencia de formalidades en el trámite del expediente administrativo es una alerta de que pueden existir arbitrariedades y actos irregulares. La formalidad de las actuaciones con las que se efectúan los contratos gubernamentales debe ser el eje central de todo expediente, para brindar la máxima transparencia en la contratación.

El expediente debe reflejar de manera cristalina lo que sucedió en la contratación; además, debe tener un orden cronológico y metodológico que permita reconstruir fácilmente el cauce que se le otorgó a la contratación, como también las vicisitudes que se presentaron.

Cuando se dificulta reconstruir la vida del expediente –porque faltan hojas, o el expediente se subdividió sin que se dejara constancia en el principal, o falta la fecha de los actos, o la foliatura es incorrecta, o hay enmiendas que no fueron salvadas, o se omitieron firmas u otros elementos fundamentales para analizar las irregularidades en una contratación–, se hace presente un indicio serio de arbitrariedad.

En efecto, la ausencia de una fecha cierta de una publicación o de cuándo un oferente tomó vista del expediente permite la modificación de los documentos y la incorporación de otros documentos. Y esto altera sustancialmente el resultado de un proceso de selección del contratista.

Por esta razón, es importante prestar atención a las circunstancias señaladas y verificar el cumplimiento de los formalismos, porque el desorden en el trámite del expediente, además de ser una irregularidad, es un indicio de arbitrariedad y de corrupción.

4.3.1.19. Remediación o restauración de canteras

A pesar de que el tema se vincula con una cuestión principalmente ambiental, en algunos casos, la remediación o restauración de canteras ha servido como excusa para extraer ilegalmente sumas de dinero, sin mayores controles.

Como breve introducción al tema, debemos decir que una actividad frecuente en toda construcción de una ruta es la extracción de piedras, áridos y materias primas, para utilizarlos como material de obra, lo que provoca la formación de canteras que, cuando dejan de ser de interés, pueden terminar transformándose en lugares abandonados.

De ahí que exista la obligación de remediar las canteras que se van formando. En efecto, para el *Manual de evaluación y gestión ambiental de la Dirección Nacional de Vialidad* (art. 4.2.22), ese deber está a cargo del contratista:

Una vez terminados los trabajos, el Contratista será responsable de retirar de las áreas de campamentos y obradores, las instalaciones, materiales y todo elemento que no esté destinado a un uso claro y específico posterior. Por lo tanto, se deberán: eliminar los residuos, chatarras, escombros, instalaciones, cercos, divisiones y estructuras provisionales; rellenar pozos, desarmar o rellenar las rampas para carga y descarga de materiales, maquinarias, equipos (...); implementar acciones de restauración o rehabilitación ambiental de manera que el área quede en condiciones similares o aún mejores que las existentes antes de la obra.

Además, se establece que el supervisor de la obra será responsable de la aprobación de las condiciones ambientales finales en el área operativa, y que, como mínimo, deberán considerarse las siguientes restauraciones: *i)* la presencia de basurales en la zona de camino; *ii)* las canteras de materiales mal abandonadas; *iii)* los restos de asfalto no depositados a lo largo de la zona de camino luego del escarificado; *iv)* los obradores mal abandonados con restos de suelos contaminados o residuos peligrosos.

Entonces, el contratista es que quien debe soportar el costo de la remediación de las canteras. Por lo general, el precio de ese trabajo está incluido en el pliego de bases y condiciones –entre los ítems que comprenden el empleo de los materiales– o se contempla en un rubro por separado.

De lo expuesto, se deduce fácilmente que el precio ofertado para realizar trabajos que requieren el empleo de los materiales que generan canteras incluye el costo correspondiente a su remediación. En esas condiciones, el contratista debe hacerse cargo de la remediación de las canteras generadas por la obra que llevó a cabo, sin que pueda exigir un pago extra por ello.

El principio general es que la elevación del riesgo de contaminación ambiental que provoca la ejecución de obras viales debe ser mitigada por quien lo ocasionó.

A pesar de esta obligación, que surge de los propios contratos de obra, se han podido observar convenios de financiamiento entre la Dirección Nacional de Vialidad y otras direcciones viales provinciales, que tuvieron la finalidad de mitigar los efectos ambientales causados.

Es decir, Vialidad nacional se compromete, en esos convenios, a financiar pasivos ambientales provinciales, cuando, en rigor de verdad, el que debería realizarlo es el Estado provincial, el Estado municipal o quien lo provocó.

Cuando nos topamos con este tipo de convenios, es recomendable llevar adelante un análisis riguroso de las licitaciones que se convocan con base en ellos, pues, por medio de este tipo de contratación, pueden producirse abusos e irregularidades de todo tipo.

Ciertamente, en obras viales ya adjudicadas y en ejecución, puede utilizarse como excusa para petitionar y para aprobar posteriormente la incorporación de modificaciones de obra por remediación de canteras.

Se trata de trabajos sencillos, pero que otorgan grandes beneficios económicos. Nótese que pueden permitir al contratista incrementar significativamente el contrato original (entre un 14 % y un 20 %), lo que también repercute en el aumento de la capacidad de contratación de la empresa.

Habrá que prestar especial atención a los casos en los cuales directamente se convoque a una licitación pública con el único objetivo de restaurar y remediar canteras en municipios

y provincias. Frente a estas contrataciones extraordinarias, y para extremar los riesgos de corrupción, deberán tenerse en cuenta las razones que se invoquen, su justificación real (no solo la mera invocación de que existe un riesgo en la salud o una alteración visual del paisaje, etc.). Además, la inversión debe estar contemplada efectivamente en el presupuesto aprobado por el Congreso, y debe asegurarse que los plazos sean lo suficientemente amplios para garantizar la publicidad y la concurrencia, entre otros aspectos relevantes.

En relación con lo anterior, se han observado casos de irregularidades inadmisibles. A modo de ejemplo, una acción reiterada en este tipo de licitaciones amañadas es la de emitir circulares cerca de la fecha de vencimiento del plazo para adquirir pliegos, que modifican las condiciones del pliego, ya sea ampliando el plazo de ejecución, el presupuesto o cualquier otra circunstancia concreta.

Se ha llegado al absurdo de licitaciones públicas en cuyo pliego de bases y condiciones no se identificaron las canteras que debían remediarse, sino que esto se hizo unos días antes de vencer el término para presentar las ofertas, por medio de circulares. Es decir, se convocó a una licitación para remediar canteras, pero no se consignó qué se debía restaurar.

Esto es absolutamente anómalo y debiera encender rápidamente todas las alertas, no solo por parte de la Administración, sino también de los propios interesados, que jamás podían saber qué trabajo realizar y cuánto ofertar.

En algunos casos, si bien en la convocatoria se identificaron las canteras que debían restaurarse, luego, por medio de una circular –días antes de que venciera el plazo para adquirir los pliegos–, se modificó la ubicación geográfica, las canteras se reemplazaron por otras o hasta se suprimieron algunas, y se pasó, por ejemplo, de nueve a cinco canteras.

Esta situación –de por sí inexplicable– es más llamativa cuando el precio original de la convocatoria se mantiene inalterable, pues lo lógico es que, si se cambian las canteras o si se suprimen algunas, el presupuesto se modifique. Lo antedicho muestra lo burdo de la maniobra.

Una práctica también anómala es que, luego de la adjudicación, se agreguen otras canteras para remediar, pero como modificaciones de obra, con lo que se evita una nueva licitación y se aumenta de manera descomunal el valor del contrato.

Estas situaciones muestran abiertamente la irrazonabilidad de la contratación (cubrir un pasivo ambiental). Además, permiten concluir que la remediación de las canteras puede ser la excusa perfecta para extraer ilegalmente bienes del Estado y para darle una justificación aparente, a la par de darle al contratista una mayor capacidad de contratación.

Más aún cuando se advierte que todas las licitaciones convocadas para ese fin se adjudicaron de manera direccionada a una única empresa, y, además, en el proceso de licitación no se respetaron los principios de publicidad, debida concurrencia y transparencia.

Así, la falta de explicación de los motivos por los cuales el Estado nacional decide abonar el costo de restituir el relieve topográfico en una provincia, o asume el financiamiento de esas remediaciones es cuestionable desde todo punto de vista y debe encender las alarmas de la corrupción.

4.3.2. DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

4.3.2.1. Traspaso fraudulento del contrato

Ya afirmamos en capítulos anteriores que el artículo 19 de la Ley de Obra Pública expresamente prohíbe, una vez presentada la propuesta o hecha la adjudicación, que se traspasen los derechos, en todo o en parte, sin el consentimiento manifiesto de la autoridad competente.

Una modalidad utilizada para vulnerar y transgredir la normativa es que se presenten a la licitación empresas que tengan capacidad técnica y financiera para ofertar, y que, luego, con la connivencia de la autoridad competente, traspasen los derechos a empresas que no estaban en condiciones de competir, saltando el proceso de selección correspondiente.

Es importante destacar aquí que, si bien el contratante puede subcontratar algunos de los trabajos que deberá realizar, la subcontratación deberá ser parcial y no total para que sea válida. De lo contrario, se estaría reemplazando o sustituyendo al contratista principal.

A pesar de que la normativa es clara en este sentido, se han observado casos groseros en los cuales se cedieron obras a empresas que no tenían capacidad para presentarse en la licitación. Así, por ejemplo, tres meses después de adjudicarse una licitación a una empresa, esta última se la cedió a otra que no tenía capacidad para afrontar semejante obra; sin embargo, el órgano de Administración habilitó la maniobra, sin que se hubiesen cumplido los restantes requisitos exigidos por el servicio jurídico.

Esta es una infracción grave de las normas administrativas, que pone al descubierto una maniobra arbitraria, pues la cesión del contrato de obra pública solo es admitida excepcionalmente.

Una forma rápida de constatar la irregularidad es verificar si se cumplen los requisitos exigidos para tal fin. Esto es: *i)* que el cesionario tuviera la capacidad de contratación disponible suficiente según el Registro Nacional de Constructores; *ii)* que el cedente hubiera ejecutado, al menos, el 30 % del monto del contrato, y *iii)* que el cesionario sustituyera las garantías oportunamente aportadas por el cedente.

Si nada de eso ocurre y si, de igual forma, se autoriza la cesión y se firma un nuevo contrato con una empresa sin capacidad contractual, ni técnica, ni financiera, que no había concurrido a la licitación, estamos ante un indicio de corrupción y de vulneración de los principios que rigen toda contratación pública.

4.3.2.2. Falseamiento del plan de trabajo

Otra de las cuestiones que habrá que revisar detenidamente es el plan de trabajo que el contratista debe acompañar: en este, deberá detallarse el equipo que se utilizará para ejecutar la obra y que no podrá retirar mientras esta no concluya. Cuando el contratista incumpla la obligación de mantener el equipo en la obra, o bien presente la misma maquinaria para las diferentes obras a su cargo, se configurará una ilegalidad que deberá ser analizada, ya que indica una connivencia inadmisibles con la Administración.

El falseamiento de los datos señalados o la falta de cumplimiento en consignarlos son circunstancias que el inspector de obra debería detectar inmediatamente con una simple comparación. Frente a esta observación, debería no solo intimarse su cumplimiento, sino también informarse a las autoridades correspondientes para que tomen las medidas del caso y para que la obra se realice conforme lo pactado.

4.3.2.3. Prórrogas infundadas del contrato

Todo contrato tiene un plazo establecido en meses o en años. En él se estipula un cronograma, el plan de trabajo y las etapas en que se llevará a cabo la tarea encomendada. El contratista quedará constituido en mora por el solo hecho de no cumplir con lo convenido en el contrato, lo que importa la aplicación de una multa y la eventual rescisión del contrato.

Una de las tantas maniobras para evitar las sanciones de la Administración y, en definitiva, la finalización del contrato consiste en aparentar legalidad. Para ello, se solicitan prórrogas de los contratos que son infundadas, ya sea porque no están motivadas o porque no se acreditan las circunstancias por las que esas extensiones pueden concederse –el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento–. Sin embargo, la Administración las concede sistemáticamente.

Para el otorgamiento de extensiones, se suele aducir la magnitud de la obra, las condiciones climáticas adversas, las distancias grandes, la escasez de materia prima, circunstancias que, indefectiblemente, deberían contemplarse antes de cada proceso licitatorio (por ejemplo, en función de la climatología y de las características de la región).

Frente a esta estrategia, se impone analizar detenidamente las razones reales de las prórrogas –su justificación–, como también las verificaciones que realizó la Administración para corroborar los extremos aludidos por la contratante.

La simple lectura podrá mostrar si la resolución es no razonada y si es aparente o arbitraria, lo que nos llevará a descubrir un posible favorecimiento ilegal al otorgar esas prórrogas y al eximir al contratante de la multa y de la rescisión del contrato.

Si bien es usual que los pliegos que rigen el llamado contengan cláusulas vinculadas a la ampliación del objeto contractual, el objeto de la ampliación se constituye en la posibilidad de lograr mayores provisiones o de extender el alcance del contrato, sin necesidad de hacer un nuevo procedimiento para el mismo bien o servicio.

En algunos casos, la solicitud de la ampliación es otorgada inmediatamente después de la adjudicación del contrato, lo cual demuestra una connivencia entre el oferente “elegido”, que obviamente estaba en conocimiento de esta anuencia.

Además, significa violar el principio de igualdad, dado que la ampliación no es conocida por los otros interesados. En efecto, una vez que el contrato ha sido adjudicado, el resto de los oferentes pierden interés en conocer la evolución posterior del contrato, circunstancia que deja abierto el camino para acordar de manera reservada condiciones diferenciales para la ampliación.

Esto no significa que toda ampliación sea ilegal, ni mucho menos. El mecanismo de ampliación es lícito y no constituye en sí mismo una conducta delictiva; el problema es el uso abusivo de esta herramienta y la posibilidad concreta de aparentar una legalidad que no es tal.

Obsérvese que, a través de este mecanismo, la autoridad de contrataciones del organismo público puede adjudicar el contrato al proveedor de manera ilegal o direccionada, en atención a los incentivos que puede reportar la falta de finalización del contrato. Para ello se asegurará seguir otorgando la prórroga de la contratación vigente, de manera de continuar con el vínculo espurio, sin tener que someterse nuevamente a un procedimiento público.

El análisis de una contratación repleta de irregularidades que fue prorrogada en reiteradas ocasiones y sin razones justificadas enciende una alarma que obliga a realizar un estudio de otros aspectos. Por ejemplo, debe evaluarse la anticipación con que se solicita la prórroga al contratista, pues generalmente se realiza poco antes de que finalice el término, lo que demuestra una falta de previsibilidad.

Ciertamente, un elemento que contribuye a generar una alerta es la proximidad entre la fecha de la adjudicación y la fecha de la solicitud de ampliación del contrato: cuanto más próximas se encuentren, será más difícil pensar que la prórroga no estaba prevista anticipadamente.

4.3.2.4. Modificaciones de obra simuladas

Está claro que la norma (artículo 29 de la LOP) permite la realización de modificaciones de obras, siempre y cuando no se trate de un aumento mayor al 20 % del total de la obra contratada (artículo 53 de la LOP).

No obstante, en muchos casos, más allá de atender a elementos de imprevisibilidad, parece constituir una práctica que permite incrementar –en ocasiones, de manera obscena– el importe final del precio. Así, es usual observar un contrato adjudicado por un precio y por un determinado tiempo, que luego es extendido inexplicablemente, o cuyo objeto se amplía, con las consiguientes contraprestaciones dinerarias.

Este modo de proceder genera un efecto anticompetitivo claro, puesto que la significación de la oferta como elemento clave en la adjudicación queda desvalorizada, ya que con posterioridad esta se puede ver alterada por pedido de la empresa o a instancias de la propia Administración (Malaret, 2016).

Incluso, hay países que directamente han prohibido estas prácticas, dado el riesgo concreto de que, bajo el ropaje de la modificación de obra, se escondan casos de corrupción escandalosos.

La autora citada anteriormente destaca la sentencia del TJUE, del 22 de abril de 2010, que declaró el incumplimiento de la Directiva de Obras de 1993 por la adjudicación de obras complementarias a una concesionaria, sin que estuvieran comprendidas en el objeto de la concesión, lo que provocó la vulneración del principio de igualdad de trato.

Allí se objetó que las reglas del juego en función de las cuales las empresas candidatas a una licitación habían presentado sus ofertas se cambiaran una vez que el contrato entró en la fase de ejecución, ya que ello resultaba absolutamente ilegal.

También es usual observar contratos de obra pública en los que se autorizan modificaciones de obra mayores a ese porcentaje (20 %), o en los que se autorizan varias modificaciones con porcentajes menores (por ejemplo, del 10 % o del 15 %), pero que, contabilizadas todas juntas, sobrepasan el porcentaje del 20 % permitido. En otros casos, se permiten modificaciones que no están relacionadas con el contrato originario.

Entonces, un contrato adjudicado por un precio y por un tiempo determinados luego se extiende inexplicablemente. Prolongar la vida de cada proyecto permite asegurarse un flujo de fondos constante, ya que extender las obras por años y años puede ser una excusa perfecta para justificar la migración de miles de millones de pesos hacia las empresas “elegidas”.

Tanto es así que se han autorizado hasta 5 modificaciones de obra dentro de un mismo contrato de obra pública, triplicando el monto original del contrato. Con ello, se alteró

substancialmente la esencia de los trabajos acordados y se excedió por mucho el porcentaje del 20 %.

Si en varios contratos de obra pública adjudicados o cedidos a un grupo empresarial se hizo un uso desmesurado de las modificaciones de obra –esto representa, en algún caso, casi el 80 % del universo analizado–, existe una desnaturalización del contrato y se configura un indicio concreto de ilegalidad.

En definitiva, por esta “vía alternativa”, sin mayores controles ni cuidados, la Administración pública puede habilitar que se acceda ilegítimamente a *i)* extensas ampliaciones en los plazos fijados para la finalización y entrega de las obras, y a *ii)* incrementos presupuestarios millonarios para financiar las supuestas obras nuevas o trabajos adicionales por realizar.

En concreto, ello puede implicar beneficiar al grupo empresario, durante años, con prórrogas para la finalización y la entrega de las obras comprometidas. También permite engrosar de manera exorbitante el presupuesto original en miles de millones de pesos extras para solventar las modificaciones autorizadas.

De ahí que las modificaciones en obras ya licitadas, adjudicadas y contratadas deben ser abordadas, tal como lo establece la ley, como cuestiones excepcionales y limitadas, motivadas en razones de estricta necesidad. De lo contrario, se verían violentados los principios de igualdad, máxima concurrencia y transparencia, que son irrenunciables en materia de contrataciones públicas.

La potestad modificatoria –ínsita en todo tipo de contrato– debe ejercerse en un marco de razonabilidad para que, a través de su ejercicio, no se desnaturalice el contrato de origen y no se lesionen los derechos de quienes fueron oferentes en el procedimiento de selección del contrato que se pretende modificar.

Las formas habituales para justificar falsamente las modificaciones consisten en considerar que se trata de una obra nueva o de un trabajo adicional. Frente a esto, la Procuración del Tesoro de la Nación, con una claridad notable, ha aportado precisiones en torno a las diferencias entre el concepto de “obra nueva” y el de “trabajos adicionales”²¹⁰.

²¹⁰ PTN, Dictámenes 141:125 y 168:441, entre otros.

Así, sostuvo que la expresión “obra nueva” se refiere a aquellos trabajos que son indispensables en una obra en curso de ejecución y que no fueron previstos en el proyecto ni pudieron incluirse en el contrato respectivo. Se trata de un trabajo nuevo que no tiene vinculación alguna con el proyecto primitivo que dio origen al contrato principal. Por lo tanto, las “obras nuevas” revisten dos características centrales: *i*) su aparición imprevista y *ii*) su falta de vinculación con el principal.

Por su parte, los “trabajos adicionales” son aquellos que resultarán necesarios para el buen funcionamiento, completamiento o mejoramiento del proyecto contratado, razón por la cual surge la conveniencia de alterarlos. Estos no se contraponen a la esencia y a la propiedad característica de la obra principal, sino que acceden a ella para favorecer su funcionamiento o con el fin de completarla.

En resumen, si el nuevo trabajo no altera la substancia de lo contratado, y si se dispone su realización con el fin de uso o mejor funcionamiento de la obra principal, complemento o conservación, deberá entenderse que es “trabajo adicional”, y que, por ende, encaja en el régimen del artículo 30° de la Ley 13.064.

En el caso del Soterramiento del Ferrocarril Sarmiento, la Procuración de Investigaciones Administrativas hizo expresa mención de esta forma irregular de proceder.

En efecto, en ese precedente, la Administración dispuso modificar la obra que fue objeto del llamado a licitación, con la particularidad de soterrar el ferrocarril en tres etapas: a) Caballito-Liniers; b) Liniers-Castelar; y c) Castelar-Moreno. Se fijó como garantía de mantenimiento de la oferta en el 1 % del presupuesto oficial, pero solo respecto de la etapa I, mientras que, para las etapas II y III, solo se debía presentar una carta de compromiso de gestionar el financiamiento para aquellas, y se dispuso mantener el estatus de “precalificado” a las empresas del llamado originario.

Se destacó que los términos de la modificación debieron conducir a impulsar una nueva convocatoria o llamado que garantizara los principios esenciales de las contrataciones públicas, dado que se modificó el objeto y se dejó librada a cada oferente la determinación del plazo de ejecución, sin precisar la forma de financiamiento de la obra, ya que solo debía presentar una propuesta o carta de compromiso respecto de las etapas II y III.

Es decir, se convocó a licitación una obra que no se sabía cuánto saldría, cuánto demoraría en ejecutarse y cómo se financiaría. Así también, se indicó que, luego, se agregó el

presupuesto estimado solo para la etapa I en \$ 3.469.860.000, sin que se encontrara añadida la afectación preventiva del gasto que diera cuenta de la existencia de fondos para afrontar el contrato.

De esa manera, se modificó la obra licitada y los oferentes del primer sobre del llamado originario no debieron mantener el estatus de precalificados, habida cuenta de que la situación de las empresas pudo verse modificada por el tiempo, ya que, en la época de la segunda convocatoria, la capacidad operativa, técnica, económica y financiera pudo ser otra. Ello, a pesar de que, sin dudas, las condiciones exigidas a los oferentes, en ambos llamados, tendrían que haber variado y haber estado precedidas de informes técnicos que dieran cuenta de las necesidades, o no, de nuevas exigencias operativas técnicas y económico-financieras.

Para concluir, se sostuvo que las empresas precalificadas debieron participar y ser evaluadas nuevamente, o debieron haber actualizado la documentación e información a la fecha de la nueva convocatoria. Ello habría llevado a reeditar el examen y, con ello, a detectar irregularidades o situaciones omitidas. Asimismo, se habría evitado un nuevo ocultamiento o una "vista gorda" por parte de los funcionarios competentes²¹¹.

4.3.2.5. Incidencia en las redeterminaciones de precios

La maniobra explicada en el acápite anterior, sin duda, tendrá derivaciones en las redeterminaciones de precios que se realicen con posterioridad.

En efecto, cuando se pospone o se amplían los plazos de entrega de las obras mucho más allá de lo previsto inicialmente, por medio de las modificaciones o cambios en los planes de trabajo, deben recalcularse costos a través de las llamadas "redeterminaciones de precios".

Ya dijimos que la redeterminación de precios es un medio por el cual el Estado protege al contratista de los eventos sobrevinientes e imprevisibles, como, por ejemplo, la inflación. Generalmente, se aplica cuando los costos aumentan un 10 % del contrato.

²¹¹ <https://www.cij.gov.ar/nota-34132-El-juez-Martinez-de-Giorgi-proces-a-Julio-De-Vido-Jos-Lpez-Ricardo-Jaime-y-otros-imputados-en-la-causa-por-el-soterramiento-del-tren-Sarmiento.html> (consultada el 25 de octubre 2020)

Es importante recordar que el sistema de redeterminación de precios no podrá aplicarse cuando las obras públicas no se hayan ejecutado en el momento previsto dentro del plan de inversiones, en cuyo caso se liquidarán con los precios correspondientes a la fecha en que debieron haberse cumplido²¹².

Para que no se burle la ley, no corresponderá redeterminar precios cuando el contratista ejecute la obra con lentitud, o contravenga las condiciones del contrato, o no realice la obra en término, o la interrumpa o la abandone. No obstante, como ya sostuvimos, para justificar la negligencia o la falta de cumplimiento de lo pautado, se suelen solicitar extensiones de plazos, modificaciones de obra, o interponer excusas que encubren esa falta de acatamiento al contrato.

Entonces, las “redeterminaciones de precios”, a veces basadas en incidencias reales, como, por ejemplo, la inflación imperante en el país, podrían ser innecesarias y prescindibles si las obras se terminan en tiempo y forma.

En definitiva, a través de estos y de otros tantos ardides, el perjuicio para el Estado puede acrecentarse durante el tiempo de vigencia de los contratos. La finalización de las obras se aplaza, los contratos se extienden mucho más allá de lo estipulado y el Estado paga cada vez más caro por aquello que debió haberse terminado mucho tiempo antes.

4.3.2.6. Falsedad de los certificados de obra

Se sabe que las condiciones de pago se establecerán en los pliegos de condiciones generales y en los pliegos particulares para cada obra²¹³. Por esa razón, el monto del contrato y las expectativas de cobro por parte del contratista son un componente fundamental en toda contratación pública, tanto para la Administración como para el adjudicatario.

Algunos de los riesgos que pueden surgir en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato son, justamente, los siguientes: *i*) que se realicen pagos por trabajos no realizados o por unidades de obra no ejecutadas tras la presentación de facturas falsas,

²¹² Artículo 3 del Decreto 1295/02.

²¹³ Artículo 45 de la LOP.

ii) que, a cambio de una dádiva o precio, los funcionarios acorten los plazos para efectuar el pago del contrato.

Por eso, es vital que, antes del pago del precio, se proceda a medir y a certificar la obra, o la parte de esta que estuviera concluida, o la etapa pertinente, según lo convenido en el contrato.

Ya hemos desarrollado que, para concretar los pagos, el inspector que representa al comitente –técnico que dirige, inspecciona y tasa las obras– y el representante técnico del contratista deberán realizar la verificación en el lugar. Así, los avances en la ejecución de una obra pública dan lugar a la emisión periódica de certificados de obra, que suelen emitirse de manera mensual.

Este documento lo suscriben tanto el representante técnico de la empresa como el inspector de obra –en representación del Estado–, y da fe del volumen de trabajo realizado respecto de un ítem, durante un período determinado.

Como vemos, se trata de una actividad crucial en la que dos personas pueden fácilmente ponerse de acuerdo en realizar mediciones inexactas, como, por ejemplo, calcular porciones de obra no realizadas. En consecuencia, si estas dos personas realizan un pacto venal, pueden emitir el certificado de obra falsificado y, con ello, obligar al Estado a pagar por trabajos que no se realizaron.

Los riesgos de fraudes son tan claros que es alarmante que en esta etapa decisiva no participen otros actores para extremar los recaudos y controles. Además de la connivencia propia, la ausencia de otros agentes que fiscalicen puede dar lugar también a que los funcionarios efectúen algún tipo de solicitud ilegítima al representante de la empresa, a cambio de aprobar los certificados de obra. Estas exigencias ilegales van desde gratificaciones menores a otras de gran envergadura.

Nótese que, por tratarse de un “instrumento público”, el certificado prueba la existencia de créditos en favor de un contratista de obra pública, por lo que la Administración no tiene más alternativa que abonar lo que surge en ese documento, que debiera acreditar el monto de la obra, así como la cantidad del crédito pertinente del contratista por esa parte ejecutada.

Se ha sostenido reiteradamente que una oportunidad propicia para la corrupción es la emisión de certificados parciales sin que se haya terminado el tramo correspondiente. Y

esto sucede porque, como ya hemos advertido, la supervisión descansa en los propios funcionarios públicos corruptos que omiten cumplir su deber o realizar un verdadero control.

No nos referimos a diferencias menores que pueden explicarse por errores involuntarios de cálculo, sino a situaciones que evidencian marcadamente una falsificación de contenido, como, por ejemplo, cuando se da una incoherencia entre el volumen del ítem certificado, el tiempo transcurrido para su realización y los equipos presentes efectivamente para su ejecución.

En el informe del año 2019 sobre *Irregularidades en obras públicas viales*, de la Unidad de Ética y Transparencia de la Dirección de Vialidad, ya comentado, se hace hincapié en este tipo de irregularidades. Allí, se aclara que, si bien las tareas no ejecutadas para un certificado pueden desarrollarse sucesivamente –lo que podría dar lugar a afirmar que tales faltas pueden subsanarse–, es dable advertir que este mecanismo se constituye como un medio para obtener un adelantamiento ilegítimo de fondos, con un perjuicio económico para el Estado nacional.

Dicha afectación se podría dar por diferentes razones: *i)* se obliga abusivamente al Estado a brindar una especie de préstamo gratuito sin contraprestación financiera alguna; *ii)* la Administración debe desviar recursos del Tesoro nacional para pagar una deuda ilegítima, en desmedro de otros compromisos públicos válidos; *iii)* se incurre en mora para abonar tales certificados; paradójicamente, el Estado, además, comienza a deber intereses respecto de tareas no ejecutadas.

En el informe, se sugiere prestar mayor atención a los primeros certificados de obra (principalmente a los ítems vinculados con la movilización de obra y con el acopio), en los que hay un mayor incentivo para la utilización de esta maniobra, a fin de adelantar fondos. De ahí que sea altamente recomendable incrementar los controles para advertir de manera temprana este tipo de irregularidades, algo que, en la mayoría de los casos, es evidente, si se comparan los días de trabajo con el supuesto volumen ejecutado.

Lo expuesto hasta aquí no es una elaboración abstracta, sino que se han producido casos concretos en los que los organismos de control detectaron esta forma irregular de actuación.

Así, se analizaron, entre muchas otras obras, tres proyectos de la provincia de Santa Cruz²¹⁴, en los que los auditores advirtieron que habían sido ejecutados por convenios suscriptos con el Gobierno de la provincia de Santa Cruz a través de la Administración General de Vialidad de esa provincia. En el marco de los acuerdos mencionados, se detectó una amplia gama de irregularidades, como la homologación de reintegros concretados mucho tiempo atrás, sin la intervención de los organismos de control competentes, ni la supervisión de las obras delegadas.

Es más, se mantuvo el financiamiento nacional sin que el comitente entregara en tiempo y forma los certificados e informes mensuales comprometidos.

Los auditores se detuvieron en una circunstancia no menor que hace a la transparencia de toda obra pública: las homologaciones de la documentación contractual por parte del organismo nacional recién se produjeron luego de haberse reintegrado en su totalidad los importes abonados por la provincia a la firma contratista.

4.3.2.7. Anticipo financiero y adelanto de pagos

Como ya hemos dicho, la obra pública es el resultado de un contrato de ejecución prolongada de trabajos que insumen cuantiosos fondos. Los montos finales de los contratos suelen ser sumamente elevados, lo cual conlleva la baja probabilidad de que un empresario tenga disponibilidades suficientes para asumir la ejecución de los trabajos y para recibir su remuneración recién al finalizar la entrega de la obra.

Es por ello que la Administración financia la obra, abonando a los contratistas antes de que estos entreguen la obra terminada, a medida que se va ejecutando. Se establece de esa forma una corriente financiera fluida entre las partes, que permite la ejecución de las obras y que se materializa en el procedimiento de certificación y pago de la obra pública, referido en el acápite anterior.

En otros términos: la Administración necesita contar con contratistas dispuestos a colaborar para la realización de obras públicas grandes, de presupuestos cuantiosos y de

²¹⁴ 1.- Puente s/ Río Coyle, Aliviadores. R. Gallegos-Cte. Piedrabuena (RN3); 2.- Puente s/ Río Gallegos-Río Gallegos-Güer Aike (RN3) y 3. Puente s/ Río Coyle-Refuerzo de Fundaciones (RN3).

una larga duración, y, en pos de ello, decide fraccionar y escalonar el pago, pese a que el contrato no debe considerarse cumplido sino hasta su ejecución total.

Por lo general, los pliegos licitatorios establecen el plazo en el que se hará efectivo el pago de los diferentes certificados. A modo de ejemplo, se establecen este tipo de cláusulas: “La Administración abonará el importe de los certificados dentro de los treinta (30), cuarenta y cinco (45) o sesenta (60) días corridos a partir de la fecha cierta de recepción de estos...”.

No obstante, en muchas ocasiones, se adelantan las fechas de pagos, y, si bien se podría sostener que esto no tiene nada de irregular, sí es un elemento que debe considerarse y que nos obliga a establecer si este adelantamiento de pago lo es para todas las empresas que realizan obras públicas o solo para algunas privilegiadas.

Como ya hemos adelantado, algunos pliegos de bases y condiciones habilitan, por ejemplo, a solicitar un anticipo financiero a los fines de afrontar la tarea en la obra que se tiene por delante. En la obra pública, se solía utilizar el anticipo financiero –un pago que se realiza antes de que comience la obra–, que se fija en el pliego y que puede oscilar entre el 5 % y hasta el 20 %.

Sin embargo, a partir de haberse detectado casos graves de corrupción por medio de esta práctica, en el mundo se encendieron alarmas que desaconsejan el pago del anticipo financiero para iniciar las obras.

Además del posible retorno, una práctica anómala consiste en no consignar en el pliego de bases y condiciones el monto por pagar en concepto de anticipo financiero, por lo que este se notifica tardíamente a través de una circular. Esto, como hemos adelantado, beneficia a quien tenía información privilegiada, puesto que los restantes oferentes ya desistieron de la propuesta.

Como adelantamos, esta conducta de los funcionarios públicos puede estar fundada en su interés por recibir un retorno de parte del adjudicado. Por esta razón, se deberá prestar atención a la velocidad del pago, ya que aquellos contratos en los que el funcionario pactó una “coima” suelen pagarse rápidamente, en comparación con la velocidad habitual.

Lo mismo sucede con la movilización de obra. Se han detectado casos en los que el plan de trabajo preveía que finalizaría en una fecha –por ejemplo, en el séptimo mes–, pero,

sin embargo, en el primer certificado presentado en el primer mes, la Administración certificó el 100 % del ítem, equivalente al 5 % del monto del contrato.

Por ende, habrá que estar atentos a esta secuencia, estudiar exhaustivamente el plan de trabajos y compararlo con lo que se certificó. No es razonable que en el primer mes se cobre el 40 % de la obra, incluyendo los adelantos financieros y la movilización de obra, ya que eso muestra un beneficio impropio hacia un contratista determinado. A la par, representa una alerta sobre un posible beneficio indebido.

En el *Informe sobre irregularidades en obras viales* citado, se analiza como un supuesto de arbitrariedad dar prioridad de pago a determinados contratistas. Se afirma que los pagos deberán hacerse de forma objetiva siguiendo un orden de prioridad, de acuerdo a la fecha de presentación para el cobro de los certificados.

Desde esa perspectiva, el pago prioritario de forma arbitraria denota una actuación interesada del funcionario hacia el contratista –con potenciales consecuencias penales–, que, además, genera perjuicios económicos para la Administración.

En efecto, como los recursos con los que el Tesoro nacional cuenta en un determinado momento son limitados, priorizar ilegítimamente el pago a un contratista respecto de otros que presentaron certificados para el cobro con antelación implica potencialmente hacer incurrir al organismo en mora en el pago, con generación de intereses.

Por otro lado, para el contratista, saber de antemano que podrá contar con una priorización de pago genera desigualdad en el mercado para competir en obras, toda vez que la empresa se encuentra en mejores condiciones de financiación.

Se consigna en el informe citado que esta maniobra habría ocurrido con los anticipos financieros que se les otorgaron a empresas pertenecientes al Grupo Austral Construcciones SA. En concreto, se sostiene que un informe de la Unidad de Auditoría Interna de la DNV constató que existía desigualdad para el pago de los certificados entre las diferentes empresas contratistas. Tanto es así que la demora en el pago de los certificados de las obras realizadas en Santa Cruz durante 2015 para ese grupo empresario fue de 34 días. En cambio, la demora de los pagos para las empresas no pertenecientes al grupo fue de 231 días.

Estos canales preferenciales de plazos para el pago de las certificaciones a ciertos contratistas –los elegidos– representan una desigualdad de trato inadmisibles en la Administración.

Volviendo al caso citado en ese informe, y para que quede claro cómo con herramientas en apariencia legal se puede cometer este tipo de arbitrariedades, explicaremos cuál fue el proceso interno administrativo que permitió semejante desigualdad.

El 19 de mayo de 2010, el administrador general de la Dirección Nacional de Vialidad dictó la Resolución 899/2010. En sus fundamentos, sostuvo: “[Esta decisión es para] contar con un mecanismo que permita agilizar los pagos de certificados en forma adelantada en aquellos casos en que situaciones ajenas a la Repartición, como ser por fuerza mayor (inundaciones, terremotos, nevadas, etc.) se considere pertinente...”.

Esta resolución –por cierto loable y vinculada exclusivamente a casos graves, como inundaciones, terremotos, nevadas o cuestiones de fuerza mayor– nunca fue publicada en el *Boletín Oficial* ni en la página web del organismo; tampoco fue notificada a las empresas contratistas que tenían obras en ejecución, ni fue comunicada a la Cámara de la Construcción ni al Registro Nacional de Constructores, por lo cual al conjunto de empresas que tenían obras en ejecución, obviamente, les era imposible conocer dicha norma.

Cabe considerar que la Ley 19.549 de Procedimiento Administrativo establece normas de procedimiento que se aplican ante la Administración pública nacional centralizada y descentralizada, e incluso ante los entes autárquicos. Dicha norma prevé requisitos generales de eficacia de los actos, su notificación y su publicación. En efecto, el art. 11 de esa ley dispone:

... para que el acto administrativo de alcance particular adquiera eficacia debe ser objeto de notificación al interesado y el de alcance general, de publicación. Los administrados podrán antes, no obstante, pedir el cumplimiento de esos actos si no resultaren perjuicios para el derecho de terceros...

En definitiva, prácticamente ninguna empresa utilizó esta herramienta, a excepción de las que pertenecían a un determinado grupo empresarial, que sí tomaron conocimiento de la resolución –se desconoce de qué manera– y que hicieron uso indiscriminado de esta herramienta. A estas se les permitió el adelanto de pagos de certificaciones, a pesar de que no se acreditaron las circunstancias de fuerza mayor detalladas en la resolución.

Cuando una norma no se aplica a la generalidad de los ciudadanos o, como en este caso, a la generalidad de las empresas, se enciende una alarma que hace pensar que la norma se erigió en una herramienta proporcionada para que, al menos en apariencia, pueda justificarse la realización de los pagos adelantados a las empresas beneficiadas, y se obligue a los funcionarios de niveles más bajos a cumplir con la disposición.

Cuando se recurre a disposiciones vagas y de excepción que solo terminan beneficiando a un grupo minúsculo de empresas, existe un indicio fuerte de que, detrás de este acto en apariencia legal, se esconde un fin espurio, un pacto venal que, por supuesto, vulnera los principios de actuación más básicos de la Administración pública.

No publicar debidamente una disposición de estas características es un acto que carece de transparencia en el ámbito de la Administración, máxime si no se establece fehacientemente lo siguiente: *i)* con qué criterios concretos podía autorizarse el pago adelantado; *ii)* cuándo era procedente el adelanto; *iii)* cuáles eran las circunstancias de hecho que debían configurarse para su realización, *iv)* qué documentación debía presentarse y su trámite, entre otras cuestiones.

Tan amplio margen de discrecionalidad abre el espacio a una opacidad incompatible con la forma en que debe proceder una Administración saludable.

4.3.2.8. Incumplimiento de las recomendaciones

Ya hemos explicado la relevancia que tienen los controles exhaustivos y oportunos de los órganos correspondientes, a fin de evitar acciones arbitrarias o ilegales.

Un mecanismo útil para profundizar las investigaciones de corrupción en contrataciones gubernamentales es la revisión de los informes de auditoría interna del organismo.

Si bien es usual que el auditor interno forme parte de la gestión del organismo y que, por ello, tienda a suavizar la profundidad de sus informes, no es menos cierto que, dada su responsabilidad, suele mencionar en sus informes aquellos aspectos que, a su juicio, merecen modificarse.

En muchos casos, se verifica que el órgano auditor interno manifiesta sus observaciones frente a conductas seguidas en el ámbito de las contrataciones del organismo, y que estas se reiteran en el tiempo.

La falta de respuesta a las objeciones o la omisión de modificar la situación advertida, sin un motivo razonable, no solo deja en evidencia una actitud desaprensiva, sino que hasta puede ser un indicio serio de corrupción.

4.4. INFORMES DE LOS ORGANISMOS DE CONTROL

Todos los casos y los ejemplos mencionados son tan solo una muestra de la cantidad de irregularidades que pueden llevarse a cabo en un proceso de licitación. También reflejan de manera clara las múltiples variantes que se encuentran a disposición de la Administración para perpetrar hechos de corrupción.

Por supuesto, las irregularidades mencionadas no conforman un catálogo taxativo, es decir, no se agotan con la enumeración enunciada. Antes bien, se trata de un repaso de algunas irregularidades que se evidencian a menudo, pero que, llamativamente, en muy pocas ocasiones desembocan en procesos penales que finalizan con veredictos condenatorios.

Esto debería servir de aviso acerca del modo en que se investigan los hechos como los descritos, su adecuación a los tipos penales y la ausencia de controles adecuados para evitarlos. Entonces, la idea que subyace es la necesidad de extremar los cuidados para evitar que se produzcan hechos de corrupción y para prevenir las posibles acciones de funcionarios infieles al defraudar al Estado.

Y para ello es necesario no solo que los organismos de control funcionen bien y que sean totalmente independientes del organismo contratante, sino también que la Administración, ante las observaciones que estos pudieran realizar, tome de manera inmediata medidas para modificar o subsanar lo advertido. En general, estas exhortaciones se desoyen o no se extreman los recaudos adecuados en ámbitos riesgosos y proclives a la corrupción. Veamos algunos ejemplos:

4.4.1. MAPA DE RIESGOS DE LA SIGEN

En octubre de 2018, la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) elaboró un Mapa de Riesgos del Sector Público Nacional, orientado a contribuir al diseño de la estrategia de control para nuestro país durante 2019 y los años subsiguientes.

En dicho documento, se exponen los niveles de riesgo en cada uno de los organismos y entidades, ordenados a través de una matriz de exposición que ofrece una visión integral de la situación.

Ese instrumento es una herramienta de apoyo no solo para definir prioridades, sino también para identificar cuáles son los focos más permeables o proclives a la corrupción, y en dónde los responsables de evaluación y supervisión deberán prestar mayor atención, teniendo en cuenta una visión integral de los riesgos del SPN.

Se pretende que, sobre la base de este mapa, las Gerencias de Control de la SIGEN orienten y realicen el seguimiento de los planeamientos de las Sindicaturas Jurisdiccionales y las Unidades de Auditoría Interna, coordinando las acciones necesarias tendientes a que dichos riesgos sean gestionados oportunamente por las máximas autoridades.

El proceso de elaboración del mapa de riesgos comprende las etapas de estimación del impacto, la determinación de la probabilidad y la identificación del riesgo, a partir de los datos obtenidos mediante diversos cuestionarios, de acuerdo con el tipo de ente.

A saber:

- Datos generales. Contexto interno y externo.
- Evaluación del sistema de control interno.
- Gobierno societario (de corresponder).
- Ambiente de integridad/anticorrupción.
- Ambiente de integridad de compras.
- Datos complementarios.

En este mapa, todo lo relacionado con obras públicas, viviendas y la Dirección Nacional de Vialidad fue catalogado como una actividad altamente riesgosa, en lo referido al impacto y a la probabilidad de corrupción.

De ahí que los controles en este ámbito deban ser muy rigurosos, serios, constantes y, principalmente, oportunos, si se pretende evitar casos de corrupción en estas actividades.

4.4.2. INFORME SECTORIAL DEL PRESIDENTE DE LA AGN

En octubre de 2014, el Dr. Leandro Despouy (presidente de la AGN durante 2002-2016) realizó una publicación titulada *Una década al cuidado de los fondos públicos*, que cubre aspectos destacados de la labor de la Auditoría General de la Nación, a partir de las observaciones de casi 3000 auditorías llevadas a cabo, y de los informes de la cuenta de inversión correspondientes al período 2003-2012, emitidos entre 2005 y 2014.

Durante esos años, a criterio del auditor general, se comprobó un desajuste constante y considerable entre el presupuesto aprobado por el Congreso y el efectivamente ejecutado. Así, ese documento expone que el Poder Ejecutivo realizó modificaciones al presupuesto aprobado por el Congreso, que, por su frecuencia y significancia, atentaron contra el espíritu de las leyes generales que regulan la institución presupuestaria. Esta práctica nociva se llevó a cabo año tras año mediante decretos de necesidad y urgencia (DNU), decisiones administrativas, resoluciones y disposiciones.

Se consideró que el Poder Ejecutivo abusó reiteradamente de instrumentos que debieran utilizarse como último recurso, por lo cual se desvirtuó el control entre poderes y el presupuesto quedó transformado en una suerte de ficción.

La dimensión de las modificaciones presupuestarias se puede apreciar al analizar la diferencia entre el crédito inicial aprobado por el Congreso y el efectivamente gastado. Entre 2003 y 2012, la diferencia promedio entre uno y otro fue de casi un 20 % con un pico en el año 2007, cuando el presupuesto ejecutado se distanció un 31 % con respecto al aprobado.

Por su parte, se sostuvo que la delegación creciente de las potestades legislativas fue convalidando el empobrecimiento de los controles. En este sentido, la modificación del artículo 37 de la Ley 24.156 de Administración Financiera en el año 2006 por la Ley 26.124, conocida como “de Superpoderes”, otorgó al jefe de Gabinete de Ministros facultades que antes estaban reservadas al Poder Legislativo, entre ellas, la potestad de reasignar partidas presupuestarias. Es decir, permitió al jefe de Gabinete de Ministros hacer todos los cambios que estimara necesarios.

Otro de los temas relevantes que surgen de dicho informe se refiere a las transferencias de dinero denominadas “discrecionales”, es decir, sujetas a la decisión del Poder Ejecutivo y no a criterios de distribución preestablecidos.

En rigor, se observó que, mientras que en 2003 el 34 % de las transferencias con destino a los Gobiernos provinciales y municipales eran discrecionales, en 2012 ascendían a 62 %. Ese manejo arbitrario provocó una vulneración al principio de equidad, al permitir que algunas provincias recibieran más recursos que otras, según preferencias políticas y sin otra lógica que no fuera la voluntad del Poder Ejecutivo.

En este sentido, el informe de la AGN correspondiente a la cuenta de inversión del ejercicio 2012 muestra que las provincias de Formosa y La Rioja recibieron, a través de transferencias discrecionales, entre 21 y 24 veces más fondos por habitante que Córdoba o Santa Fe. Incluso entre provincias de la misma región existen grandes diferencias, como. Así, por ejemplo, “en la Patagonia, Santa Cruz recibió \$ 3094 por habitante, mientras que Río Negro recibió \$ 612 y Chubut \$ 394...”.

Se destacó también que el tratamiento de proyectos de inversión pública presenta debilidades tanto metodológicas –mediante la elusión de vías formales de aprobación– como registrales. En concreto, a fines de 2002, se decidió implementar una herramienta llamada BAPIN II, que aporta información integrada sobre proyectos de inversión. Este nuevo sistema redujo el nivel de análisis, pues no registra el grado de avance físico de proyectos de inversión, lo que impide realizar un seguimiento de los proyectos y un adecuado control de la información. El inventario de proyectos de inversión pública no registra el grado de avance ni identifica las obras realizadas por terceras personas con fondos originados en transferencias de capital.

En este aspecto, se objeta la forma en que se registran los pagos que se van realizando para financiar las obras:

[Las] obras públicas se deberían registrar como gastos de capital... en la medida en que estén devengadas, arriba de la línea. Pero estas obras en la práctica, son tratadas como activos financieros hasta que se concluyen, y los pagos realizados se imputan “debajo de la línea” como “Adelantos a proveedores y contratistas”. Solo después de finalizadas aparecen como gastos de capital “arriba de la línea”. Esta metodología implica que el resultado económico-financiero del ejercicio no es estrictamente el que se presenta, porque esa magnitud registrada como “Adelantos a proveedores y contratistas” distorsiona el resultado...

A esto se suma que casi el 80 % de los programas presupuestados tiene metas físicas, pero en la mayoría de ellos resulta imposible relacionar el monto gastado con la cantidad de bienes y servicios producidos. De ahí que, a lo largo del año de gestión, no haya información sobre el grado de ejecución de las metas físicas; solo cuando se ha cerrado el año se puede verificar cuánto se cumplió con las metas físicas, a través de la cuenta de inversión.

En el caso específico de la Dirección Nacional de Vialidad (DNV), se verificó que más del 60 % de las metas no se alcanzan o no se ejecutan, a pesar de que los recursos asignados se gastan en su totalidad. Ciertamente, entre 2003 y 2012, el porcentaje de metas no alcanzadas y no ejecutadas supera el 60 %, con un valor máximo en 2008 equivalente al 76,2 %.

En resumen, en cada año se ejecutó casi la totalidad del crédito asignado, pero solo se cumplió con un porcentaje muy variable de las metas físicas; a saber:

Se destacan los años 2005, 2006 y 2007, en los que se utilizó el dinero otorgado, pero no se cumplió nada de lo previsto. La imposibilidad de evaluar el cumplimiento de metas y objetivos ha llevado a la AGN a emitir dictámenes adversos en este acápite en los diez años analizados en este informe...

Es llamativo que durante diez años la AGN, órgano externo de control, emitiera dictámenes negativos respecto a esta situación y que esta forma de proceder no fuera modificada. Máxime cuando la Dirección Nacional de Vialidad tuvo, en ese período, un enorme presupuesto a su disposición para la ejecución de obra pública vial, que, como ya dijimos, fue uno de los ejes centrales de la política de los Gobiernos respectivos.

Sin embargo, ese cuadro de situación no se modificó, lo cual pareciera indicar que, en rigor de verdad, la intención era evitar ese tipo de control.

4.4.3. ADVERTENCIAS DE LA AGN

A lo largo del período señalado en el punto anterior, la AGN emitió diversos dictámenes en los cuales alertó sobre diferentes irregularidades en la realización de obras públicas viales en general. Todos los informes citados pueden consultarse en la página web de la AGN²¹⁵.

Ya dijimos que la principal herramienta de trabajo de la AGN son los informes que expide periódicamente, que tienen la siguiente finalidad: *i)* proporcionar información objetiva, independiente y confiable; *ii)* aportar conclusiones y opiniones basadas en evidencia suficiente y apropiada; *iii)* promover la mejora en la rendición de cuentas gubernamental, brindando credibilidad y transparencia; *iv)* fortalecer la eficacia de los entes rectores y de los entes responsables de la administración de actividades financiadas con fondos

²¹⁵ <https://www.agn.gob.ar/>.

públicos; v) incentivar el cambio mediante análisis completos y recomendaciones de mejoras bien fundamentadas.

En algunos de estos informes, se reparó en irregularidades e incongruencias serias en la obra pública, que fueron comunicadas a la Administración pública. Sin embargo, no se modificó esa forma de proceder, lo que deja al descubierto el papel secundario que representaron los dictámenes de este organismo para la Administración. A saber:

4.4.3.1. Resolución AGN N° 33/10

Esta resolución se emitió como resultado de la auditoría de gestión practicada sobre la Dirección Nacional de Vialidad, en relación con el Subprograma 06 para el Mejoramiento y Reconstrucción de Puentes (período 2005).

En el marco del informe, se analizaron, entre muchas otras obras, tres proyectos ejecutados en la provincia de Santa Cruz²¹⁶, en los que los auditores señalaron que:

Fueron ejecutados por convenios suscritos con el Gobierno de la Provincia de Santa Cruz a través de la Administración General de Vialidad de dicha provincia. En el marco de los mencionados acuerdos, la DNV delegó en la Administración General de Vialidad Provincial y ésta tomó a su cargo las tareas correspondientes al estudio, proyecto, contratación, inspección, medición y pago de los certificados de obra, remitiéndolos posteriormente a la DNV quien -a fin de proceder al reintegro de los montos aportados por la AGVP- asumió el compromiso de incluir los referidos proyectos en las partidas presupuestarias del año 2004 y sucesivos, tomando a su cargo las tareas de supervisión de las obras. Posteriormente, por los Decretos N° 140 del 3 de febrero de 2004 y N° 508 del 23 de abril de 2004, se dispuso financiar -entre otras obras de infraestructura vial- la ejecución de los Proyectos N° 10 y N° 37 con recursos del Fideicomiso creado por su similar N° 976/01...

El organismo detectó un abanico de irregularidades; a saber: *i)* la suscripción de convenios que comprometían el financiamiento nacional sobre obras ya adjudicadas; *ii)* la homologación de reintegros concretados mucho tiempo atrás; *iii)* la falta de intervención de los organismos de control competentes; *iv)* la continuación del financiamiento nacional sin que el comitente entregara en tiempo y forma los certificados e informes mensuales comprometidos; *v)* la ausencia de supervisión sobre las obras delegadas.

Los auditores se detuvieron en una circunstancia no menor que hace a la transparencia de toda obra pública. Así, señalaron que no se explicitaron las causas o la conveniencia de haberse delegado en un organismo vial provincial la confección de un proyecto, el

²¹⁶ 1.- Puente s/ Río Coyle, Aliviadores. R. Gallegos-Cte. Piedrabuena (RN3); 2.- Puente s/ Río Gallegos-Río Gallegos-Güer Aike (RN3), y 3.- Puente s/ Río Coyle-Refuerzo de Fundaciones (RN3).

llamado a licitación, la ejecución e inspección, respecto de una obra de jurisdicción nacional, que integra la Red Nacional de Caminos²¹⁷. Peor aún: las homologaciones de la documentación contractual por parte del organismo nacional recién se produjeron luego de haberse reintegrado en su totalidad los importes abonados por la provincia a la firma contratista.

El panorama es aún más opaco si se tiene en cuenta que, en ningún caso, se adjuntaron constancias de la intervención expresa de los organismos de control de la provincia, con relación a la documentación correspondiente al proyecto definitivo, el llamado a licitación y las modificaciones de obra autorizadas durante la ejecución del contrato, conforme lo previsto en la adenda modificatoria del convenio²¹⁸. Tampoco se establecen la modalidad ni el alcance de las funciones de supervisión previstas a cargo de la DNV. Además, no se adjuntan los *Informes de control de calidad* confeccionados por el organismo provincial.

En definitiva, todo este desmanejo al que hacen referencia los auditores implicó un relajamiento alarmante de los controles que debía llevar a cabo la DNV para asegurar la correcta aplicación de los fondos del Tesoro nacional remitidos al órgano provincial para obras viales. Esto se erige en un terreno fértil para el acaecimiento de prácticas corruptas.

Pese a tales advertencias, no se adoptaron medidas correctivas ante las advertencias concretas que transmitieron los auditores, pues se continuaron realizando las licitaciones de la misma forma.

4.4.3.2. Otros informes de interés

Existen diferentes informes de la AGN en los cuales se alerta sobre el manejo de los recursos públicos nacionales destinados a la realización de obra pública vial.

Concretamente, la AGN informó a las autoridades nacionales –entre otras, la Jefatura de Gabinete de Ministros y el Ministerio de Planificación Federal– lo riesgosas que resultaban ciertas prácticas como las modificaciones de obras en contratos con el Estado, sin que se convoque una nueva licitación.

²¹⁷ Punto 4.3.1.1.2.

²¹⁸ Punto 4.3.1.3.

En ese sentido, a partir de la lectura de los informes producidos por la AGN durante el período mencionado, se pudo advertir que, en el documento aprobado por la Resolución AGN N° 64/07²¹⁹, los auditores mencionaron especialmente cómo se estaba haciendo un uso absolutamente irracional de las modificaciones de obra.

Respecto del programa auditado, los expertos de la AGN detectaron lo siguiente:

...falencias en el proceso de contratación de obras, principalmente en lo concerniente a la tramitación de la modificación de obra que genera una variación sustancial de las condiciones y montos tenidos en cuenta al momento del análisis de la oferta, toda vez que aquella, por su magnitud, implica la realización de una obra esencialmente distinta a la originalmente licitada, todo lo cual se expone en los puntos I A) y II A.9) del Memorando a la Dirección, respectivamente, adjunto a la presente...

Específicamente, en el punto II A.9) del informe citado, los auditores advirtieron que, a dos meses de iniciadas las obras, la contratista propuso una modificación por mejoras, que aumentaba el monto contratado en un 39,21 %, y agregaron al respecto que:

...esta modificación propuesta por la contratista aprobada por la DNV, desnaturaliza el proceso licitatorio produciendo una alteración en las condiciones del contrato, establecidas en los documentos que lo integran (pliegos). Por lo tanto, pactando condiciones distintas a las originales, la administración estaría vulnerando principios rectores del procedimiento administrativo de contratación y licitación: publicidad, igualdad, competencia, concurrencia y transparencia. Estas modificaciones al ser sustanciales (ya que producen una variación del 39,21 % en la oferta original).

Sobre la base de lo anterior, la AGN le recomendó a la DNV que, durante el período de ejecución de la obra, se abstuviera de efectuar o aprobar modificaciones que importaran una variación sustancial de las condiciones y de los montos considerados en el proceso licitatorio. Ello, toda vez que, por su magnitud, implicaban la realización de una obra esencialmente distinta a la licitada, con lo cual se vulneraban los principios rectores en la materia.

En definitiva, se detectó que se había hecho un uso abusivo e ilegal de esta figura, pues lo que correspondía era, en todo caso, realizar un nuevo llamado a licitación pública, con la participación de todos los posibles interesados, y no asignarla de manera directa al adjudicado.

La Resolución AGN N° 64/07 se emitió el 7 de junio de 2007 y, en ese mismo momento, se puso en conocimiento (junto con el correspondiente informe) de la Jefatura de Gabinete de Ministros, el Ministerio de Economía y Producción y el Ministerio de Planificación

²¹⁹ Emitido como resultado de una auditoría de estados financieros practicada sobre el “Programa de Corredores Viales de Integración – Fase I”, a cargo la DNV.

Federal, Inversión Pública y Servicios²²⁰. No obstante, a tenor de lo que se observó después en otras tantas licitaciones, estas recomendaciones se desoyeron completamente.

4.4.4. INFORME DEFINITIVO N° 57/13 DE LA DNV SOBRE CONVENIOS CON PROVINCIAS

Durante el año 2013, la Unidad de Auditoría Interna de la Dirección Nacional de Vialidad realizó un análisis de la calidad y fortaleza del ambiente y del sistema de control interno imperante en las diferentes áreas responsables de la realización, el seguimiento y el control de la ejecución de las obras por convenio.

Para ello, se seleccionó una muestra de algunas obras en cinco jurisdicciones determinadas (La Rioja, Chubut, Chaco, Formosa y Santa Cruz). A partir de allí, se hicieron observaciones y recomendaciones que demuestran la falta absoluta de control por parte del Estado nacional respecto de las obras que ejecutaban, por convenio, las provincias, y que se financiaban con dinero del Tesoro nacional.

A continuación, se realiza un resumen de las observaciones señaladas:

- No hay seguimientos adecuados del desarrollo de los convenios;
- no se hizo una intervención de las áreas correspondientes para evaluar la razonabilidad de las cantidades y los precios consignados en las licitaciones;
- no se intervino para evaluar la razonabilidad de las propuestas de modificación de obra, ni de las cantidades;
- faltó participación de los órganos correspondientes en la aprobación del proyecto ejecutivo, lo que genera el riesgo de que las obras propuestas por la contratista no sean las más adecuadas, ni razonables;
- los expedientes de tramitación de muchos proyectos carecen del grado de detalle suficiente para controlar volúmenes de obra consignados;
- la supervisión que realizan los distritos es superficial: se limitan, en promedio, a una recorrida mensual. Se destaca que la única manera de corroborar que los recursos del Estado fueron utilizados en la obra objeto del convenio es medir los dos parámetros que definen el costo de la obra,

²²⁰ Conf. Art. 3° de la Res. 64/07.

que son calidad y cantidad, por eso se insta al distrito a que lleve adelante un adecuado control en ese sentido;

- los distritos que deben controlar las obras por convenio no cuentan con copia autenticada de la documentación de la licitación, tales como cómputos, presupuestos, pliegos de condiciones y todo otro elemento contractual necesario para conocer las obligaciones de las partes;
- se observan algunas obras que han certificado sus correspondientes anticipos financieros; sin embargo, dos años después, aún no se han iniciado las obras convenidas, por lo que existe una falta de acción por parte de la Administración al no exigirse que inicien las obras.

En definitiva, el informe muestra una forma deficiente e inepta de controlar las obras por convenio que el Estado nacional decide financiar.

4.4.5. DISCRECIONALIDAD PRESUPUESTARIA EN ARGENTINA

En diciembre de 2017, la Asociación Argentina de Administración Financiera (ASAP) realizó un estudio sobre la discrecionalidad presupuestaria a nivel nacional en Argentina entre los años 1994 y 2016. Los resultados reflejan la manipulación del presupuesto nacional y la falta de control por parte del Poder Legislativo respecto de la cuenta de inversión²²¹.

En este informe se hace referencia a que la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (Ley N° 24.156) distribuyó las atribuciones del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo en materia presupuestaria, al establecer, en su artículo 37, las facultades para la modificación del presupuesto anual. Concretamente, reservó para el Congreso nacional la potestad de cambiar los montos totales de gasto y de deuda aprobados por ley, incrementar el gasto corriente en detrimento del capital y realizar cambios entre finalidades de gasto.

Ese equilibrio indispensable se flexibilizó progresivamente en desmedro de las potestades del Congreso, mediante el empleo recurrente de delegaciones legislativas (v.gr. dispensas anuales) y decretos de necesidad y urgencia.

²²¹ Ver página web de ASAP (www.asap.org.ar).

Se sostuvo que la principal consecuencia fue la ampliación de las facultades del Poder Ejecutivo en la etapa de ejecución presupuestaria, y se tuvo en cuenta que fueron un hito principal de esta tendencia las facultades permanentes de modificación asignadas al jefe de Gabinete de Ministros en 2006, conocidas como “superpoderes”.

De ahí que se decidiera realizar un informe basado en cómo se viene manipulando el presupuesto desde 1994. Se advierte que uno de los principales obstáculos encontrados fue el acceso a la información, lo cual es preocupante porque se trata de información que debiera ser asequible.

Además, dentro del marco normativo, se destacan dos normas que ya se mencionaron a lo largo de este trabajo. La primera de ellas, señalada como el pilar normativo de las modificaciones presupuestarias, es la del artículo 37 de la Ley N° 24.156, cuya redacción original reservaba al Congreso las decisiones.

El marco jurídico se completa con el artículo 60 de la misma ley. Este prohíbe la formalización de operaciones de crédito público que no estén contempladas en las leyes anuales de presupuesto u otras específicas, a excepción de las que instrumente el Poder Ejecutivo con los organismos financieros internacionales de los que el país forme parte.

A diferencia de este artículo, que no sufrió cambios posteriores, el 37 sí fue objeto de dos alteraciones sustantivas. La primera data de 2006 y surgió a partir de una propuesta del Poder Ejecutivo en el proyecto de ley anual de presupuesto (Ley N° 26.078). Esta consistió en una delegación de competencias –hasta entonces reservadas al Congreso– en el Poder Ejecutivo. Estas nuevas atribuciones, denominadas por distintos autores como “superpoderes”, fueron criticadas severamente por su legalidad y su carácter permanente.

A partir de entonces, solo quedaron reservadas al Congreso las decisiones que afectaran el monto total del presupuesto y del endeudamiento previsto. En otras palabras, se confirió al Poder Ejecutivo (jefe de Gabinete de Ministros) el “superpoder” de disponer las reestructuraciones presupuestarias que considerara necesarias dentro del total aprobado por cada Ley de Presupuesto. Quedaban comprendidas las modificaciones que involucraran gastos corrientes y de capital, las aplicaciones financieras y la distribución de las finalidades.

Se estableció en este estudio que las modificaciones entre 1994 y 2016 representaron, en promedio, el 15 % del presupuesto original, y que se incrementaron sustantivamente desde 2004, hasta alcanzar un pico del 41 % en 2016.

El 63 % de esas modificaciones totales fue aprobado por decretos de necesidad y urgencia. Así, se evidenció la trascendencia de esta figura como herramienta para alterar el nivel anual de créditos decidido por el Congreso. Asimismo, se resalta que, entre 2005 y 2016, el monto de las modificaciones resueltas vía DNU representó el 15 % (en promedio) del presupuesto sancionado, mientras que, entre 1994 y 2004, fue solo del 3 %.

En definitiva, aun siendo escasas las competencias no delegadas por el Congreso en la materia, la utilización del DNU ha sido el recurso determinante que, de forma transversal y creciente, trascendió Gobiernos y coyunturas, y se naturalizó como una rutina aceptada por el arco de la dirigencia política local.

A criterio de los analistas, superar esta manifestación estructural de anomia fiscal constituye un mandato interpelante de madurez republicana. El respeto del rol del Congreso en la determinación de las necesidades sociales atendibles con recursos colectivos es un requisito de salud institucional. El Poder Legislativo tiene ante sí el desafío de armarse de la capacidad operativa que le permita asumir efectivamente dicha responsabilidad.

Esto último es una necesidad imperiosa que debe asumir el Poder Legislativo, no solo en el debate del presupuesto que se vota, sino, ante todo –y lo más importante–, en el control estricto de la cuenta de inversión, que, tal como señalamos, en algunas ocasiones se aprueba 4 o 5 años después de vencido el período.

4.4.6. INFORMES DE INVESTIGACIÓN

En un informe de investigación realizado por la exdiputada Fabiana Ríos, titulado *La distribución de la obra pública: clientelismo o política de Estado*²²², se denunció una serie de irregularidades en las contrataciones públicas, algunas de ellas reiteradas en diferentes informes de los órganos de control.

²²² http://c0960139.ferozo.com/wp-content/uploads/2017/10/informe_obra_publica5b15d-1-1.pdf (consultada el 20 de abril de 2020).

En primer lugar, el informe se refiere a la delegación de facultades en el jefe de Gabinete de Ministros para disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del monto total aprobado por la Ley de Presupuesto, sin sujetarse a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 24.156. Esto, a criterio de la exdiputada, constituye una violación al esquema de delegación legislativa vigente a partir de la reforma constitucional de 1994, pues solo lo puede hacer el presidente de la nación y únicamente en situaciones excepcionales.

Según este informe, el uso abusivo de esta herramienta se vio reflejado especialmente en la provincia de Santa Cruz, que, en 2004, “contaba con un crédito original de \$ 13.800.000 y hoy su crédito vigente asciende a \$ 178.000.000, diferencia otorgada mediante la utilización de estos mecanismos discrecionales...”.

También señala que, en el marco de las licitaciones de obra pública, se habían detectado las siguientes irregularidades: *i)* concentración económica; *ii)* concurrencia de los mismos grupos empresarios a las licitaciones; *iii)* escasa diferencia en las cotizaciones ofrecidas por las empresas; *iv)* alternancia en las adjudicaciones; *v)* sobreprecios.

En particular, menciona la ausencia casi total de controles y destaca una circunstancia a la que hicimos alusión al explicar el funcionamiento de la SIGEN; a saber:

El avance observado en las gestiones hiper presidencialistas en desmedro del rol de control político que todas las constituciones le otorgan al Poder Legislativo (...) La corrupción no se materializa simplemente por el pago de un soborno, sino que implica también administraciones ineficientes que facilitan el abuso de poder donde se beneficia a un tercero por sobre el interés público...

Además, se objeta que se haya nombrado síndica general adjunta a la esposa del ministro de Planificación.

En la segunda parte de este informe²²³, se reiteran las cuestiones señaladas en la anterior y se aportan mayores precisiones y datos. Se insiste en el manejo discrecional de fondos públicos y en los incumplimientos del marco normativo.

A su vez, se denuncia la concentración empresarial y económica como práctica habitual, al afirmar que “asegura el acuerdo de precios que repercute negativamente en los costos

²²³ Fue suscripto por la directora del Centro de Transparencia Dr. Lisandro de la Torre, Dra. Paula Oliveto Lago, coordinado por la diputada Elisa Carrió. Colaboraron en la redacción la exdiputada nacional Fabiana Ríos y el exdiputado nacional Adrián Pérez (http://c0960139.ferozo.com/wp-content/uploads/2017/10/informe_obra_pu%CC%81blica_2-1.pdf, consultada el 20 de abril de 2020).

de Obra Pública”, Por último, señala que este mecanismo “atenta contra la concurrencia en las licitaciones, debilitando la posición del pequeño y mediano empresario que ante estas reglas de juego queda evidentemente relegado” –entre otros daños graves–.

Todos estos informes son alertas que deben ser atendidas por los Gobiernos, si se pretende sinceramente preservar los recursos del Estado.

CAPÍTULO V

RESPONSABILIDAD PENAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

5.1. ANÁLISIS PRELIMINAR

Uno de los mayores inconvenientes y desafíos que se presentan en el análisis de este tipo de transgresiones es que exista habilidad y voluntad estatal para detectarlas en tiempo oportuno, a fin de evitar que el daño al erario se profundice.

Luego, habrá que determinar si se trata de una transgresión administrativa o si la conducta presenta una gravedad mayor y tiene, por ende, relevancia penal. En ese caso, deberán establecerse las responsabilidades de los funcionarios y de los particulares involucrados.

Por supuesto, sistematizar en cada caso qué tipo de responsabilidad (administrativa, civil, política, penal) le cabe al funcionario público que ha cometido algunas de las transgresiones analizadas no resulta nada sencillo. En otras palabras, si bien es un tema apasionante, reviste cierta complejidad.

La práctica evidencia lo difícil que es la tarea de acreditar delitos de corrupción, como por ejemplo el cohecho, cuando no se disponen de grabaciones sonoras o visuales de las entregas, o rastros claros del pago de dinero. Estos delitos están siempre revestidos de un halo de secretismo, y muchas veces los intervinientes son los únicos testigos. A ello se suma un manto de silencio que cubre a los implicados –tanto el empleado público que recibe el dinero como el privado que lo paga–, todos amenazados con la sanción penal. Salvo excepciones, ligadas a eventuales pactos con la fiscalía con el fin de rebajar penas, los corruptores no van a denunciar a los corruptos (Blanco Cordero, 2017).

En efecto, si tenemos en cuenta que la corrupción en Argentina y, por lo general, en el mundo ha mostrado niveles muy altos de impunidad –que incluyen una cifra negra significativa y una cuota pobre de esclarecimiento de los pocos casos investigados efectivamente–, todo indicaría que se trata de un análisis jurídico sumamente dificultoso.

Para Righi (2017), el problema que genera esta modalidad delictiva gira en torno a los factores que inciden en dificultar las investigaciones. Por ejemplo: *i)* se trata de hechos cometidos en contextos en los que lo habitual es la falta de publicidad; *ii)* existen dificultades notorias para poder acreditarlos, ya que, en términos generales, la prueba no

se capta por los sentidos; *iii*) las víctimas son difusas, como el caso del mismo Estado; *iv*) es frecuente que el daño no sea captado en forma inmediata, y *v*) son comportamientos que no siempre se perciben como disvaliosos por el conjunto de la sociedad.

Como ya hemos analizado largamente, en la historia de la Argentina, ha habido casos reiterados de corrupción en la contratación pública que evidencian la falta de rectitud, buena fe e integridad en el manejo de los fondos públicos, así como una ausencia de respuesta inmediata frente a estas ilegalidades.

Las pocas condenas firmes en esta materia muestran una falencia grave en el sistema, que no es capaz de procesar y juzgar, en un plazo medianamente razonable, los actos de corrupción.

A esto debe sumarse la ineficiencia de los organismos estatales encargados de la prevención e investigación, pues, de acuerdo a las estadísticas, el 97 % de las sentencias condenatorias se han dictado en casos flagrantes, lo que explica que una de las preocupaciones más relevantes de la época consista en mejorar las técnicas de investigación de estos hechos. La finalidad es evitar la impunidad –propósito plausible–, pues los sucesos de esta naturaleza implican el desvío de los recursos del Estado, que dejan de invertirse en objetivos fundamentales para el progreso social (Righi, 2017).

No hay duda de que la falta de alternancia política –en algunos casos, por muchos años– contribuye no solo a la difusión y propagación de la corrupción, sino también al relajamiento de los sistemas de control y de prevención. En consecuencia, estos últimos se han vuelto inoperantes por completo; así, se ha permitido que la responsabilidad se diluya y que las ocasiones para llevar adelante las arbitrariedades se multipliquen.

Giovanni Salvi (1994), procurador alterno de la República Italiana ante la Dirección Antimafia del distrito de Roma, en el seminario El Estado y la Prevención de la Corrupción, afirmó que, en una democracia representativa, el primer y principal instrumento de control debería ser la responsabilidad política. Es decir, la corrupción está fuertemente relacionada con la alternancia.

En Italia, durante muchos años, no había habido una rotación de los Gobiernos, a pesar de que ocurrieron hechos que implicaban una responsabilidad política. Al respecto, el procurador advirtió que las consecuencias fueron muy graves.

En la Administración pública, esto se ha traducido en la falta de responsabilidad interna. Más allá (o antes) de la responsabilidad penal, los efectos del sistema de reparto de las obras públicas estaban a la vista de todos. Por ejemplo, la lentitud con que avanzaban las obras, la diferencia enorme entre los gastos presupuestados y los efectuados realmente, y la devastación del territorio en algunas áreas del país a causa de la realización de obras inútiles y muy costosas.

Si bien el autor realizó esta descripción en 1994 y se refirió a una situación que acuciaba particularmente a Italia, lo que expuso es plenamente válido y aplicable a lo que viene sucediendo en Argentina y en el mundo desde hace décadas.

En concreto, explicó que es evidente cómo los acuerdos entre empresarios (verdaderos “carteles”), políticos y funcionarios públicos tornaban vana cualquier posibilidad de controlar la rectitud de las licitaciones públicas. Desde el punto de vista formal, nada podía decirse: las ofertas parecían ser las más ventajosas y las modalidades de participación en la licitación se respetaban.

A partir de esa realidad, se ha intentado reaccionar frente al sistema de los “carteles” reglamentando la subcontratación. Esta fue una medida muy importante para impedir las infiltraciones de la mafia en las licitaciones públicas: la empresa no mafiosa que se adjudicaba la realización de una obra pública debía sublicitar una parte de la obra a una empresa controlada por la organización o comprar material a precios que no eran los de mercado. A cambio, la organización criminal garantizaba la seguridad en las obras y, a veces, también la “paz social”.

Tanto en aquella época en Italia como en la actualidad en la Argentina, se han verificado casos, no poco frecuentes, en los que la decisión de realizar una obra pública ha respondido no a la evaluación del interés público envuelto, sino a la voluntad de obtener una serie de beneficios derivados de tal realización.

A esta lesión originaria de los intereses públicos en el momento en que se decide realizar una obra pública se suma la necesidad de recuperar los costos de la corruptela y de obtener nuevas ganancias. Esto, según el autor, se ha llevado a cabo básicamente a través de dos mecanismos: la revisión de los precios y las variaciones durante la ejecución de la obra.

Las variaciones mencionadas constituyeron un sistema que permitía la transformación completa de las obras licitadas y la recaudación de grandes sumas. El empresario al que

se le había adjudicado la licitación de una obra pública (con los métodos antes indicados y en condiciones formalmente ventajosas para la Administración pública) recuperaba los costos en los que había incurrido (y obtenía otras ganancias más), a través de las modificaciones del proyecto original, pedidas por la Administración sobre la base, frecuentemente, de un *pactum sceleris*.

Las consecuencias catastróficas de este mecanismo no se reducen a la violación de las reglas de adjudicación de las licitaciones ni al incumplimiento de las reglas de buen funcionamiento de la Administración pública. Las “variaciones” han provocado retrasos gravísimos y permanentes en la realización de las obras, con controversias abrumadoras y un perjuicio significativo para la Administración pública.

Además, se trata de una práctica que genera un círculo de retroalimentación: las variaciones durante la ejecución de la obra derivan en retrasos que suscitan pedidos de revisión de precios, después de lo cual se introducen nuevos cambios, y así sucesivamente. Por ello, algunas obras públicas costosísimas han permanecido inutilizadas durante decenios, en una especie de limbo en el que la inutilización forzada trae el deterioro de la obra y, por lo tanto, la necesidad de realizar ulteriores gastos de mantenimiento y luego de actualización, en una espiral sin fin (pero con beneficios millonarios).

En conclusión, el autor afirma que la normativa inadecuada, poco clara y complicada de Italia abría una gran cantidad de espacios para lesionar los intereses públicos y para la corrupción, ya que esta prospera cuando la Administración pública es ineficiente (Salvi, 1994).

Llama la atención que la realidad descrita por el autor en aquella época se ajuste a lo que viene sucediendo en la Argentina con las contrataciones de obra pública, en donde estas arbitrariedades se presentan con total impunidad, en gran parte, porque no se ejerce un control verdadero, real ni exhaustivo.

Como ya se dijo, la decadencia de los sistemas de control –ya sea porque los órganos respectivos no cumplen con su función de detectar estos casos de manera temprana, por inoperancia, por miedo o porque se encuentran colonizados por funcionarios corruptos– lleva hoy a que los fiscales y los jueces asuman un papel preponderante para suplir las falencias en el ámbito de la represión de este delito.

En la medida que los Gobiernos, para resguardar el funcionamiento adecuado del sistema democrático, se escuden en la inmunidad parlamentaria, no instrumenten medidas serias para restablecer la responsabilidad política y administrativa, no instauren códigos éticos de conducta administrativa y política, o mecanismos que aseguren y garanticen la libre competencia y la transparencia en el sistema de licitaciones públicas, la corrupción seguirá proliferando. Asimismo, la sociedad depositará, en el Poder Judicial y en el Ministerio Público Fiscal, la última esperanza para que se ponga un freno a esos atropellos.

Si bien es sabido que el principio de intervención mínima del derecho penal, o de *ultima ratio*, es resorte exclusivo del legislador, pues es el único habilitado para decidir, de entre las diversas conductas consideradas disvaliosas, cuáles merecen ser penalmente sancionadas, no menos cierto es que, cuando fallan todas las barreras de las demás ramas del derecho o las otras instancias de control, no queda otra alternativa posible que actuar penalmente. En consecuencia, se acude al derecho penal para hacer cesar las condiciones del delito, restablecer el orden, sancionar estas acciones y recuperar los bienes que fueron desapoderados del Estado de manera ilegal.

Por supuesto, para que el derecho penal tenga algún efecto preventivo (general o especial), es necesario que las investigaciones se realicen rápidamente, con firmeza y decisión, y sin especulaciones políticas. Si se dilata la investigación o si el juzgamiento se produce muchos años después de los hechos, el efecto preventivo general o especial es prácticamente nulo.

La contemporaneidad en el juzgamiento de hechos de corrupción fortalece la democracia y las instituciones del Estado, al mismo tiempo que ayuda a crear una cultura de integridad y transparencia en el sistema de justicia. En definitiva, afianza principios republicanos, como la división de poderes, y aporta mayor credibilidad social.

Entonces, ante la ausencia de contrapesos reales para detener la concusión, los arreglos, la defraudación en perjuicio del Estado, la transgresión de las normas que rigen el financiamiento público de los partidos políticos y los delitos vinculados con actos de corrupción, el derecho penal tiene la obligación de actuar. Esta es la razón por la cual las investigaciones iniciadas en los últimos tiempos han tenido tanto protagonismo.

La sociedad argentina viene asistiendo a un fenómeno que ha sido catalogado de manera anómala como “judicialización de la vida política”. Muy lejos de ello, lo que sucede en

la actualidad es el desarrollo de investigaciones complejas por casos de corrupción. Esto desvela a la dirigencia política, y, por ello, desde ese sector se intenta banalizar los procesos graves de corrupción.

A su vez, los ciudadanos esperan una respuesta de la Justicia para que, de manera transparente, objetiva y rápida, cumpla con su deber y se expida sobre la responsabilidad o no de los sujetos acusados. La sociedad, además, exige jueces y fiscales libres de presiones políticas, especulaciones o temores. De esta manera, coloca expectativas muy altas en el trabajo del Poder Judicial, para exigir que los Gobiernos rindan cuentas de sus actos.

Está claro que, en el campo de la actuación judicial, no se podrán resolver los problemas derivados de la ausencia de control y vigilancia de los responsables políticos. Tampoco será posible enderezar el uso incorrecto de los cargos públicos.

No obstante, la sanción administrativa y penal frente a los hechos de corrupción y el resarcimiento efectivo del daño provocado pueden generar cambios de conductas en la gestión de los futuros responsables políticos.

Para Righi (2017), la importancia política, económica y social que tiene la corrupción pública está fuera de discusión, ya que afecta los derechos de la comunidad e incide de manera negativa en el funcionamiento adecuado de las instituciones del Estado. El autor afirma que la corrupción de funcionarios es un fenómeno habitual del Estado moderno, cualquiera sea el modelo económico que se adopte. Como respuesta a esta situación, es posible verificar un incremento notorio del derecho penal que sanciona la corrupción, tanto en las legislaciones internas como en los tratados internacionales.

Ciertamente, para la adecuación de la conducta investigada, los jueces y los fiscales se valen de lo que establece el Código Penal en el catálogo de figuras penales. Asimismo, en lo concerniente al juzgamiento de estos hechos, se ajustan al sistema procesal correspondiente, acatando los principios, derechos y garantías que establece la Constitución Nacional.

Como ya hemos señalado, no hay ningún tipo penal específico que describa la corrupción como delito, sino que existen normas diseminadas en el Código Penal, que pueden encuadrar la conducta desarrollada por el funcionario y el particular corruptos.

A partir de lo expuesto, nos interesa analizar los posibles tipos penales aplicables ante las arbitrariedades e irregularidades mencionadas en el capítulo anterior. Para ello, nos valdremos de la discusión valiosa que se viene dando en la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional.

Obviamente, en ciertas ocasiones, el abordaje de la adecuación típica penal no revestirá demasiados inconvenientes, tal como sucede cuando se constata que un funcionario exige una exacción o una dádiva a cambio de hacer o de dejar de hacer algo vinculado a su función. Sin embargo, en otros supuestos, puede resultar más enmarañado encuadrar jurídicamente la acción, así como establecer las cadenas de responsabilidades, ya sea por la multiplicidad y la diversidad de los hechos, la extensión de la maniobra en el tiempo, la complejidad o la cantidad de personas intervinientes.

Profundizaremos, entonces, sobre estas y otras cuestiones.

5.2. ASOCIACIÓN ILÍCITA Y SU APLICACIÓN A LA CORRUPCIÓN SISTÉMICA

Desde 1974²²⁴, el Código Penal argentino contempla la figura de la asociación ilícita (artículo 210). Pese a las críticas que se le hicieron a la estructura del tipo penal, se ha mantenido prácticamente inalterable hasta la actualidad.

En efecto, si bien se sostiene que el delito asociativo se ha puesto en crisis desde diferentes ángulos (Cántaro, 2010), de acuerdo a lo que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han entendido, sigue aplicándose y resiste airoso toda crítica.

En el presente acápite, realizaremos un análisis dogmático de la figura –sin obviar las objeciones y críticas que se han formulado–, los contenidos y los conceptos, para luego introducirnos en una cuestión que consideramos medular: establecer si es posible aplicar este tipo penal a casos en los que se ha constatado una vulneración reiterada y extendida de principios y normas que rigen la contratación pública.

²²⁴ Ley 20.642, promulgada el 28 de enero de 1974.

5.2.1. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Sabido es que el derecho penal moderno²²⁵ se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad dada, como la vida, la libertad, la propiedad, etc. De esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos (Bacigalupo, 1999).

El delito de asociación ilícita se encuentra ubicado sistemáticamente dentro del título VIII, “Delitos contra el orden público”. Si bien esta rúbrica, con motivo de la sanción de la Ley 21.338 (1976), fue modificada por la de “Delitos contra la tranquilidad pública”, la sanción de la Ley 23.077 (1984) restableció el texto originario: “Delitos contra el orden público” (denominación utilizada por el Código Penal de 1921).

En términos generales, existe consenso en que el sentido dado al término “orden público” guarda estrecha vinculación con el de “tranquilidad pública”.

De esta forma, el orden público resulta lesionado por la inquietud de la comunidad, provocada por la presencia de sociedades destinadas a la comisión de hechos delictivos. Para Creus (1992), la existencia de una asociación cuyo objetivo sea la comisión de delitos afecta, por sí misma, la tranquilidad pública no solo porque el hecho del conocimiento de su existencia produce inquietud social, sino también por el peligro que implica para la preservación del orden social legalmente protegido.

De ahí que el delito afecte la tranquilidad de la población en general, ya que la acción entraña una amenaza razonable para la seguridad personal, así como una mayor cuota de alarma social.

En el caso *Stancanelli*²²⁶, en línea con este pensamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo:

Si bien es cierto que la comisión de cualquier delito perturba la tranquilidad, la seguridad y la paz pública de manera mediata, algunos –tales como los incluidos en el mencionado título– la afectan de forma inmediata, ya que el orden público al que se alude es sinónimo de tranquilidad pública o paz social, es decir, de la sensación de sosiego de las personas integrantes de un sociedad nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social, por lo que los delitos que la afectan producen alarma colectiva al enfrentarlos con hechos marginados de la regular convivencia que los pueden afectar indiscriminadamente. En consecuencia, la criminalidad de éstos reside esencialmente (...) en la repercusión que

²²⁵ Tal como sostiene Bacigalupo a partir de Binding (*Die Normen und ihre Übertretung*, 3ra. ed., Leipzig, 1946).

²²⁶ Fallos, 324:3952, del 20/11/01.

ellos tienen en el espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública, produciendo alarma y temor por lo que pueda suceder...

5.2.2. ASPECTOS OBJETIVOS Y ASPECTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL

El párrafo primero del artículo 210 del Código penal reprime con “prisión o reclusión de tres a diez años, al que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación...”.

La técnica legislativa empleada ha motivado las interpretaciones y las críticas más variadas por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Para empezar, diremos que el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona que no sea jefe u organizador, pues, en ese caso, el delito se agravará. Se trata de un supuesto de codelincuencia que requiere la concurrencia forzosa de por lo menos tres personas que sean capaces, es decir, penalmente imputables.

El comportamiento típico es “tomar parte en una asociación o banda de tres o más personas destinadas a cometer delitos”. Se entiende por esta acción participar, ser miembro de la asociación, pertenecer a ella. No se exige actividad material ni tampoco que los miembros se conozcan entre sí, sino simplemente que se sometan a las “normas” o “reglas” de la organización, tal como sucede cuando una persona se asocia a un club social.

Es decir, para que exista acuerdo, no es necesario el trato directo entre los asociados; es suficiente con que cada uno sepa que integra la asociación y cumpla su rol dentro de ella.

Un requisito que la doctrina y la jurisprudencia han exigido para diferenciar la acción de quien se limita a participar en uno o más hechos puntuales, sin voluntad de unirse o de pertenecer a ella, es la permanencia, que es algo más que la concurrencia de voluntades transitoria, característica de la participación (Soler, 1978). Así, se requiere una cierta estabilidad y un compromiso con la asociación, esto es, que de algún modo sus integrantes patenten su voluntad de que la asociación se extienda en el tiempo.

Entonces, el requisito de permanencia de los integrantes de la asociación se satisface cuando el acuerdo criminal tiende a prolongarse en el tiempo, cuando no se agota con la planificación y ejecución de un solo hecho delictivo. Por supuesto, la convergencia de voluntades, en los términos descritos, requiere cierta estabilidad en el tiempo.

En otras palabras, hay permanencia de los integrantes cuando se excede el acuerdo propio de la participación criminal. Sería ridículo que la asociación se formara para cometer delitos por uno o dos días, o que alguien integrara la asociación un día y no lo hiciera al día siguiente (Molinario, 1990).

Claro que no se exige una permanencia absoluta, con plazos determinados, sino una permanencia relativa. La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en los autos Lagos²²⁷, sostuvo que se necesita una convergencia de voluntades hacia la permanencia de la asociación, pero que se trata de una permanencia relativa, exigida por la pluralidad delictiva, que es el objeto de aquella y que podrá determinarse según la tarea ilícita que se haya propuesto la asociación.

En estrecha vinculación con la permanencia de la asociación, se encuentra la organización. Para satisfacer este requisito, no basta –según sostienen Lamarca Pérez (1985) y, en sentido similar, García-Pablos de Molina (1978)– con una pluralidad de personas en la fase preparatoria o ejecutiva de un delito, sino que hace falta una estructura –con carácter permanente– que se proyecte más allá de la realización de actos delictivos concretos.

La organización no significa la existencia de estructuras complejas; alcanza con la mínima necesaria para asegurar la actuación grupal en procura del logro de aquellos objetivos, por cuanto es evidente que debe existir una forma de decidir qué delito se cometerá y cómo se lo hará. También habrá distribución de tareas y, posiblemente, una manera de repartir el botín, o una paga acordada (Molinario, 1990)²²⁸.

Está claro que la asociación debe tener en miras la comisión de delitos (tipificados en el Código Penal y en las leyes complementarias, con plena responsabilidad de los intervinientes). En la doctrina y la jurisprudencia, se ha planteado el problema de la indeterminación delictiva.

Un sector ha insistido en que los delitos deben ser indeterminados, con el fin de distinguir este delito de la mera participación criminal. Otros autores critican la indeterminación propiciada y entienden que la ley requiere pluralidad de delitos o, mejor dicho, de planes.

²²⁷ Causa caratulada “Lagos, Juan C. s/Rec. de Casación”, del 26/12/00, reg. n° 4043.1.

²²⁸ Molinario, op. cit., pp. 195/6.

De ahí que “indeterminados” serán los planes que puede llevar adelante la asociación, mas no los injustos.

Así, el tipo prevé una serie indeterminada de delitos, lo que no significa que los intervinientes no sepan qué delitos cometerán, sino que deben tener un plan delictivo general, sin necesidad de haber considerado desde un inicio, acabadamente, cada uno de los detalles de los hechos por realizar.

En cuanto al aspecto subjetivo, solo diremos que el tipo penal analizado requiere dolo directo, y que se presenta cuando el autor dirige su voluntad incondicionada a la producción del resultado típico.

Entonces, el sujeto activo debe conocer que integra una asociación, sus objetivos, y que, al menos, lo componen tres personas –aunque no se conozcan entre sí–; también debe existir la voluntad de ligarse al pacto y la finalidad delictiva.

Nuestro más alto tribunal, en el caso Stancanelli, ya citado, sostuvo que el dolo específico exigido en esta figura es “la intención de asociarse para cometer delitos”. Con esto ha dejado sentado que se trata de un dolo directo.

Por otro lado, si bien existe consenso general en torno a que el delito se consuma con el acuerdo de voluntades o pacto delictuoso, independientemente de que la organización, como tal, haya tentado o cometido otros delitos; un sector doctrinario ha considerado que la consumación exige algo más que el mero acuerdo entre los miembros.

A nuestro modo de ver, esta visión desatiende el sentido literal de la norma, en cuanto reprime este comportamiento “por el solo hecho de ser miembro de la asociación”. Por ende, se trata de un delito autónomo e independiente de aquellos injustos que la organización lleve adelante.

Es claro que, en rigor de verdad, el delito del artículo 210 del Código Penal concursa en forma material o real con los delitos que se cometan en cumplimiento del objetivo de la organización.

Finalmente, es un delito de peligro, que solo exige que el bien jurídico haya sido puesto en peligro –ya sea en forma concreta, esto es, cuando el bien corre un peligro real, o abstracta, cuando el tipo describe una conducta cuya sola comisión representa un peligro (Righi, 2007), como sucede con el tipo penal analizado–.

Dada esta característica, y por tratarse de un delito de mera actividad, entendemos que no admite la posibilidad de la tentativa.

Por último, la norma prevé una agravante en la pena para los jefes u organizadores. La doctrina ha entendido que son jefes aquellas personas que mandan o dirigen en la práctica toda la asociación, es decir, los que la comandan. A su vez, el organizador es el miembro de la asociación que actuó en el establecimiento y la coordinación de la asociación (Donna, 2007), intervino en su constitución y sentó, según Creus (1992), las reglas básicas de su funcionamiento.

5.2.3. OBJECIONES Y DEFENSAS

Como se dijo, las críticas formuladas a este tipo penal no han prosperado. Concretamente, frente al argumento que sostiene que la constitucionalidad de la figura penal es dudosa, podemos aseverar que no vulnera cláusulas de raigambre constitucional. Por el contrario, su juzgamiento guarda vinculación con la gravedad de la acción, es decir, la existencia de grupos de personas que se asocian con el fin de delinquir. Esto conmueve la sensación de sosiego, calma y armonía social.

Esta delimitación del bien resulta relevante, pues no solo prueba la justificación del tipo penal, sino que pone en su cabeza una misión de protección específica.

Para Mir Puig (1998), un Estado social y democrático de derecho solo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida que afecten las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social. Asimismo, para que dichos bienes merezcan ser protegidos penalmente y ser considerados bienes jurídicos penales, será preciso que tengan una importancia fundamental.

Si nos atenemos al bien que se intenta proteger, no hay ninguna duda de que debe ser tutelado especialmente, ya que no es más que el reflejo de cómo la sociedad pretende vivir: en un clima de tranquilidad, armonía y paz.

En efecto, a los Estados y a la sociedad los inquieta desde hace varias décadas el crecimiento sostenido de la criminalidad organizada en todas sus formas de manifestación –ya sea a través del narcotráfico, la venta ilegal de armas, la trata de personas, el lavado

de dinero, los secuestros extorsivos o los actos de terrorismo, entre otras—, así como el avance de la corrupción endémica de los Gobiernos.

Esa preocupación no ha sido ajena a nuestro país, que ratificó gran parte de los instrumentos internacionales en la materia y se comprometió a implementar medidas internas contra la corrupción.

Una medida, entre tantas otras, consiste en abordar el problema desde el punto de vista represivo. Por esa razón, el legislador produce un adelantamiento excepcional de las barreras de punición (Jeschek, 1993) para extremar la peligrosidad que entraña la existencia misma de la asociación, e impedir, de esta manera, la lesión que ello produce a la tranquilidad pública, pues, de lo contrario, nunca se llegaría a evitar la afectación del bien jurídico.

Los integrantes de la Sala I y II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín han sostenido:

Debe destacarse que al sancionar el legislador el hecho de asociarse en forma organizada para cometer delitos, ilustra sobre la razonable necesidad de intervenir en forma anticipada con miras a conjurar la ejecución de otros ilícitos que eventualmente puedan producirse dada la extrema peligrosidad que entraña la existencia misma de este tipo de asociaciones. Más aún cuando la organización criminal (...), naturalmente conlleva a lesionar la tranquilidad y la paz social al acrecentar con un alto grado de probabilidad el riesgo de que otros delitos se produzcan. Son estos motivos los que legitiman la normativa observada a la luz de los principios de legalidad y reserva²²⁹.

Para finalizar, debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en diferentes pronunciamientos —entre otros, Stancanelli, Sanzoni, Ramos Mariños, Arancibia Clavel—, analizó diversos aspectos del tipo penal cuestionado, e implícitamente reconoció la constitucionalidad de la norma²³⁰.

A pesar de todo lo expuesto, a la hora de aplicar este tipo penal, debemos ser muy rigurosos, lo que no significa dejar indefensos ciertos bienes jurídicos relevantes, como la paz social y la tranquilidad de la comunidad.

²²⁹ CFASM: Sala II, Secretaría Penal n° 4, c. n° 725/08 caratulada “Rec. de apelación av. Presunta de ant. Ley 23.737”, rta. 15-7-08, reg. 4169; Sala I, Secretaría Penal 1, c. n° 9573, caratulada “Rodríguez, José Luis y otros s/inf. arts. 174, inc. 5° en función del 172 y 210 del CP”, reg. 8715.

²³⁰ Véase 1) “Stancanelli” —ya citado—; 2) S. 1175. XXXVI, Sanzoni, Emilio Oscar s/asociación ilícita —causa n° 4653—, del 12/9/02; 3) R. 185. XLI, “Ramos Mariños, Alionzo Rutilio y otros s/infracción arts. 210, 1° y 2° parte, 296 y 293 del Código Penal —causa N° 844—”, del 10/4/07; 4) A. 869. XXXVII, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio y asociación ilícita —causa n° 259—”, del 8/3/05, entre otros.

5.2.4. APLICACIÓN CONCRETA EN CASOS DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Analizados rápidamente los aspectos centrales de la figura, podemos afirmar que, cuando se constata la instauración de un modelo ilegal de corrupción en la contratación pública, a tal punto que sea una conducta endémica, es posible encuadrar ese comportamiento en el delito de asociación ilícita, en cuanto confluyen todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

Está claro que no nos referimos a una o dos licitaciones irregulares, o a situaciones en las que se constata una actuación mala, negligente, displicente, desaprensiva de la correcta aplicación de la ley en materia de contratación pública. Se trata de situaciones que muestran muy claramente las notas características de una asociación ilícita, esto es: una estructura conformada por tres o más personas que, de manera organizada y permanente, se asocian para la comisión de diversos delitos, con el fin de perjudicar económicamente a la Administración pública.

Por ejemplo, cuando el Estado convoca a una gran cantidad de contrataciones –por ejemplo, en materia de obra pública– que se adjudican de manera direccionada, mediante procedimientos irregulares y arbitrarios, a una misma persona o grupo empresarial, estas acciones deberán analizarse bajo el prisma del tipo penal de asociación ilícita.

Ello se debe a que, para cumplir el plan, necesariamente se requiere la acción coordinada y concertada de funcionarios y particulares, una estructura jerárquica que emite la orden y que organiza a los inferiores, como también la permanencia necesaria, que permitirá llevar adelante el plan.

Justamente, la corrupción sistémica presenta notas inequívocas, como ser la habitualidad, la permanencia y la organización. Con estas se persigue el fin mediato indispensable para la perpetuación: la impunidad como garantía de ejercicio del abuso del poder. Así, la corrupción se presenta como un comportamiento habitual de hechos que pretenden una duración larga en el tiempo.

Esta permanencia comporta, incluso ya desde el inicio de esta carrera criminal, una cierta organización (la distribución de funciones, una mínima dirección y cierta jerarquía), que implica que varios sujetos sacarán provecho ilícito de la acción indebida. La concurrencia de una pluralidad de sujetos tiene como consecuencia que alguno asuma la dirección de los hechos –aunque no siempre figure como autor

material de estos–, imparta órdenes e instrucciones, diseñe el plan y atribuya funciones a los integrantes del grupo delictuoso (Queralt, 2019).

Entonces, si *a priori* la conducta se adecua al tipo penal, es obvio que la investigación no debiera circunscribirse a analizar solo la conducta de los funcionarios ubicados en segundas, terceras y cuartas líneas de jerarquía, sino la de quienes ostentaban los cargos más altos del Gobierno (municipal, provincial o nacional, según el caso), ya que es improbable que una estructura de esta naturaleza pueda operar sin la orden, la complacencia o la cobertura de los niveles más altos de la Administración.

Por ese motivo, habrá que indagar y poner el foco en quienes han ideado, proyectado, promovido, direccionado, ejecutado y permitido esta forma anómala de proceder. Insistimos en que, cuando una situación se aleja tanto de la legalidad, difícilmente pueda perpetuarse en el tiempo sin la aquiescencia o participación de los funcionarios que ocupan los cargos más importantes dentro de la estructura estatal.

Y esto es lo preocupante, porque, cuando se constata la acción coordinada de un conjunto de funcionarios de diferentes niveles que se distribuyen las tareas, y se les permite actuar con total impunidad durante años, inexorablemente debemos empezar a pensar en un verdadero Estado paralelo dentro del propio Estado, con reglas contrarias a las buenas normas y a la transparencia.

Recuérdese que, en el proceso de “manos limpias”, en Italia, se entrecruzaron cuestiones complejas donde se constató que no habían funcionado los mecanismos de prevención, los de control ni los de represión directa de los hechos de corrupción (Salvi, 1994).

5.2.5. CASOS JURISPRUDENCIALES NACIONALES

En el plano nacional, los primeros antecedentes de contrataciones públicas irregulares en los cuales se adecuó la conducta al tipo penal de asociación ilícita se remontan a la década del 90, en el marco de licitaciones públicas asignadas arbitrariamente.

Cabe señalar que algunos de estos casos fueron resueltos por una conformación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación muy cuestionada y criticada, pues se consideraba que, con sus fallos, beneficiaba a los funcionarios vinculados al entonces presidente de la nación, Carlos Saúl Menem.

Un ejemplo lo constituye el caso que exhibiremos a continuación, en el que el tribunal superior revocó la prisión preventiva del entonces intendente de Buenos Aires, por entender que no se daban los requisitos del tipo penal de asociación ilícita. Veamos:

5.2.5.1. Salomoni, Jorge Luis y otros s/ defraudación²³¹

Este caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con motivo del recurso interpuesto contra la resolución de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, que revocó el sobreseimiento de Carlos Alfredo Grosso y dispuso su prisión preventiva, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de asociación ilícita.

Concretamente, se le atribuyó a Grosso que, durante su gestión al frente de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (anterior al cambio de estatus político), habría conformado, junto con otros exfuncionarios, una asociación ilícita destinada a ejecutar maniobras de menoscabo patrimonial para el municipio, con la intervención de particulares que también habrían resultado favorecidos.

Así, se sostuvo que, durante la gestión comunal, conformó una unidad corporativa en la que, con la concurrencia de otros funcionarios del más alto nivel, se pergeñaban cursos de acción para favorecer a potenciales adjudicatarios de licitaciones públicas, en desmedro del patrimonio municipal, violando las normas que rigen los procesos administrativos para la concesión de bienes y su explotación, con abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes funcionales.

Si bien el hecho juzgado en ese proceso fue la concesión ilícita del Conjunto Deportivo Golf de Palermo y Velódromo Municipal, los integrantes de la sala tuvieron en cuenta otros procesos semejantes referidos al proyecto de remodelación del Centro de Abastecimiento Municipal n° 74 (Once), con el reciclaje y la modernización de la Escuela Presidente Mitre, y la licitación irregular del Campo Hípico Municipal, cuyas investigaciones tramitaban ante diferentes magistrados.

En esa sentencia, la Sala VII de la cámara entendió que las exigencias de estabilidad y permanencia de la asociación resultaban de la cohesión celular de sus integrantes y de su

²³¹ Causa n° 22.241C. (S. 1711. XXXVIII. Recurso de hecho), del 18 de diciembre de 2002.

actuación bajo un período gubernamental determinado, de cuyo avance dan cuenta las distintas acciones de naturaleza delictuosa consumadas en la progresiva conducta “despatrimonializadora” juzgada.

Entre las irregularidades constatadas en el expediente de licitación, se destacaron las siguientes:

- que la ganadora no acompañó proyecto alguno;
- que la empresa beneficiada, en un principio, no tenía prácticamente giro comercial, y que su transformación lo fue al solo efecto de reunir condiciones para resultar adjudicataria en dicho proceso;
- que, a pesar de que el trámite de la licitación fue suspendido un día antes de que venciera el plazo para la presentación de todos los potenciales interesados, al día siguiente se realizó la apertura de los sobres correspondientes a la licitación;
- que, luego de la convocatoria, se incluyeron, mediante circulares, requisitos que reunía solo la empresa adjudicataria;
- que se dispuso la preadjudicación y que, en los considerandos, se dejó constancia de que las obras ofertadas no coincidían con el fin buscado en la licitación, por lo que se le dio la posibilidad a la otorgante de ratificar su voluntad de ejecutar las obras del pliego;
- que se le concedió a la empresa información privilegiada;
- que, luego de la entrega del predio, desapareció el expediente administrativo correspondiente a la licitación.

Para dejar aclarados los límites y las exigencias que presenta la figura de la asociación ilícita, la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²³² se remitió al considerando 51 de la sentencia Stancanelli²³³, ya mencionada. Así, sin mayores fundamentos, los jueces entendieron que el pronunciamiento recurrido carecía de los requisitos mínimos de fundamentación exigibles para encuadrar la conducta en el tipo penal de asociación ilícita. Con estos argumentos, se dejó sin efecto la sentencia.

²³² Dres. Nazareno, Moliné O’ Connor, Antonio Boggiano, Guillermo López y Adolfo Vázquez.

²³³ Fallos: 324:3952.

Cabe recordar que el precedente Stancanelli está vinculado con un proceso por tráfico de armas, en el que estuvieron involucrados altos exfuncionarios del Poder Ejecutivo Nacional. Los hechos imputados consistieron en la falsificación ideológica de decretos que autorizaban la venta de armas a ciertos países, cuando, en realidad, el armamento bélico se envió a otros países.

Se sostuvo que todo ello había sido orquestado por una asociación ilícita en la que participaron el expresidente de la nación, ministros del Poder Ejecutivo, militares de distintos rangos, funcionarios de Aduana y particulares. Por medio de esta asociación estratificada y compleja, se logró materializar la *affectio societatis*, que consistió en la venta ilegal de armas.

También en ese caso, la Corte Suprema consideró arbitraria la subsunción legal y revocó la prisión preventiva, dado que estaba ausente la consideración fundada acerca de la existencia del acuerdo explícito o implícito de voluntades, que caracteriza a la figura penal. Asimismo, se sostuvo que se había perdido de vista el fundamento del tipo penal en cuestión, ya que no se veía claramente en qué medida la supuesta organización, para efectuar ventas de armas al exterior, podía producir alarma colectiva o temor, respecto de la población, de ser víctima de delito alguno. En suma, se consideró que, en todo caso, los delitos habrían estado dirigidos contra el erario nacional y no contra las personas en particular.

Más allá de esa interpretación particular, que consideramos irracional y carente de fundamentos serios, debe decirse que ambos fallos prácticamente sellaron la suerte para aplicar el tipo penal de asociación ilícita a casos de contrataciones con el Estado.

Cierto es que, en el caso Salomón, se analizaba una única licitación con múltiples irregularidades. Por ello, como hemos adelantado, en la medida en que no se pruebe el pacto organizativo de otra manera, será muy dificultoso que, con uno, dos o tres casos, se pueda sostener la existencia de una asociación ilícita.

Entonces, ante la falta de pruebas directas de los componentes del pacto, concluimos que, cuando se analizan pocas contrataciones públicas, será verdaderamente complejo sustentar tal adecuación.

5.2.5.2. Alsogaray, María Julia s/administración fraudulenta²³⁴

El objeto de este proceso consistió en determinar si existieron irregularidades en las obras de remodelación y mantenimiento efectuadas en el edificio de la calle San Martín 349, sede de la entonces Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano, desde 1995 hasta 1998, mediante la violación de diversas normas de administración financiera y de contrataciones.

En dicho pronunciamiento, el magistrado de primera instancia había declarado la falta de mérito de diferentes imputados respecto del delito de asociación ilícita. El Ministerio Público Fiscal recurrió la decisión y eso motivó que la sala revisara el fallo.

En ese marco, el tribunal entendió que la forma en que se realizaron las contrataciones, los desdoblamientos fraudulentos de las compras, las adjudicaciones recurrentes, la constitución del fideicomiso y sus ampliaciones se presentaron como las distintas instancias de la misma maniobra. Asimismo, si bien implicaron un concierto de voluntades dirigido hacia la concreción del fin propuesto, tal extremo no excede la órbita de la participación delictual.

No obstante, se consideró necesario analizar lo acontecido con una visión comprensiva de todos los hechos que se le imputaban a la funcionaria María Julia Alsogaray, tanto en el juzgado que actuó en ese caso como en el resto de los tribunales que intervenían en otros sumarios, entre los cuales se verificarían puntos de conexión serios y concordantes.

Así, luego de enumerar cinco procesos penales en los que se analizan diferentes irregularidades durante la gestión de María Julia Alsogaray –sobre relaciones contractuales, fideicomisos, obras y precios elevados–, se afirmó que la presunta existencia de un mismo *modus operandi*, la duración en el tiempo y la coincidencia de personas que aparecen involucradas y entrecruzadas con los imputados conforman un cuadro indiciario sobre el cual la pesquisa debe necesariamente profundizar.

De los razonamientos del fallo se desprende nuevamente la necesidad de tener una mirada amplia, que no se circunscriba a unos pocos casos, sino a una reiteración de situaciones.

²³⁴ Causa 20.577, de la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal, del 4 de diciembre del 2003, publicado en *El Derecho - Revista de Derecho Penal*, tomo 2005, M, 75.

5.2.5.3. Causa 5048 vinculada a la obra pública vial en la provincia de Santa Cruz²³⁵

En este caso, en el que se investiga la adjudicación irregular de obra pública a un grupo empresarial, la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal consideró acreditado que, entre el 8 de mayo de 2003 y el 9 de diciembre de 2015, funcionó una asociación ilícita formada con el propósito de cometer delitos para apoderarse de los fondos destinados por el Estado nacional a la obra pública vial de la provincia de Santa Cruz. En concreto, se afirmó:

...la prueba de cincuenta (52) supuestos de defraudación cometidos en perjuicio del Estado, distribuidos temporalmente a lo largo del período comprendido entre mayo de 2003 y diciembre de 2015, mediante la intervención de las áreas administrativas que se encontraban a cargo o que dependían de los encartados, permite tener por acreditado prima facie la existencia de una matriz asociativa, cuya finalidad era beneficiar a determinado grupo empresario, que de ese modo se apoderaba de los fondos nacionales destinados a la obra pública vial en la Pcia. de Santa Cruz.

(...) partiendo de la reiteración de supuestos delictivos en la obra pública vial en la Pcia. de Santa Cruz, durante un extenso período de tiempo, con la participación de las mismas personas y la utilización de los mismos circuitos administrativos; es razonable inferir que el obrar delictivo no se agotó en cada maniobra, sino que comprendería además una estructura criminal, que trasciende los supuestos individualmente considerados (...).

Además de las numerosas contrataciones irregulares en las que L. B. resultó favorecido (a través de sus empresas), a lo largo de tres períodos de gobierno (...) el empresario beneficiado carecía en absoluto de experiencia en el rubro de la construcción (...).

[Existió] un acuerdo entre B. y el ex presidente K., con el propósito de apoderarse de parte de los fondos nacionales destinados a la obra pública vial en la Pcia. de Santa Cruz, mediante la comisión de maniobras ilícitas (básicamente, fraudes en perjuicio del Estado y negociaciones incompatibles con la función pública) en beneficio de sus empresas...

En cuanto al acuerdo de voluntades, la organización y la distribución de roles, se tuvo en cuenta lo siguiente:

Las facultades funcionales para elaborar el plan de obras, lograr su inclusión en el proyecto de presupuesto y/o impulsar las modificaciones necesarias en la distribución del presupuesto en curso, aprobar los pliegos y los llamados a licitación, adjudicar las obras, inspeccionarlas y aprobar el pago de los certificados, recaían fundamentalmente en los ex funcionarios integrantes de la asociación, los cuales eran personas de estrecha confianza de N. K., quien los había designado previamente en puestos de responsabilidad dentro de la administración pública provincial y municipal.

En definitiva, se entendió que estaba probada “la existencia de una matriz proyectada en torno al circuito administrativo del Estado y la estructura empresarial de L. B.”, con el fin de beneficiarlo a través del otorgamiento y la ejecución de obras viales en la provincia de Santa Cruz, “integrada por aquellos funcionarios que por competencia directa (P., L., C.

²³⁵ “Legajo N° 30 - QUERELLANTE: Federici, Mariano y otro. DENUNCIADO: Grupo Austral y otros s./legajo de apelación” (14 de septiembre de 2017).

K.) o disposición jerárquica (De V., C. F.), tenían injerencia en el desarrollo de ese tipo de obras públicas con fondos nacionales”.

5.2.5.4. Sampauyo, Facundo Alfredo u otros s/asociación ilícita

El 5 de octubre de 2018, la Cámara Federal de Resistencia, Chaco, confirmó el procesamiento de funcionarios y de particulares por el delito de asociación ilícita, dictado por la jueza federal de Chaco.

La magistrada acreditó que los imputados conformaron una organización destinada a obtener beneficios económicos, a través de mecanismos articulados para resultar adjudicatarios de determinadas prestaciones en la Municipalidad de Resistencia. Para ello, se valieron de sociedades creadas a medida, que se beneficiaron en las licitaciones y que permitieron ocultar la identidad de los verdaderos dueños.

Se afirmó que la finalidad de esta asociación fue apoderarse ilegítima y deliberadamente de fondos provenientes del erario de la Municipalidad de Resistencia. La comisión reiterada de un número indeterminado de delitos en perjuicio de la Administración municipal, mediante la manipulación de los resultados del proceso de adjudicación y contratación realizados por el municipio, con miras a beneficiar a personas físicas y sociedades comerciales, determinó que el hecho se calificara como asociación ilícita.

Respecto del marco en el cual se manipularon las contrataciones investigadas, se estableció lo siguiente:

[Las] irregularidades advertidas en los procesos licitatorios, la confección de los instrumentos legales esenciales para la concreción de tales actos administrativos y la consecuente disposición de fondos que ello conlleva, sumado a la reiteración de actos con similares características, presentan entidad suficiente como para afirmar que sus resultados se encontraban predeterminados con anterioridad, evidenciando un acuerdo de voluntades entre quienes cumplen funciones decisorias determinantes o ejercen influencia sustancial dentro del Municipio y las empresas o personas proveedoras que se presentaron como oferentes...

Para la cámara, las constancias evidenciaron “el acuerdo de voluntades entre quienes controlaban en los hechos los designios del ente comunal”. Además, se sostuvo que la entonces intendenta no podía desconocer el cúmulo de maniobras desplegadas para crear las múltiples empresas que posteriormente serían beneficiadas con adjudicaciones millonarias y contratos numerosos.

5.2.5.5. Fernández, Cristina Elisabet y otros s/legajo de apelación²³⁶ (causa Cuadernos)

El 20 de diciembre de 2018, la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal intervino en este proceso, con motivo de los recursos interpuestos por las defensas de los imputados –entre ellos, la entonces presidenta de la nación, Cristina E. Fernández– contra el auto que dispuso el procesamiento por el delito de asociación ilícita en concurso real con admisión de dádivas –22 hechos– y cohecho pasivo –5 hechos–.

Básicamente, en esta causa se investiga un sistema de cartelización de la obra pública y de recaudación ilegal. A criterio del tribunal, las pruebas colectadas revelaron los actores, los lugares y las rutinas de esta comunidad ilícita, enclavada en el seno de la Administración pública nacional. A continuación, se transcriben algunos pasajes relevantes de la decisión:

No se trató de una simple organización criminal ubicada en estratos medios del escalafón administrativo. Su estructura piramidal con eje en los máximos representantes del Poder Ejecutivo del Estado Nacional le dio características extraordinarias: de inusual y poderosa capacidad de acción, medios extraordinarios basados en la estructura jerárquica para lograr sus fines y, sobre todo, de una impunidad sin precedentes. Corrupción con rasgos definitivos de gravedad y descomposición institucional, increíblemente prolongada en el tiempo.

[El] aceitado esquema definido a partir de las probanzas colectadas describe una comunidad engendrada con un único propósito: la recaudación de fondos de manera ilegal (...) Los distintos funcionarios y particulares que la integran operaban como los engranajes de un mecanismo atravesados por esa finalidad recaudatoria, que los convoca e identifica como pertenecientes a un mismo colectivo encuadrable como asociación ilícita (...).

Como si se tratara de una figura en espejo, replicó en el terreno de la clandestinidad la imagen del organigrama estatal. Este aspecto, ciertamente, no resulta novedoso para estos estratos. De hecho, tres de los ex funcionarios públicos involucrados en autos –F., De V. y L.– se encuentran procesados en otra causa (Expte. N° 5048/16) en orden al delito de asociación ilícita.

En el momento en que se escriben estas líneas, el caso se encuentra en la etapa de juicio, a la espera de que se realice el correspondiente debate oral y público.

5.2.6. DIFERENTES CASOS INTERNACIONALES

En el plano internacional, ha habido diversos pronunciamientos y sentencias firmes que denotan la gravedad de la acción, a partir de las penas asignadas a los imputados por hechos vinculados a la corrupción en la contratación pública. Veamos:

²³⁶ Registro de la Cámara Criminal y Correccional Federal - Sala 1 CFP 9608/2018/174/CA41.

5.2.6.1. Caso Gürtel-Bárceñas (España)

El 24 de mayo de 2018, la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional condenó, con penas de hasta 51 años de prisión, a 29 de los 37 acusados en el caso Gürtel. Lo novedoso es que la sentencia también condenó al Partido Popular como responsable a título lucrativo.

Los jueces consideraron que los acusados cometieron los delitos de asociación ilícita –artículos 515.1 y 517 del Código Penal español–, fraude a la Administración pública, cohecho (activo y pasivo), falsedad en documento mercantil, malversación de caudales públicos, prevaricación, blanqueo de capitales, delitos contra la Hacienda pública, tráfico de influencias, apropiación indebida, exacciones ilegales o estafa procesal intentada.

Concretamente, los jueces impusieron penas de 51 años y 11 meses de cárcel al que consideraron el líder de la trama, Francisco Correa, mientras que, para el número dos, Pablo Crespo, la condena fue de 37 años y medio. Por su parte, el extesorero del Partido Popular, Luis Bárceñas, fue condenado a 33 años y 4 meses de prisión y multas por más de 44 millones de euros.

Los hechos probados de la llamada “primera época de Gürtel” se sitúan entre 1999 y 2005, con algunas actividades muy concretas posteriores, en relación con la estructura de la organización liderada por Francisco Correa y desplegada en determinados territorios gobernados por el Partido Popular.

El tribunal consideró acreditado que, durante esos años, entre el Grupo Correa y el Partido Popular, se tejió en diversos territorios una estructura de colaboración estable. Esta consistía en la prestación múltiple y continua de servicios de viajes y de organización de eventos, dentro de la actividad normal de ese partido político.

Además, en paralelo, se creó un sistema de corrupción institucional auténtico y eficaz, a través de mecanismos de manipulación de la contratación pública central, autonómica y local, dada la relación estrecha y continua con importantes militantes del partido, que tenían posibilidades de influir en los procedimientos de toma de decisión en la contratación pública de determinados entes y organismos públicos, que dirigían o que controlaban directamente a través de terceras personas.

La sentencia relata cómo las empresas de Correa u otras empresas elegidas, con el apoyo de los cargos públicos condenados, gozaban de un trato –arbitrario– de favor en la

contratación pública. Inflaban precios que se cobraban de las distintas Administraciones públicas afectadas, con la finalidad de obtener de manera ilícita grandes beneficios a costa del erario. Respecto de los responsables políticos, la sentencia explica:

...ejercían su capacidad de influencia o imponían mediante la presión que les permitía el abuso de las funciones propias de su cargo, las directrices idóneas para orientar la oferta y las condiciones de los contratos a las conveniencias de la empresa del grupo.

Además, se describe un mecanismo similar en la contratación con las Administraciones públicas, con adjudicaciones que vulneraban la normativa administrativa. Así, las empresas de Correia y los funcionarios que, desde dentro de la Administración, participaban en esa irregularidad obtenían un lucro personal ilícito.

Los jueces concluyeron que la operativa de los acusados se convirtió en un mecanismo generalizado de emisión de facturas que no respondían a servicios reales o que se inflaban, pese a lo cual se abonaban con cargo a los fondos públicos municipales.

El 14 de octubre del 2020, la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español confirmó, en líneas generales, la sentencia con casi las mismas penas asignadas y la responsabilidad civil del PP a título lucrativo.

Los magistrados indicaron que, al igual que en la sentencia del llamado caso Gürtel-Fitur de Valencia, íntimamente relacionado con este, se constata la constitución de un entramado para posibilitar el delito, eludir su persecución y facilitar la obtención de los beneficios obtenidos. En definitiva, la maniobra se enmarca en una “permanente actitud defraudatoria”²³⁷.

5.2.6.2. Caso Gürtel-Fitur (España)

El 8 de mayo de 2018, la Sala II del Tribunal Supremo Español confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que condenó a penas de entre 3 y 13 años de cárcel a 11 acusados de amañar contratos entre la Generalitat valenciana y la trama Gürtel, para la feria de turismo Fitur, en las cinco ediciones desde 2005 hasta 2009.

Entre las condenas, se destacan las siguientes: 13 años y 3 meses de prisión para Pablo Crespo, 13 años para Francisco Correia, 12 años y 3 meses para Álvaro Pérez –los tres

²³⁷ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-confirma-penas-de-hasta-51-anos-de-prision-para-los-procesados-en-el-caso-Gurtel->.

considerados “cabecillas” del entramado Gürtel–, y 9 años para la exconsejera valenciana de Turismo, Milagrosa Martínez.

Esta causa es relevante porque fue la primera de las relacionadas con la trama Gürtel en tener sentencia firme.

El Alto Tribunal confirmó que Francisco Correa, Álvaro Pérez y Pablo Crespo cometieron delitos de malversación de caudales públicos, cohecho activo, tráfico de influencias y asociación ilícita, a los que se suma el de falsedad documental, en el caso de Crespo.

La sentencia expone que las relaciones del grupo de empresas con la Administración eran tan fluidas durante la adjudicación de los contratos y antes de esta que se produjo un “desembarco” y, de hecho, una “sustitución” de la Administración por las empresas de Gürtel, pues eran estas las que confeccionaban y redactaban los contratos, realizaban los planos e incluso diseñaban los criterios de valoración de las propuestas.

El Alto Tribunal resalta que lo característico de los delitos de corrupción es la obtención de puestos dentro del Estado, directamente o a través de influencias, “para delinquir, para obtener ventajas patrimoniales, para dismantelar al Estado, o para apropiarse del patrimonio del Estado”. Así, se sostuvo:

Desde esa ocupación, directa o indirecta, se utiliza el puesto estatal para extorsionar a personas, físicas o jurídicas, o para asegurarse la adjudicación de contratos, propiciando situarse en los dos lados de la contratación, como Estado y como adjudicatario de la concesión o del contrato, alterando las condiciones de la libre competencia.

La sentencia indica que la reacción de los códigos penales frente a esas conductas ha sido tipificar nuevas figuras penales, con el fin que señala el Tribunal Supremo:

...reprimir conductas antisociales en las que la lesión a la ciudadanía es mucho mayor que la que se deriva del coste patrimonial consecuente a un enriquecimiento ilícito, pues se ponen en cuestión aspectos básicos de la ordenación social como los principios de transparencia, de igualdad de oportunidades, de objetividad en el ejercicio de la función pública, y, por ende, el propio funcionamiento del sistema democrático que se cuestiona con los comportamientos en los que el sistema de poder es empleado para el enriquecimiento de unos pocos en detrimento de la ciudadanía.

Entre los delitos confirmados por el tribunal, figura el de asociación ilícita. Concretamente, en aquella oportunidad, el tribunal entendió que se había constatado un “entramado de sociedades, estructurado y jerarquizado, para participar en licitaciones

públicas con vulneración de la legislación administrativa y los principios de transparencia que deben guiar la acción administrativa”²³⁸.

5.2.6.3. Caso Scala (España)

El 26 de julio 2013, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia en el caso Scala, y condenó a un *exconseller* de Comercio, Industria y Energía, por su participación en una red dedicada al saqueo de las arcas públicas mediante contratos amañados y comisiones fraudulentas, junto con otras 14 personas condenadas. En total, la trama malversó 8 millones de euros públicos durante la legislatura 2003-2007.

Este fallo es muy interesante porque detalla cuáles son los elementos objetivos para que se infrinja el tipo penal de asociación ilícita, y se remite a lo que la jurisprudencia ha entendido. Finalmente, verifica la concordancia del hecho con la calificación.

En esta sentencia, se condenó al *exconseller* a 16 años de prisión, por los delitos de asociación ilícita, un ilícito continuado de malversación en concurso con prevaricación, falsedad en documento oficial cometida por funcionario público, falsedad en documento mercantil, fraude a la Administración y un delito continuado de cohecho. Además, se ordenó su posterior ingreso en prisión ante el riesgo de fuga.

A su vez, el tribunal condenó a cinco años y cinco meses de prisión a un exdirector general de Promoción Industrial de Baleares; a cuatro años y dos meses a una exgerente del Consorcio de Desarrollo Económica de Baleares (CDEIB) –quien devolvió más de 250.000 euros que ocultaba enterrados en latas en su jardín–, y a tres años y nueve meses a un exconcejal de Lloseta, empresario y sobrino político del entonces presidente de Baleares.

A criterio de los magistrados, los ex altos cargos urdieron el expolio del CDEIB mediante la adjudicación de contratos a entidades mercantiles a cargo de testaferros, la utilización de empresas existentes que pasaron a controlar, la exigencia y el cobro de comisiones a proveedores de ese consorcio, y la organización de las ferias en las que participaba.

²³⁸ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-confirma-todas-las-condenas-del-caso-Gurtel-Fitur---primer-juicio-a-la-trama#:~:text=La%20Sala%20II%20del%20Tribunal,cinco%20ediciones%20que%20van%20desde.>

Específicamente en cuanto al delito de asociación ilícita, previsto en los artículos 515.1 y 517 del Código Penal, se expuso:

[La] STS de 11 de Febrero de 2013 detalla los requisitos de este tipo penal: (...) En efecto, tiene declarado esta Sala (...), que el delito de asociación ilícita del art. 515.1 –asociación para delinquir– precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación –en el caso del art. 515.1 inciso primero– ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar (...) el legislador ha perfeccionado su técnica de punición, por lo que, a partir de la entrada en vigor de tal ley, la asociación criminal tendrá una interpretación más relacionada con el ámbito que le es propio, es decir, con el derecho constitucional de asociación cuando se desvía hacia fines criminales, penalizándose esas estructuras delictivas en los nuevos artículos 570 bis y ter del Código Penal...

Con relación al caso concreto, se afirmó lo siguiente:

...concorre el tipo penal expuesto en cuanto al hecho consistente en la creación y/o utilización de sociedades. Y ello por cuanto concurren todos los requisitos expuestos. En primer lugar, existe una pluralidad de personas, asociadas, para llevar a cabo la actividad consistente en que, a través de Comarca, Gourmet, Ias (...), se obtienen beneficios de fondos públicos a través de su contratación por el CDEIB manipulando los procedimientos de contratación....

Asimismo, respecto de la organización y de la responsabilidad, se dijo:

...desde que llegan al CDEIB, empieza la actividad (...) para adquirir y utilizar dichas Sociedades, creándose a partir del año 2004 y siendo la obtención de dichos beneficios, de modo totalmente fraudulento, permanente en el tiempo, incluso después de haber cesado en sus cargos, en el año 2007 (...) Finalmente, se constituyen estas sociedades con el único fin de servir de mecanismo para encubrir y dar forma jurídica a la intención real de los acusados mencionados, esto es, obtener la contratación del CDEIB a través de manipulación de los procedimientos de contratación a dichas Sociedades y, con ello, beneficiarse todos los mencionados (...).

(...) en dicha asociación, existe una estructura jerarquizada por cuanto el Sr. C. U. ostentaría la posición de "jefe" o "director" estableciendo y dando las órdenes de cómo debía actuarse. Como 'mano derecha' estaría el acusado A. V., encargado de ejecutar las órdenes de C. U., así como la Sra. S. Z. Por debajo de ellos, se hallarían, en una escala de actividad similar (...), que cumplían las órdenes que les daban los anteriores y, por tanto, siendo también miembros activos. Por lo anterior, se trata de una asociación ilícita para delinquir y no sólo un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores²³⁹.

Los casos comentados muestran que, cuando existen acuerdos espurios entre empresarios y funcionarios públicos, que perduran en el tiempo con el fin de manipular, direccionar y avasallar la rectitud de las licitaciones públicas –con el consecuente saqueo a las arcas del Estado–, es perfectamente posible y adecuado encuadrar estas acciones delictivas en el delito de asociación ilícita.

²³⁹ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/Sentencia--Caso-Scala---la-Audiencia-de-Palma-condena-por-corrupcion-politica-a-un-ex-conseller-y-altos-cargos-de-Baleares-que-malversaron-8-millones>.

5.2.6.4. Caso MOSE (Italia)

Como se viene sosteniendo, en Italia, la corrupción administrativa es un fenómeno que tiene cierta relevancia. Abundan los clichés sobre la “familiaridad” del pueblo italiano y sus Administraciones públicas con la dinámica de la corrupción. Así, los episodios de corrupción administrativa son generalizados. Las áreas de la Administración pública en las que el riesgo de corrupción es particularmente alto son el sistema de salud, la administración financiera, el Gobierno local (urbanismo, construcción y medioambiente) y el sector de compras públicas.

En este último, el ámbito de actuación de los poderes públicos es donde los casos de corrupción son más frecuentes. Así lo percibe la población italiana: un informe reciente de la UE sobre la lucha contra la corrupción refleja que el 97 % de los italianos piensa que todo el sistema de negociación pública es corrupto (Piperata, 2015).

Frente a esto, el autor citado considera que el objetivo no solo debiera ser mejorar la relación entre los ciudadanos y las estructuras públicas, sino también tratar de eliminar, en la medida de lo posible, la opacidad y la complejidad en los procesos de toma de decisiones públicas, cuyos contornos suelen ser relevantes para el derecho penal.

En efecto, la experiencia italiana muestra que, en muchos casos, la adjudicación de un contrato público genera comportamientos que corrompen el ejercicio de la función pública.

Los escándalos italianos grafican cómo los dirigentes buscan aumentar su poder y no el beneficio del Estado o de la población. Un ejemplo es el caso del contrato para la construcción y gestión del MOSE –sistema que surgió en 2004 para proteger la ciudad de Venecia del fenómeno de mareas altas (*acqua alta*)–, con motivo del cual, en 2014, se detuvo a 35 personas –entre políticos y particulares– por hechos de corrupción: lavado de dinero, malversaciones y extorsión.

En efecto, diferentes alertas significaron que el MOSE fuera un proyecto de alto riesgo, a saber: *i*) obras paralizadas total o parcialmente por tiempo prolongado; *ii*) costos de producción sin motivos razonables; *iii*) supervisión, control y fiscalización débil, inexistente o bajo parámetros de conflictos de interés; *iv*) obras proyectadas fuera del contexto de las verdaderas necesidades; *v*) obras adjudicadas sin transparencia;

vi) proyectos de construcción y de ejecución de obras adjudicadas a entidades de reputación dudosa o con antecedentes de corrupción; vii) obras que no solucionaban las situaciones que motivaron su ejecución.

Con cierta razón se ha sostenido que, en el ordenamiento italiano, la corrupción asume los caracteres de “fenómeno político-administrativo sistémico”, en cuanto es capaz de comprometer la imparcialidad y el buen funcionamiento de las Administraciones públicas y su legitimidad.

En especial, el fenómeno corruptivo se ha difundido en el sector de los contratos públicos y en él ha pervertido cada fase, desde la definición de las necesidades hasta la ejecución. La gravedad ha llegado a tal extremo que el legislador tuvo que implementar una nueva vigilancia sobre los contratos públicos, dando evidencia semántica a la reconocida sistematicidad del fenómeno (Racca, 2018).

Cuando esto sucede, las medidas superficiales o simplemente cosméticas no alcanzan para producir un cambio estructural genuino.

Si es que realmente se pretende desenterrar los malos hábitos, ordenar el sistema con pautas claras de integridad, prevenir con efectividad y luchar contra la corrupción en los contratos públicos, es necesaria –como veremos en el próximo capítulo– la elaboración de estrategias también sistémicas. En el caso italiano, la tarea fundamental de prevención fue confiada a la Autoridad Nacional Anticorrupción, con muy buenos resultados preliminares.

5.3. OTRAS CONDUCTAS DELICTIVAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En este apartado, analizaremos otras figuras penales en las que pueden encajar las arbitrariedades descritas, en relación con la contratación pública.

Veremos que, en este campo, ingresa un gran abanico de delitos, especialmente cuando las prácticas ilegales se prolongan por mucho tiempo, lo que complejiza la situación y la tipificación adecuada. Así, se pretende mostrar muy sintéticamente –y sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de esos tipos penales– cómo la doctrina y la jurisprudencia han entendido que las conductas vinculadas a irregularidades en la contratación pública

son merecedoras de un reproche penal, con independencia de lo que ocurra en el ámbito contencioso-administrativo.

Y esto nos lleva a afirmar que el funcionario que ejerce el control administrativo, al constatar alguna irregularidad, debe evaluar inmediatamente su encuadre en alguna conducta del catálogo del Código Penal o del derecho administrativo. De encontrarse la acción ajustada a una figura típica, deberá iniciarse un proceso penal, pues la intervención temprana y oportuna de la Justicia puede impedir que los hechos delictivos se consumen o se sigan perpetrando. En otras palabras, la actuación de la Justicia es necesaria para hacer cesar las condiciones del delito.

Como se señaló, el operador debe tener la capacidad de diferenciar si se trata de una infracción administrativa o de una infracción penal, pues esto facilitará la tarea de comprensión de la metodología global que se implemente. Y acá habrá que considerar que tanto la reiteración de infracciones administrativas como una sola acción irregular pueden llegar a revelar una maniobra con connotación penal.

No obstante, habrá que tener en consideración que, si bien los delitos de corrupción se asocian de manera directa con los tipos penales que se encuentran ubicados sistemáticamente dentro de los “delitos contra la Administración pública” (título XI, libro II del Código Penal de la Nación), no deberá soslayarse que, a lo largo del proceso de contratación, se podrán cometer acciones típicas que no necesariamente se encuentren acuñadas en ese título, como ser las falsificaciones instrumentales o ideológicas, u otros delitos.

En definitiva, los hechos de corrupción pueden comprender desde el incumplimiento de los deberes de funcionario público hasta el cohecho y el tráfico de influencias, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, la malversación de caudales públicos, la defraudación en perjuicio de la Administración pública, y otros delitos no necesariamente ubicados en el título XI del Código Penal.

Para dar un ejemplo, el homicidio de un sujeto, llevado a cabo por haber presenciado o por haber conocido hechos de corrupción, es, sin duda, un delito contra la vida. Sin embargo, ese atentado tiene una vinculación estrecha con la investigación del hecho de corrupción, por haberse perpetrado con el fin de lograr la impunidad de algunos de los imputados. De ahí que ese hecho deba contemplarse en la investigación del caso.

Lo expuesto muestra que el análisis de estos eventos tiene múltiples vertientes y enfoques, por lo que el estudio del caso no debiera circunscribirse a ciertos delitos, sino a todo el catálogo del Código Penal. Realizamos esta advertencia, en virtud de que en este acápite limitamos la tarea a los tipos penales que con más frecuencia se vulneran en las contrataciones públicas irregulares, lo que no implica que las conductas puedan encuadrar también en otras descripciones típicas.

5.3.1. NECESIDAD DE MODIFICAR Y ACTUALIZAR LAS SANCIONES PENALES

Un tema que deseamos remarcar antes de introducirnos en el análisis concreto de los tipos penales es la exigua pena que el legislador contempla para hechos de tanta gravedad. A nuestro criterio, existe una incoherencia y una desactualización de los montos mínimos y máximos en los delitos vinculados a la corrupción, si tomamos en cuenta los daños que provocan no solo en las arcas del Estado, sino también en el ámbito económico, social e institucional, como ya hemos explicado largamente.

Por eso, instamos a los legisladores a revisar estas escalas penales y a adaptarlas a los estándares internacionales en la materia, que exigen castigar con mayor severidad a los funcionarios corruptos que traicionan su misión de custodios de los bienes públicos. Esta constituye una tarea ineludible, si se aspira a que la pena prevista para casos tan graves tenga algún efecto preventivo especial o general.

Por supuesto, para producir los efectos esperables, se requiere un estudio serio e integral de la problemática, pues se sabe que el aumento indiscriminado de penas, sin más, es una medida superficial, poco ingeniosa y facilista a la que acude frecuentemente el legislador para generar un impacto tranquilizador en algún sector de la sociedad y en la opinión pública, pero que en la práctica carece de eficacia real.

En este sentido, destacamos que una pena efectiva para este tipo de delitos, además de la escala penal, es la inhabilitación (absoluta o especial) del funcionario corrupto para ejercer cargos públicos, ya sea por un plazo concreto o por tiempo indeterminado. Al respecto, se pondera de manera positiva que el artículo 20 bis del Código Penal prevea la posibilidad de imponer una pena de inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista en el tipo penal, cuando el delito importe incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público.

Recordemos que la inhabilitación absoluta importa la privación del empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de la elección popular, la incapacidad de obtener cargos, empleos o comisiones públicas (art. 19 del CP). A su vez, la inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre el que recayera, y la incapacidad para obtener otro del mismo género. Es más, la “inhabilitación para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayera” (art. 20 CP).

A pesar de que la inhabilitación especial o absoluta es una pena indispensable para conjugar el peligro de que el funcionario condenado por hechos de corrupción vuelva a ejercer funciones o empleos públicos, la circunstancia de que en Argentina sea una medida facultativa de los jueces provoca que, en muchas ocasiones, estos omitan su aplicación o que directamente la ignoren. Por esa razón, exhortamos a que los legisladores establezcan su aplicación obligatoria en todas las condenas de funcionarios por hechos de corrupción.

Desde luego, la pena privativa de la libertad y la inhabilitación deberán venir acompañadas de la correspondiente multa, el decomiso de los bienes sustraídos o que han servido para cometer el delito, y, por supuesto, el reintegro del dinero a las arcas públicas.

En relación con esto último, corresponde señalar que, en la mayoría de los tipos penales vinculados a la corrupción, la pena de multa –ya sea conjunta o alternativa– se mantiene inalterable a lo largo de los años, sin un sistema apropiado de actualización. Así, con el paso del tiempo, pierde el fin y la eficacia buscados, y se transforma en una mera ficción que no tiene un efecto preventivo general ni especial. En consecuencia, es otro de los temas que deben revisarse con seriedad. Una solución posible sería establecer unidades fijas actualizables según índices realistas y confiables.

5.3.2. FRAUDE EN PERJUICIO DEL ESTADO POR ADMINISTRACIÓN DESLEAL

5.3.2.1. Características generales del tipo penal

Cuando, con motivo de algunas de las irregularidades en el proceso de licitación, se afectan o se perjudican los fondos del Tesoro nacional, provincial o municipal, en primer lugar, deberá verificarse si existe adecuación típica entre ese comportamiento y el tipo

penal de defraudación en perjuicio de la Administración pública (174, inciso 5° del Código Penal argentino).

Como se sabe, este tipo penal, que agrava supuestos vinculados a la corrupción pública estatal, establece una pena de prisión de dos a seis años para el que “cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública” (174, inciso 5° del Código Penal).

La doctrina coincide en que el fraude en perjuicio de la Administración pública no es un tipo autónomo, sino que está referido a los fraudes previstos en los arts. 172 a 174, cuando la perjudicada es la Administración pública (todo organismo que compone una Administración estatal directa, nacional o provincial, comunal o autárquica) (Breglia Arias - Gauna, 2007).

Así, puede cometerse fraude en perjuicio de la Administración pública mediante una estafa o un abuso de confianza, esto es, valiéndose de las modalidades descriptas en el tipo penal de estafa, o de alguna de las defraudaciones específicas previstas como abusos de confianza.

Entonces, cuando la estafa o el abuso de confianza han afectado los intereses económicos del fisco, la pena podrá mensurarse conforme esta razón y dentro de los límites punitivos del delito de que se trate. Dicho de otro modo, el tipo legal solo tiene incidencia en el aumento de la pena de las demás figuras de defraudación cuando el sujeto pasivo es la Administración pública (Baigún - Zaffaroni, 2009).

Mas allá de las diversas interpretaciones y posiciones sobre el tema, lo cierto es que este tipo penal, en lo que aquí interesa, califica la figura de administración desleal (artículo 173, inc. 7° del Código Penal argentino) cuando se produce un perjuicio al patrimonio de la Administración pública. Es decir, cuando la propiedad que el sujeto activo ataca pertenece a una entidad que es persona de derecho público.

En Argentina, la descripción del artículo 173, inciso 7° del Código Penal establece una pena de prisión de un mes a seis años para el que realice la siguiente acción:

...por disposición de la ley, de la autoridad, o por un acto jurídico, tuviera a cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos.

Desde antaño, se ha entendido que la administración fraudulenta (art. 173 inciso 7° del Código Penal) se caracteriza por la circunstancia de que el sujeto activo deba realizar una

conducta objetiva de violación a sus deberes, dirigida a perjudicar los intereses que le hubieran sido confiados, o a obligar abusivamente al titular de ellos.

Dentro de esta corriente de pensamiento, la jurisprudencia distinguió dos situaciones: a) la del “abuso defraudatorio”, en la que el autor, violando sus deberes, dispone patrimonialmente u obliga en exceso al titular de los intereses confiados; b) la de la “infidelidad fraudulenta”, que se circunscribe al marco de la relación interna sin corresponderle un poder externo, pero que debe versar sobre actividades que otorguen al autor cierto grado de independencia y responsabilidad (Calvete, 2010).

De ahí que la norma contenga dos modalidades: *i*) el tipo de abuso, referido a la relación externa asumida por el administrador de bienes ajenos que le fueran confiados, en su actuación frente a terceros, y *ii*) el tipo de infidelidad, que gira en torno a la relación interna establecida entre el titular del patrimonio y el administrador (Righi, 2017).

La esencia del delito reside en la lesión al deber jurídico de cuidar el patrimonio ajeno. Se trata de una defraudación por abuso de confianza, ya que el autor perjudica patrimonialmente a un tercero, abusando de los bienes que este le ha confiado con un determinado objetivo y a un título jurídico que no le transfiere su propiedad. Es un abuso de confianza que difiere del previsto por la figura genérica de la estafa del artículo 172 CP, pues, en esta última, el abuso de confianza es un ardid o engaño del que se vale el autor para lograr de la víctima una disposición patrimonial perjudicial para ella o para un tercero (Casal, 2016).

Para Soler (1994), la acción se integra objetivamente con dos extremos: a) la violación de deberes; b) el perjuicio o la creación abusiva de obligaciones. Ese perjuicio puede consistir en una creación abusiva de obligaciones, en cuyo caso puede existir no ya un efectivo desequilibrio económico entre el activo y el pasivo del patrimonio, sino un desequilibrio meramente financiero. Para que esta última clase de resultados sea imputable, el hecho, además de la violación de deberes, debe implicar la imposición de obligaciones abusivas.

Por su parte, para Fontán Balestra (1994), en el aspecto objetivo se requiere que el autor viole sus deberes y de ese modo perjudique los intereses que le están confiados, o que obligue abusivamente a su titular. Viola sus deberes quien excede arbitraria y dolosamente las facultades que le están conferidas por la ley, la autoridad o un acto jurídico. Debe mediar relación causal entre el acto de abuso y el perjuicio. El daño es aquí

perjuicio patrimonial, que debe ocasionarse en el patrimonio de la persona cuyos intereses se manejan, se administran o se cuidan, sea por actos dispositivos, sea obligándolo patrimonialmente.

La necesidad del perjuicio no exige un enriquecimiento paralelo del autor, que bien puede defraudar sin apoderarse de nada.

En nuestro medio, el delito de administración desleal no se encuentra ubicado entre los delitos que protegen la Administración pública, sino entre aquellos que tutelan la propiedad, por ello se trata de un delito contra la propiedad, constituida por los bienes susceptibles de apreciación pecuniaria que jurídicamente pertenecen a una persona física, de existencia ideal, o al Estado.

La protección legal va más allá del mero derecho a la propiedad, pues no solo quedan comprendidas las acciones que lesionan o ponen en peligro ese derecho, sino también aquellas que afectan otros valores patrimoniales, como la posesión, el derecho de crédito, e incluso las expectativas. En otras palabras, quedan comprendidas dentro del ámbito de protección de esta norma las expectativas del titular de los bienes otorgados en administración a un tercero, que se traducen en que el administrador actuará de igual modo a como él lo hubiera hecho (Colombo - Honisch, 2012).

El término “propiedad” ampara todo el patrimonio, incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales e inmateriales, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo y de su vida y su libertad. Es decir, protege la parte activa del patrimonio. Por lo tanto, se tutelan claramente los créditos, los derechos a percibir futuras cantidades, el derecho a percibir una renta equitativa. De lo expuesto se desprende que, al tutelar el delito de fraude a la Administración pública el bien jurídico “propiedad”, incluye el derecho patrimonial del Estado (Gelvez, 2004).

Cuando el funcionario público tiene a su cargo el manejo, la administración y el cuidado de un patrimonio ajeno, significa que ha de tener bajo su responsabilidad –o deben habersele encomendado o confiado– pertenencias (bienes o intereses pecuniarios) del Estado. En el marco de los delitos de la Administración pública, es necesaria la figura de la administración fraudulenta o desleal, pues sabemos que la dinámica de la corrupción en los actos de administración presenta diversas variables (Casal, 2016).

En el ámbito de la contratación pública, ya hemos reseñado que el objetivo que se busca con la licitación pública es alcanzar el máximo rendimiento del dinero que invierte la Administración pública.

Para ello, es indispensable generar un ámbito adecuado de competencia entre oferentes, para poder seleccionar las mejores condiciones de contratación para el Estado, con la finalidad de obtener precios bajos por el mejor producto o servicio. Esto jamás podría lograrse sin una publicidad adecuada del proceso, ya que, además de responder a un principio republicano elemental, asegura el control de la ciudadanía y la igualdad de oportunidades para contratar con la Administración.

Cuando se advierten situaciones que vulneran esos principios esenciales, o cuando en una licitación pública se constata la cartelización de empresas e irregularidades durante todo el proceso de contratación, existe una afectación al patrimonio del Estado, que conduce a analizar esos comportamientos desde el prisma de este tipo penal.

En efecto, cuando se revela la existencia de acuerdos espurios entre empresarios y funcionarios públicos, que se concretan en el reparto de las obras –en condiciones beneficiosas para los particulares, por fuera de las previsiones originales– y en los aumentos de precios, esta maniobra provoca un perjuicio al Estado, más aún cuando se restringe de manera ilegal la participación en la licitación de oferentes que podrían cumplir las exigencias requeridas para presentar ofertas.

La ausencia de competencia, la falta de rivalidad real en las licitaciones como producto de un acuerdo entre la Administración pública y los particulares –realizado por fuera del procedimiento legal, lo cual hasta brinda la posibilidad de adjudicar por montos superiores a los presupuestados– provoca un beneficio ilegítimo en el último, en desmedro la Administración pública.

Estas acciones son analizadas especialmente desde OCDE²⁴⁰. Se explica que la manipulación de licitaciones o la colusión entre oferentes en licitaciones se presenta cuando las compañías –que se esperaba que compitieran entre sí– conspiran secretamente para aumentar los precios o para reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a los compradores que buscan adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación. Lo deseable es obtener precios bajos y mejores productos, pues esto se refleja

²⁴⁰ *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*, febrero de 2009.

en el ahorro de recursos o en la liberación de estos para que se utilicen en otros bienes y servicios.

El proceso competitivo puede generar menores precios, mejor calidad e innovación únicamente cuando las empresas compiten de verdad (es decir, cuando establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia).

Por su parte, la manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas. Este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo.

Entonces, cuando la acción del funcionario, desde el inicio del proceso de contratación hasta la finalización de la ejecución del contrato, no se ajusta a los principios que rigen la contratación pública –a) razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y con el resultado esperado; b) promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; c) transparencia en los procedimientos; d) publicidad y difusión de las actuaciones; f) responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; g) igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes (Decreto 1023/01)–, estaremos en condiciones de afirmar que esta acción por sí misma provoca un daño patrimonial a la Administración pública.

Con relación al daño vinculado al tipo de abuso, para Righi (2017), la mera creación de una obligación abusiva es penalmente relevante, ya que el delito se encuentra consumado con esa acción, sin que sea necesaria la creación adicional de un perjuicio en sentido estricto.

No obstante, a criterio del autor, para el tipo de infidelidad, debe traducirse necesariamente en un resultado económico apreciable y perjudicial para el titular de los bienes o intereses, con la salvedad de que debe tratarse de un daño patrimonial, y no de un menoscabo de otra índole. Este perjuicio podrá ser económico, financiero, o consistir en la pérdida de una chance de incremento patrimonial. El autor cita la jurisprudencia alemana, en la que el perjuicio patrimonial fue deducido de la contrariedad al deber, especialmente en casos de infracciones al procedimiento. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha exigido que, mediante una constatación independiente, se demuestre que existió perjuicio patrimonial (BGHSt, 46:30; 47:148).

A nuestro modo de ver, esta última interpretación no se ajusta estrictamente a lo que exige el tipo penal, que tan solo requiere que el autor, para procurar un lucro indebido para sí o para un tercero, perjudique los intereses confiados u obligue abusivamente a su titular.

Ello en virtud de que, cuando se producen algunas de las circunstancias anómalas enumeradas en los párrafos anteriores dentro de la contratación pública, habrá un perjuicio para la Administración pública, que se traducirá en mayores costos, menor competencia, disminución en la calidad de la obra, falta de cumplimiento de los plazos por incapacidad empresarial, etc., sin necesidad de que se produzca un perjuicio patrimonial cuantificable.

Enfatizamos en que ese perjuicio es absolutamente perceptible, independientemente de que se pueda o no cuantificar el monto de manera exacta. Por ello, es indistinto que el delito se realice por abuso o por infidelidad, pues el daño se efectiviza de manera ostensible cuando se producen estas conductas irregulares.

En este sentido, se ha afirmado que el mero peligro para el patrimonio, en los casos en que el tipo de administración fraudulenta se llevó a cabo por abuso, consume el tipo penal de administración desleal, pues desde ese momento se ha hecho nacer o se ha gestado la posibilidad de perjuicio (D'Alessio, 2013). Así, con esta figura, el perjuicio potencial ha puesto un pie firme en la interpretación del tipo penal tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del derecho comparado (Creus, 1992).

A partir de lo expuesto, entendemos que se configura la conducta típica cuando, en el marco de las contrataciones públicas, el sujeto activo no actúa de acuerdo a sus competencias funcionales, en cuanto está obligado a llevar una elección transparente y un control y seguimiento de las contrataciones en procura de los intereses confiados.

La omisión de practicar convenientemente tales prerrogativas para beneficiarse a sí mismo, a un tercero o a determinados actores privados o grupos económicos aumenta el presupuesto, a la par que incrementa las ganancias privadas. De tal modo, se podría sostener que adjudicar las obras perjudicando los intereses confiados quiebra el deber de fidelidad que la propia función impone, lo que deriva en un perjuicio para los fondos del Estado.

Desde hace tiempo, la jurisprudencia nacional viene sosteniendo que la existencia de perjuicio económico como requisito para tener por configurado el delito de defraudación

por administración fraudulenta se cumple con la violación del deber de respetar un mecanismo legal de contratación –por ejemplo, la licitación pública–, mediante el cual se hubiesen podido obtener precios más ventajosos, por la confrontación de ofertas²⁴¹.

Así, defraudó a la Administración pública el jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se interesó en una licitación pública y favoreció a uno de los oferentes, infringiendo lo previsto por las leyes vigentes (Aboso, 2012).

Concretamente, se ha considerado que se adecua al tipo penal de administración fraudulenta por abuso, agravado por ser en perjuicio de la Administración pública, la adjudicación de una licitación a una empresa determinada, que, sin razón que lo justifique, expresó su voluntad de rescindir el servicio que prestaba, ante lo cual fue beneficiada una unión transitoria de empresas, en contra de lo establecido en el pliego de licitación.

En el caso mencionado, se sostuvo que el proceso licitatorio –llevado a cabo por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires– debe considerarse abusivo cuando, por razones ajenas a las bases de la convocatoria, se alteran arbitrariamente los términos establecidos. Ello, en la medida que los intereses confiados son comunes a todos los que se presentan²⁴².

Obviamente, si además se constatan, por ejemplo, sobrepuestos (mayores montos a los reales de mercado) en los montos de la convocatoria del llamado a licitación o en algunos de sus ítems, también se configurará el tipo penal analizado.

En este sentido, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones²⁴³ confirmó el auto de procesamiento por el delito previsto en el art. 174, inc. 5º, en función del art. 173, inc. 7º del Código Penal, al entender que la titular de una secretaría del Poder Ejecutivo, abusando de su cargo, interfirió la voluntad de la Administración pública en beneficio propio, y perjudicó así el interés público (como consecuencia de los sobrepuestos que el Estado fue determinado a pagar, vio disminuido su patrimonio).

Así también, confirmó el procesamiento de los funcionarios de la Policía Federal que, a través del mecanismo de contratación directa, adjudicaron a sociedades compuestas por personas allegadas la provisión de distintos servicios para la dependencia, a pesar de la

²⁴¹ Conforme Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal, 22/12/1992, causa 23.636, “Sampaulice, J. O.”, entre otros.

²⁴² C.N. Crim.y Correc. Sala IV. “Barbarosch, González Palazzo, Bruzzone”. (Sec.: López), c. 21.540, rta: 17/12/2003.

²⁴³ Del 4 de diciembre del 2003 (publicada en *El Derecho - Revista de Derecho Penal*, tomo 2005, M 75).

existencia evidente de sobreprecios. Se determinó que los imputados manejaron fraudulentamente los fondos públicos a su disposición, y que eran coautores del delito de administración infiel en perjuicio de la Administración pública²⁴⁴:

...los hechos descriptos (...) constituyen una maniobra global del delito de administración infiel en perjuicio de la administración pública (artículos 173 inciso 7° y 174 inciso 5° del Código Penal) (...) Se llega a esa conclusión partiendo del relevo de las circunstancias bajo las cuales se produjeron las contrataciones, las que permiten establecer que los hechos perpetrados por los ex funcionarios de la Policía Federal Argentina, imputados, actuaron bajo una unidad de designio, caracterizada por la voluntad –extraña a sus respectivos deberes– de beneficiar a los miembros de las empresas adjudicadas. Dan cuenta de lo expuesto, las numerosas irregularidades detectadas, tales como las sugestivas reiteraciones de contratistas, los sobreprecios revelados por los estudios periciales, los desdoblamientos de las operaciones, la recurrente ausencia de documentación respaldatoria y la falta de especialización por parte de los beneficiados para cumplir con los servicios pautados...

En el caso Tandanor²⁴⁵ –en el que intervinimos como acusadores–, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, al confirmar la sentencia que condenó a algunos de los imputados por el delito de administración fraudulenta en perjuicio de la Administración pública (art. 174 inc. 5° en función del art. 173 inc. 7° del C.P.), ratificó la decisión que dispuso el decomiso más importante de Argentina en materia de corrupción²⁴⁶, y consignó lo siguiente:

...el tribunal sentenciante estableció que quien en vida fuera A. E. G., en su carácter de Ministro de Defensa de la Nación, y E. A. T., funcionario contratado por el Ministerio de Defensa de la Nación como Asesor de la Intervención, Delegado y representante del Estado Nacional en el 10 % de las acciones de la empresa Talleres Navales Dársena Norte SACIyN –en adelante Tandanor S.A.–, teniendo a su cargo la administración de los bienes del Estado Nacional que componían dicha empresa, y el cuidado de los fondos públicos que resultarían de la venta del 90 % de las acciones de Tandanor S.A., incumpliendo los deberes que se hallaban a su cargo, produjeron un perjuicio patrimonial a las arcas públicas que alcanzó, por lo menos, la suma de U\$S 45.260.094,65, más los intereses correspondientes a los tres primeros años de gracia del contrato, por la suma de U\$S 7.982.550. Este perjuicio patrimonial se derivó de la irregular disposición que efectuaron dichos funcionarios en la venta de acciones que componían a Tandanor S.A. y del fraudulento desapoderamiento de sus bienes, en beneficio patrimonial de empresas integradas –entre otros– por sus consortes de causa A. A. B. y J. A. V., quienes colaboraron con aquellos en la maniobra desplegada. Tal maniobra implicó la comisión de diversas acciones llevadas a cabo por E. G. y por E. T. desde el origen de la licitación pública nacional e internacional efectuada para vender el 90 % de las acciones que poseía el Estado Nacional en Tandanor S.A., durante el desarrollo de este procedimiento y luego de la adjudicación ordenada; conductas que importaron, por su envergadura, un abusivo manejo de los ingresos confiados en perjuicio de las arcas públicas, habiéndose consumado la maniobra defraudatoria el día 2 de enero del año 2001, cuando operó el vencimiento definitivo del último pagaré librado por los compradores de Tandanor S.A (...). ...frente a los elementos de prueba colectados a lo largo del debate oral (...) no

²⁴⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II (CNFedCrimyCorrec), del 26/11/2007. Partes: Giacomino, Roberto Eduardo y otros. Publicado en: LA LEY 2008-B, 112 - Sup. Penal 2008 (febrero), 51, cita *online*: AR/JUR/8685/2007.

²⁴⁵ Cámara Federal de Casación Penal, Sala 4, CFP 9233/1999/TO1/37/CFC5, rta: 21/02/2020.

²⁴⁶ Se restituyó al Estado nacional la Planta I, que había sido desapoderada por los particulares, con una valuación millonaria, teniendo en cuenta el lugar donde se encuentra asentada y que se trata de un predio de más de 8 hectáreas.

alcanza a controvertir válidamente los fundamentos brindados por el tribunal de juicio en la sentencia puesta en crisis para considerarlo partícipe primario del delito de administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública (art. 174 inc. 5° en función del art. 173 inc. 7° del C.P.). Calificación legal que, por lo demás, responde a un adecuado examen de la materialidad ilícita establecida en autos...

Como se observa, si bien en ese caso se detectó un daño económico claro y cuantificable, ese daño es inmensamente mayor, si se tiene en cuenta que la maniobra permitió desapoderar al Estado de dos plantas del astillero más grande de toda Sudamérica –en uso óptimo– y desmantelar una de ellas para venderla a precio vil.

El perjuicio es incommensurable y no solo representa el monto detectado, sino también otras situaciones, como el abandono, el desmantelamiento, la desidia, entre otras acciones que tienen anclaje en el tipo penal, pues todas estas conductas perjudican gravemente a la Administración pública.

Sobre la base de lo expuesto, entendemos que el tipo penal se perfecciona cuando el agente ha obligado indebidamente a la Administración y ha creado la situación abusiva, pues, como venimos sosteniendo, esta acción de por sí genera un menoscabo patrimonial. En el proceso de contratación, el delito se consuma cuando se quiebran los deberes especiales que incumben al funcionario público, dado que estas conductas ponen en riesgo, de manera cierta y concreta, el patrimonio de la Administración.

Por ende, el momento consumativo se producirá en el instante en que se genera la posibilidad real de perjuicio, esto es, cuando se configura el riesgo apto. A modo de ejemplo, el delito se ejecutará cuando se convoque una licitación dirigida en favor de una persona, una empresa o un grupo empresario. Como se vio, los procesos de licitación orientados a un número reducido de participantes, sin promover la verdadera competencia entre empresas oferentes, genera un escenario propicio para que los empresarios maximicen sus ganancias a expensas de los fondos públicos, al definir las condiciones del contrato.

5.3.2.2. Derecho comparado

El delito de administración desleal, que venimos analizando, está contemplado en diversos digestos normativos del mundo. A modo de ejemplo, en Francia, se caracteriza por el quebrantamiento de una relación de confianza (art. 314.1 del CP), lo que permite establecer una distinción entre el abuso de confianza y la estafa. Por su parte, en

Alemania, la administración desleal se encuentra prevista como “infidelidad” en el artículo 266 del StGB y contiene dos supuestos: *i*) el tipo tradicional de abuso, que comprende las infracciones de los poderes acordados, y *ii*) el tipo de infidelidad, que deriva del deber general de cuidar y custodiar intereses patrimoniales ajenos (Righi, 2017).

En España, la reforma de 2010 mejoró las técnicas en la configuración de los preceptos, enderezadas a dar respuesta a la corrupción. Ello, al servicio de una política criminal represiva y de contenido simbólico, que conectase con las demandas internacionales que impulsan una auténtica cruzada punitiva contra la corrupción pública. A su vez, la reforma de 2015 volvió a modificar el estatuto legal de los delitos destinados a combatir la corrupción. Con independencia de la necesidad de algunas de estas modificaciones, se identifica el carácter simbólico de la reforma que, en algunos casos, responde a problemas concretos suscitados por procesos de corrupción que adquirieron gran dimensión mediática (Morales Pratz - Rodríguez Puerta, 2016).

En concreto, la reforma operada por la LO 1/2015 penaliza en su art. 252 del CP a los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno –emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico–, causen perjuicio al patrimonio administrado.

Así, el art. 252 del Código Penal establece:

Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

El legislador introdujo una modificación sustancial en la configuración del delito de administración desleal tradicionalmente tipificado en el art. 295 del Código Penal; a saber: *i*) se prevé como posibles sujetos activos a todos aquellos que administren un patrimonio ajeno; *ii*) se suprime la exigencia relativa a que la conducta se ejecute “en beneficio propio o ajeno”, circunstancia que había sido interpretada por un importante sector de la doctrina, así como por el Tribunal Supremo, como elemento subjetivo específico del injusto, adicional al dolo; *iii*) se amplía la conducta típica, que ahora no solo consistirá en disponer fraudulentamente de bienes o en contraer obligaciones de modo abusivo, sino que comprenderá cualquier acto ejecutado con exceso de las facultades expresamente atribuidas o inherentes al cargo de un modo idóneo para

ocasionar un perjuicio económico; *iv*) se sustituye la expresión “abuso de las funciones propias del cargo” por una expresión menos restrictiva: “exceso en el ejercicio de sus facultades”; *v*) se suprime la exigencia relativa a que la conducta ocasione un “perjuicio económicamente evaluable” por la exigencia de que la acción del sujeto activo ocasione “un perjuicio al patrimonio del administrado” (Casas Hervilla, 2019).

En cuanto al perjuicio en concreto, el Tribunal Supremo español ha elaborado una jurisprudencia muy rica sobre el perjuicio patrimonial, que merece ser atendida y cuyo criterio compartimos.

Se destaca la sentencia del 12 de septiembre de 2019 (Sala de lo Penal, Sección 1)²⁴⁷, en la que se juzgaron las acciones de dos acusados que controlaban varias empresas, todas con objeto social igual o parecido, de las que se servían para concurrir a licitaciones aparentando una concurrencia que no era tal. El Tribunal Supremo sostuvo:

...tomar la decisión de adjudicar un contrato a un determinado empresario evitando la concurrencia de otros licitadores y, en consecuencia, su adjudicación al mejor postor, que no al designado previamente, lleva ínsito (...), la causación de un perjuicio económico a la Administración contratante, en la medida en que con la adjudicación directa se acepta el perjuicio derivado de la no concurrencia de aspirantes que se quiere evitar. Y ello es suficiente para la consumación del delito, independientemente de que no se ha probado que lo que se pagó exceda del precio de mercado que tendría esta obra (...)

(...) adjudicar una sucesión de contratos menores a una determinada empresa porque se sabe que va a subcontratar al hijo del Consejero, lo que en la práctica era tanto como que el acusado estaba contratando a su hijo, y ello para que realice unos trabajos cuya utilidad no es lo que inspira esa contratación, movida por la sola finalidad de darle trabajo, encierra una conducta objetivamente apta para generar perjuicio a la Administración.

Cabe destacar que, en este caso, se mencionan diferentes precedentes que van en línea con lo expuesto respecto del perjuicio. Así, se cita la sentencia del TS 673/2016, del 21 de julio, en la que se recordó lo siguiente:

La jurisprudencia de esta Sala considera el fraude a la administración como un delito tendencial de mera actividad, que en realidad incluye la represión penal de actos meramente preparatorios, ya que no necesita para la consumación, ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial, ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude, sino la simple elaboración concordada del plan criminal, con la finalidad de llevarlo a cabo (STS 884/13, de 18 de noviembre o 391/14, de 8 de mayo).

También se hace alusión al pronunciamiento de la STS 613/2018, del 29 de noviembre, en el que se afirma:

...como hemos recordado en reciente STS 362/2018, de 18 de julio, en cuanto al delito de fraude a la administración la tipicidad exige la connivencia o el uso de un artificio para defraudar a la administración y no es preciso la existencia de un concreto perjuicio, sino su

²⁴⁷ Resolución 402/2019 (Procedimiento: Recurso de casación).

persecución por parte de los funcionarios públicos encargados de un proceso de contratación pública, que se conciertan con el interesado en la actuación administrativa (...) No requiere que el funcionario se haya enriquecido personalmente, ni que la administración correspondiente haya sido sujeto pasivo de una acción que le haya dañado efectivamente su patrimonio. El delito, por el contrario, se consume por el quebrantamiento de los deberes especiales que incumben al funcionario, generando un peligro para el patrimonio de la entidad pública. Se trata de un delito que protege tanto el lícito desempeño en la función pública como el patrimonio público frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar al mismo. En esa tipicidad no se precisa la efectiva realización del perjuicio...

De esta manera, el tribunal destaca que la tipicidad del delito de fraude en perjuicio del Estado se alcanza con la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o con la puesta en marcha de artificios con la finalidad de llevarlo a cabo (SSTS 806/2014, de 23 de diciembre; 797/2015, de 13 de diciembre; y 185/2016, de 4 de marzo).

Finalmente, en el precedente STS 606/2016, del 7 de julio, en el que se dirimió un supuesto en que el funcionario adoptó la decisión de adjudicar directamente un contrato a un empresario determinado (por el procedimiento negociado, sin publicidad o restringido), evitando la concurrencia de otros licitadores, la Audiencia consideró que el fraccionamiento irregular de una obra, servicio o suministro, realizado con el fin de evitar la concurrencia de licitadores siempre implica un perjuicio económico para la Administración contratante.

Igual temperamento adoptó la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sede: Madrid, Sección 2), en la sentencia del 20 de noviembre de 2019²⁴⁸. En este caso, se juzgó la obtención, por parte del acusado D. José María, de la adjudicación directa de la ejecución de tres contratos relativos a la participación de la ciudad de Jerez en Fitur 2004, a la que se le dio una apariencia de legalidad, pues se elaboraron los expedientes administrativos una vez terminada la feria.

La adjudicación se llevó a cabo vulnerando la normativa de contratación pública y sus principios de publicidad, concurrencia, igualdad, objetividad y transparencia, que exigían la tramitación de un concurso público.

Del examen de las sentencias precedentes se concluye que existirá un perjuicio económico para la Administración pública, cuando se realice una adjudicación de un contrato sin pasar por el procedimiento de licitación pública legalmente establecido, o

²⁴⁸ N° de recurso: 5/2016. N° de Resolución: 23/201.

bien cuando se cometan irregularidades en el marco del proceso de licitación, tendientes a favorecer a uno de los oferentes.

Un tema que no podemos dejar de adelantar –y que analizaremos al ocuparnos del delito de malversación– es que el legislador español, con la modificación del año 2015, le ha cambiado el sentido al delito de malversación, a tal punto que se lo considera una administración desleal cometida por un funcionario público.

5.3.3. COHECHO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS

5.3.3.1. Características generales del tipo penal

La figura de cohecho y tráfico de influencias se encuentra ubicada sistemáticamente en el Código Penal argentino entre los delitos que atentan contra la Administración pública o la ponen en peligro (título XI). Estos tipos penales preservan el correcto desempeño de la función pública, comprensiva de la actividad administrativa, judicial y legislativa.

En efecto, existe coincidencia en la doctrina en cuanto a que el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en este título es el correcto y normal funcionamiento de los órganos que componen la Administración pública de los tres poderes que integran la estructura del Estado. El funcionamiento normal, ordenado y legal de los órganos integrantes de la Administración pública puede verse alterado por el ataque de terceros o por la conducta de los propios funcionarios, en comportamientos que son caracterizados como delitos en los distintos tipos contenidos en este título. A veces, el funcionario es sujeto activo; otras veces, sujeto pasivo (Laje Anaya - Gavier, 1996).

Por ello, también debe considerarse objeto de tutela la moralidad y corrección que debe imperar en la Administración pública, que se quiebra cuando un funcionario pretende obtener para sí una suma de dinero pactando la venta de actos de autoridad que debían ser oficiosos y funcionalmente cumplidos.

Hemos visto a lo largo del presente las dificultades serias que tiene el sistema democrático para defenderse de la corrupción. También se ha exhibido que una de las áreas administrativas más proclives a la corrupción dentro de la Administración pública es el ámbito de las contrataciones públicas. En rigor de verdad, es el espacio donde con mayor énfasis se debería preservar la integridad frente a los ataques antidemocráticos.

Mediante estos comportamientos, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado y se daña la garantía de una competencia justa y honesta –problema de importancia, si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales en los diversos sectores sociales—. En la medida en que un gobierno democrático efectúa una distribución del poder entre sus funcionarios, está entregando una llave para ingresar a los fondos públicos, que deben ser cuidados y salvaguardados.

Es muy grave que un agente político maneje la contratación pública para favorecer a alguien indebidamente o para direccionar una contratación de manera arbitraria, como también que un agente solo cumpla su función cuando un ciudadano paga un soborno u ofrece una dádiva.

El delito de cohecho presupone la existencia de un acuerdo previo con un funcionario para que haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones; importa lisa y llanamente la acción de corromper al funcionario, o de intentar hacerlo mediante el pago o la promesa en consideración a una conducta futura. En definitiva, lo que caracteriza al cohecho es el compromiso venal que constituye su contenido (Romero Villanueva, 2010).

A diferencia de otros países, en Argentina, el tipo básico de cohecho no ha sufrido modificaciones desde 1999 (Ley 25.188, BO 1/11/99), lo cual deja en evidencia la apatía y el desinterés de los legisladores por adaptar los tipos penales a los tiempos que corren.

En el artículo 256 del Código Penal, se contempla la figura del cohecho pasivo, que sanciona con penas que oscilan entre uno y seis años e inhabilitación especial perpetua al funcionario que, por sí o por una persona interpuesta, reciba dinero o cualquier otra dádiva, o acepte una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.

En lo que respecta a la estructura del tipo, estamos ante un delito de acción bilateral que, por lo tanto, nos presenta una codelincuencia necesaria, ya que no puede existir cohecho pasivo si no ha existido cohecho activo, es decir, sin que alguien ofrezca o prometa algo con las finalidades mencionadas por la ley. Las acciones objetivamente descritas en el tipo son de dos órdenes: recibir dinero o cualquier otra dádiva o aceptar una promesa. Todas estas acciones se configuran en una actitud pasiva; así, por ejemplo, el funcionario que no se limita a recibir o aceptar, sino que ha requerido, impuesto o procurado el ofrecimiento o la promesa sale de este delito para entrar en el capítulo de las exacciones (Aprile, 2018).

En este sentido, se ha sostenido que incurre en la figura de cohecho el funcionario público que fue contactado por quienes pretendían el salvataje de una empresa y, una vez levantada la quiebra, se interesó –directa e indirectamente– en dejar el camino libre para lograr la obtención de los negocios necesarios –contratación con el Estado–, para ver recuperada su capacidad económica, habiéndose acordado como contraprestación la entrega de acciones de aquella a favor de una sociedad presidida por otro imputado a él vinculado²⁴⁹.

En cuanto al concepto de "dádiva", la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias señalan que la dádiva es una retribución con contenido económico, sin que interese su valor. No obstante, otro sector propugna una interpretación más amplia. Esta comprende cualquier tipo de retribución que sea beneficiosa o que sirva para satisfacer un deseo –puede tratarse de un cargo, un deseo de índole moral y hasta sexual–.

Respecto a esto último, ya hemos dicho que la corrupción de funcionarios no solo debe limitarse a los aspectos económicos, sino también a los niveles de integridad, dignidad y moral. El concepto que hemos ensayado de corrupción engloba situaciones económicas y también otras que pervierten la función o la corrección con la que debe actuar un agente de la Administración pública; por ejemplo, el intercambio de favores.

De ahí que no solo deba comprender, en el concepto de dádiva, el contenido económico, sino también toda otra retribución con entidad suficiente para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a las funciones que le atañen al funcionario público.

Como se anticipó, se trata de un supuesto de codelincuencia. En este artículo, solo se sanciona el comportamiento del funcionario (cohecho pasivo), y, en el artículo 258 del Código Penal, la conducta del particular corruptor que cohecha de manera activa, esto es, que directa o indirectamente da u ofrece dádivas para lograr, por parte del funcionario, algunas de las conductas mencionadas en el párrafo anterior.

Si la dádiva se hiciera o se ofreciera con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en el artículo 256 bis –para ejercer una influencia indebida ante el funcionario– o en el artículo 257 –cohecho por parte de magistrados del Ministerio Público Fiscal y del Poder Judicial–, el mínimo de la pena aumentará a dos años de

²⁴⁹ CNFed. Crim. y Corr., sala I, "A., B. y otros s/ procesamiento y embargo", 19/02/2015, en AR/JUR/968/2015.

reclusión o prisión. Si el culpable fuese funcionario, sufrirá, además, inhabilitación especial de dos a seis años para un caso y de tres a diez años para el otro.

A este capítulo se le incorporaron, por medio de la Ley 27.401 (B.O. 1/12/17), el artículo 258 bis y el artículo 259 bis. Al primero de ellos se lo consideró relevante para combatir la corrupción internacional y para intentar cumplir con los estándares exigidos por la Convención Interamericana contra la Corrupción (Convención OEA), ya que prevé el delito de cohecho de funcionario público en el extranjero. Por su parte, el 259 bis establece que, en los casos previstos en este capítulo, se impondrá conjuntamente una multa de dos a cinco veces el monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada.

Como hemos adelantado, en el ámbito de la contratación pública, existen innumerables oportunidades para que el funcionario y el particular puedan sacar una ventaja indebida. Esta ventaja, por lo general, pasa inadvertida. Se trata de acciones que quedan ocultas, camufladas o sumergidas en la propia burocracia administrativa, tantas veces ineficaz y lenta.

El cohecho es una actividad ilícita bilateral entre el corruptor y el corrupto, que se caracteriza por la clandestinidad, pero que puede vislumbrarse o salir a la luz cuando se concreta la contraprestación acordada por el funcionario público.

Estos efectos visibles (falta de racionalidad en la licitación, direccionamiento, falta de publicidad adecuada, circulares que modifican el objeto del pliego, sobrepregios, ventajas acordadas a ciertas empresas –las elegidas–, ampliaciones infundadas, modificaciones de obras al margen de la ley, extensión de plazos arbitrarios, anticipos financieros, canales preferenciales de pago, etc.) son algunos de los elementos en los que debe profundizarse para probar un probable pacto venal de entrega y recepción de dádivas.

La jurisprudencia ha considerado indicios congruentes con el diseño propio del delito de cohecho pasivo los altos importes dinerarios implicados y la intervención de otras sociedades intermediarias entre empresas españolas y el Estado argentino en la compra de material ferroviario obsoleto, inservible y oneroso²⁵⁰.

²⁵⁰ CNCrim. y Corr. Fed., sala I, “J., R. R. s/ procesamiento, prisión preventiva y embargo”, 23/06/2016, en AR/JUR/44908/2016.

5.3.3.2. Derecho comparado

En España, el capítulo V del título XIX, relativo al delito de cohecho, encabeza el grupo de infracciones delictivas comúnmente denominadas “de corrupción”, que comprende, además de este delito, el de tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, y, en general, los abusos en el ejercicio de la función pública, enderezados a la obtención de un beneficio habitualmente económico. En principio, el elemento aglutinador de las distintas modalidades de cohecho se ubicaba en el deber de probidad que debía presidir la actuación del funcionario. Sin embargo, la *ratio* incriminadora de estas conductas debería cifrarse en el respeto del principio de imparcialidad u objetividad en el desempeño de la actividad pública, como una de las condiciones esenciales para su correcto funcionamiento. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diferentes decisiones –el 22 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 591) y, recientemente, STS de 12 de mayo 2010 (RJ 2010, 478)–. En definitiva, para el legislador español, lo que se configura propiamente como objeto jurídico de tutela en el delito de cohecho es el respeto al principio de imparcialidad, que debe ser entendido como ausencia de interferencias en la adopción de decisiones públicas, que únicamente deben estar guiadas por los fines que legalmente justifican su desempeño (Morales Prats - Rodríguez Puerta, 2016).

Dado que el tipo penal de cohecho constituye una de las figuras delictivas centrales y llevadas a cabo más usualmente por los sujetos activos en el marco de la contratación pública, en España, en los últimos tiempos, ha sufrido modificaciones significativas.

Ciertamente, la Ley Orgánica 5/2010 introdujo cambios en este delito, entre los cuales se destacan una mayor gravedad de las penas, modificaciones en la propia descripción típica de las modalidades delictivas, una ampliación de su ámbito subjetivo y la introducción de un nuevo precepto, para admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁵¹.

Las principales aportaciones de la reforma de 2010, que presenta la regulación del delito de cohecho, se concretan en una nueva sistemática, una delimitación más precisa de la responsabilidad del particular, la inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas, la ampliación del círculo de posibles sujetos activos desde la perspectiva del funcionario

²⁵¹ Para profundizar este análisis se sugiere la lectura de Rodríguez Puerta, María José, “Modificaciones en materia de cohecho (arts. 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426 y 427)”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, dirigido por Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac, 2010, Tirant lo Blanch, ISBN 978-84-9876-884-8, págs. 465-474.

y el incremento cuantitativo y cualitativo de las sanciones con las que se conminan estos ilícitos. El nuevo texto legal distingue cuatro tipos de cohecho: a) el que tiene por objeto un acto contrario a los deberes inherentes al cargo (cohecho propio –art. 419 CP–); b) el que tiene por objeto un acto propio del cargo (cohecho impropio –art. 420 CP–); c) el que persigue la gratificación de un acto ya realizado (cohecho subsiguiente –art. 421 CP–), aplicable tanto a los supuestos dispuestos en el art. 419 como a los previstos en el art. 420 CP; d) el cohecho de facilitación (art. 422 CP) (Morales Prats - Rodríguez Puerta, 2016).

También, en la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo, se volvió a reformar la penalidad de algunos tipos penales –añadiéndose nuevas penas y agravándose en algunos casos–, y se amplió igualmente el ámbito subjetivo del art. 423 CP.

Como resultado de estos últimos cambios legislativos, se han originado también problemas dogmáticos a la hora de aplicar esta figura delictiva, como, por ejemplo, la dinámica concursal entre este delito y otros ilícitos penales concernientes a la corrupción pública (Morales Hernández, 2020). Sin embargo, nos interesa destacar como muy positiva la preocupación del legislador español, que se mantiene atento y expectante a los cambios que deben realizarse para preservar el patrimonio estatal frente a las modalidades que asume la corrupción.

Y se resalta esto porque esa proactividad no es muy usual en los congresistas argentinos, que en la actualidad se encuentran ocupados en menesteres bien alejados de prevenir, combatir y reprimir sinceramente la corrupción.

Volviendo al tema que nos convoca, nos interesa destacar algunas modificaciones significativas. A modo ejemplo, con relación al delito de cohecho pasivo, no solo se ha reformado la configuración de los tipos penales, sino que también se han reducido las modalidades delictivas de cinco a cuatro categorías. En concreto, el cohecho pasivo del art. 419 CP castiga a “...la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar”, mientras que el art. 420 CP sanciona la realización de estas mismas acciones “para realizar un acto propio del cargo”. En la modalidad delictiva del art. 419 CP, se reprime tanto la realización de un acto contrario a los deberes del cargo –esto es, un acto injusto constituido por una acción u

omisión delictiva o no delictiva– como la conducta de no realizar o de retrasar de manera no justificada el acto que debiera practicar (Morales Hernández, 2020).

Para Morales Prats y Rodríguez Puerta (2016), el carácter pluriofensivo de esta modalidad de cohecho lesiona el principio de imparcialidad y pone en peligro otro de los principios sobre los que se cimienta la actividad pública, el de legalidad y la ausencia de arbitrariedad, cuando se trata de la actividad política.

Para los prestigiosos autores y profesores, la conducta típica consiste en solicitar, recibir o aceptar el ofrecimiento o la promesa de dádivas o presentes para la realización, en el ejercicio del cargo, de una acción contraria a los deberes del cargo, una omisión o el retraso de un acto debido. Son varios los elementos que deben analizarse separadamente, aunque entre ellos debe mediar una relación o vínculo. Así, es necesario que la dádiva se solicite, se acepte o se reciba como contraprestación por la realización de un acto contrario a los deberes del cargo, una abstención o retraso injustificado, mediando una relación causal entre la dádiva y el acto del funcionario comprometido u ofrecido.

En segundo lugar, el cohecho pasivo subsiguiente se castiga, en virtud del art. 421 CP, cuando la autoridad o funcionario público reciba o solicite la dádiva, favor o retribución como recompensa por la acción realizada.

En tercer lugar, el art. 422 CP contiene el denominado cohecho de facilitación y castiga a “la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función”. Así pues, este precepto reprime todos aquellos obsequios hechos al funcionario público, “no como premio explícito a un acto anterior correspondiente al cargo, sino en general como forma de captar su favor o para predisponer su ánimo a favor del donante en el ejercicio futuro de su función” (Morales Hernández, 2020).

Por otro lado, el cohecho activo regulado en el artículo 424 CP –que sufrió también una modificación importante en 2010– establece la siguiente sanción penal para el particular que ofrezca o entregue una dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que deba practicar, o en consideración a su cargo o función.

Finalmente, una cuestión sumamente interesante que debe considerarse es que el art. 427 bis del CP posibilita la aplicación de sanciones a personas jurídicas cuando, conforme al art. 31 bis, les pueda ser atribuida responsabilidad penal.

De este modo, se da entrada a otra de las estrategias que desde el ámbito internacional se habían reclamado para prevenir la corrupción. Se trata de corresponsabilizar a las empresas en la tarea de prevenir la corrupción en la Administración pública. Debe tenerse en cuenta que la reforma de 2012 del CP incluyó a los partidos políticos y a los sindicatos en la cláusula de responsabilidad del art. 31 bis. La posterior reforma de 2015 (art. 31 *quinquies*) incluyó también en la esfera de responsabilidad penal de las personas jurídicas a las sociedades mercantiles estatales que ejecutan políticas públicas o que prestan servicios de interés económico general (Morales Prats - Rodríguez Puerta, 2016).

Esta incorporación es muy relevante a los fines de abarcar todos los supuestos y sujetos que, indefectiblemente, pueden estar incurso en estas figuras penales, sobre todo cuando se hace referencia a contrataciones públicas.

Ninguna de las fases del proceso de la licitación ni la ejecución de los contratos hasta su culminación quedan excluidas de estos peligros. Así, durante el llamado a licitación, es posible que, por medio de cohecho, se modifiquen condiciones para beneficiar a alguna empresa determinada u oferente, se emitan circulares para modificar montos o plazos o, por ejemplo, se certifiquen cantidades de cemento mayores a las realmente colocadas en la ruta, o de menor calidad que la comprometida en el contrato.

Todo esto sucede a diario; sin embargo, es difícil de detectar y, muchas veces, es parte de la opacidad con la que actúan los codelincuentes, que es facilitada porque justamente el ámbito contractual es uno de los más expuestos a las corruptelas.

Los contratos de obras públicas ofrecen oportunidades de corrupción durante todo el proceso de licitación y hasta que culmina el contrato. La cantidad de maniobras ilegales desplegadas en los procedimientos de contratación –y su magnitud– hace que sus acciones encuadren en algunos de los tipos penales señalados.

A modo de ejemplo, en la Sentencia 402/19 del Tribunal Supremo español (Sala de lo Penal, Sección 1), del 12 de septiembre de 2019 –en la cual funcionarias de la Administración autonómica de Asturias adjudicaron a un empresario importantes contratos de suministros y de prestación de obras, liberándolo de realizar parcial o

totalmente las prestaciones que exigían las contrataciones adjudicadas, a cambio de que el empresario aportara cuantiosas dádivas y liberalidades a las funcionarias—, se sostuvo lo siguiente:

...el delito de cohecho protege el prestigio y eficacia de la Administración Pública garantizando la probidad e imparcialidad de los funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos. Se trata de (...) asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal (SSTS 1618/2005, de 22 de diciembre; 1076/2006, de 27 de octubre; 186/2012, de 14 de marzo; y 319/2018, de 28-6).

Respecto de los elementos típicos, se dijo:

[La jurisprudencia requiere] 1º El ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo. 2º El recibimiento o aceptación por su parte de dádivas o regalos o su promesa. 3º La realización de un acto o conducta contraria a los correspondientes a su cargo. 4º La conexión causal entre la solicitud o la entrega de esa dádiva o regalo una su promesa y la conducta desarrollada por el funcionario.

Con relación a la consumación del delito, se remitió a la línea jurisprudencial de la Sala (STS 186/2012, de 14-3 y las que en ella se citan: 2.4.2009, 6.6.2008, 8.6.2006, 2.6.2002 y 7.11.2001):

... el delito de cohecho es, al menos en determinados casos, un delito unilateral que se consuma por la mera “solicitud” u “ofrecimiento” de la dádiva “sin que sea necesario para la sanción ni la aceptación de la solicitud ni el abono de la dádiva, ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco evidentemente la condena del que hace o recibe el ofrecimiento, que, en caso de producirse, se sancionaría separadamente su concurso con el cohecho” (STS 776/2001, de 8.5).

En cuanto al perjuicio, se consideró:

...[en] una situación como la reseñada, es claro que no solo resultó claramente perjudicado el patrimonio público, sino que se implantó de facto un sistema de adjudicación de los contratos convenidos con la Administración que afectaba a todo el sistema de la Comunidad Autónoma y no solo al patrimonio de ésta. Pues resulta patente que quedó sustancialmente corrompido el procedimiento de adjudicación de contratos de suministro y de obras en varias Consejerías del Principado, quedando afectada sustancialmente su operativa funcional y los resultados económicos de la Administración autonómica, menoscabando así los bienes jurídicos que tutelan tanto el tipo penal del cohecho (...) Todo ello debido a que la corrupción ha afectado tanto al ámbito de la administración pública como a una parte del tejido social comprendido dentro del ámbito empresarial que contactaba con el funcionariado de la Autonomía para prestar ciertos suministros y obras.

De esta manera, se reafirmó la idea de que la implantación de un sistema de adjudicaciones que se encuentra sustancialmente corrompido por un cúmulo importante de dádivas de cuantía relevante afecta de manera esencial al bien jurídico que tutela el tipo penal del cohecho.

5.3.4. MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

5.3.4.1. Características generales del tipo penal

La malversación de caudales públicos es un tipo penal que también tiende a resguardar la seguridad y la administración legal de los caudales públicos. Se encuentra en el capítulo VII de los delitos contra la Administración pública.

Concretamente, el artículo 260 del Código Penal tipifica la conducta del funcionario que tiene a su cargo la administración de caudales o efectos, y que le da una aplicación diferente a la que estaba destinada o legalmente preestablecida. Por “caudales” no solo deberá entenderse el dinero, sino toda clase de bienes susceptibles de tener valor económico (Laje Anaya - Gavier, 1996).

El sujeto activo de este delito es el funcionario público que tiene a su cargo la administración de caudales o efectos, es decir, que tiene una disposición legítima, aunque no esté en posesión de ellos, cuando esa facultad sea compartida con otros funcionarios. La aplicación diferente debe ser dentro de la Administración, pues, si los caudales o efectos se desvían saliendo de ese marco, el delito ya es peculado por sustracción (Breglia Arias - Gauna, 2007).

En efecto, la diferencia de este tipo penal con el de peculado (artículo 261) es que, en la malversación de caudales públicos, los bienes permanecen dentro de la órbita de la Administración y se les da un destino diferente. En el peculado, los caudales o efectos directamente son sustraídos de la esfera del Estado (párrafo primero), o se utilizan trabajos o servicios pagados por la Administración en beneficio propio o de un tercero (párrafo segundo, conocido como “peculado de trabajos y servicios”).

El verbo “sustraer”, descrito en el primer párrafo del artículo 261 del Código Penal, remite a la idea de que el objeto debe ser separado o apartado de la esfera de la Administración pública en la que legalmente se encuentra. Implica poner el bien fuera del alcance de la custodia en que fue colocado. Es importante tener en cuenta que la sustracción no implica meramente un cambio de destino dentro de la Administración; se exige que el bien sea extraído de ese ámbito (D’Alessio, 2013).

Entonces, la acción típica del peculado consiste en la sustracción, por parte del funcionario público, de los caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le fue confiada en razón de su cargo. Para ser más claros, en los términos propuestos por

la norma, la sustracción consiste en todo acto que importe apartar, separar o extraer los bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la Administración pública en la que legalmente se encuentra (Donna, 2000).

En este sentido, se ha sostenido que la acción típica del delito de malversación de caudales públicos –art. 261, CP– es la de sustraer (en el caso, material bélico del Ejército Argentino que se envió a la Dirección General de Fabricaciones Militares con la excusa de que sería reparado, cuando en realidad fue exportado), lo cual significa extraer o quitar los bienes de la tenencia en la esfera administrativa, en que han sido colocados por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas, sin que resulte necesario que el agente actúe con ánimo de hacer penetrar el bien en su propia esfera de tenencia o en la de un tercero²⁵².

Los tipos penales mencionados son figuras dolosas. No obstante, el legislador contempló su remanente culposo en el artículo 262, al sancionar al funcionario público que, por imprudencia o negligencia o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, dé lugar a que se efectúe por un tercero la sustracción de caudales.

Con la figura de malversación culposa, se sanciona a quien con cuyo accionar da lugar a que un tercero efectúe la sustracción de caudales o efectos que han sido confiados al funcionario en razón de su cargo. Se exige que el sujeto activo haya dejado de cumplir con los resguardos necesarios en los cuidados de estos caudales o efectos. Esto es, que exista un desempeño inadecuado de las labores del funcionario sobre el que pesa una obligación legal. En definitiva, se requiere que, a partir de una conducta negligente, aquel permita o facilite la sustracción por un tercero de caudales públicos cuya custodia le ha sido confiada.

Finalmente, en el artículo 264, se prevé la conducta del funcionario que, teniendo fondos expeditos, es decir, disponibles, demore un pago sin razón justificada. Y, en el segundo párrafo, se tipifica la negativa a entregar la cantidad o los efectos depositados o puestos bajo su custodia o en administración, cuando son requeridos por la autoridad competente.

En cuanto a la aplicación específica del tipo penal de peculado y a los alcances de la figura, es interesante el fallo de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal en el

²⁵² CNFed. Crim. y Correc., sala II, 04/04/2001, Sarlenga, Luis E. y otros, LA LEY 2001-E, 682, AR/JUR/3156/2001.

caso Liporace. Allí, se confirmó la condena a un juez en lo penal-económico por este delito²⁵³.

En el juicio oral –en el que representamos al Ministerio Público Fiscal–, al exjuez y al dueño de una empresa se les atribuyó, respectivamente, haber orquestado la maniobra y haber participado en ella –consistente en sustraer a la AFIP-DGI la suma embargada de \$ 8.544.050,73–.

Lo interesante de la decisión es que se dejó sentado que el delito de peculado se consuma con la acción del funcionario público de darles a los caudales o efectos un destino distinto al que tenían asignado. Y en esto radica la esencia del delito; el propósito es poner orden en la burocracia estatal y quitarle la posibilidad de que decida sobre los bienes del Estado.

En particular, en el voto del Dr. Borinsky, se ponderó:

La cronología de los hechos válidamente acreditados en autos, debidamente contextualizados (...) revela que G. L. Y. y el ex juez C. A. L. actuaron de consuno y con el común propósito final de sustraer los fondos (\$ 8.544.050,73) de la administración pública (AFIP-DGI). Sustracción que (...), se concretó con el cobro por parte de Y. del cheque librado por el ex juez L. con relación a los fondos en cuestión.

Por su parte, el Dr. David, juez preopinante, consideró:

He sostenido al resolver la causa n° 13.621 del registro de la Sala II de esta Cámara, caratulada “Gutiérrez, Andrea Verónica” que la acción típica del peculado consiste en la sustracción por parte del funcionario público de los caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le fue confiada por razón de su cargo (...) ha quedado en claro que ambos imputados conocían el carácter público de los fondos que se encontraban embargados dentro de la órbita de custodia de Liporace en su calidad de funcionario público...²⁵⁴.

En el plano internacional, en la Sentencia 402/19 del Tribunal Supremo Español (Sala de lo Penal, Sección 1), del 12 de septiembre de 2019, el tribunal se expidió respecto de un contrato que se adjudicó a un empresario, evitando la concurrencia de otros licitadores, antes de la modificación de la ley del mes de marzo de 2015. En concreto, acerca del bien jurídico protegido, dijo:

La jurisprudencia tradicionalmente viene admitiendo (SSTS 238/2000, de 17 de marzo; 228/2013, de 22 de marzo; y 613/2018, de 29 de noviembre) la naturaleza pluriofensiva del delito de malversación, manifestada, de un lado, en el aspecto de la infidelidad del funcionario público que se plasma en la violación del deber jurídico de cuidado y custodia de los bienes que tiene a su cargo, con vulneración de la fe pública o la confianza en la correcta actuación administrativa, y de otra parte, en una dimensión patrimonial en cuanto atenta contra los intereses económicos del ente público o contra la Hacienda Pública...

²⁵³ Cámara Federal de Casación Penal - Sala 4 CFP 9753/2004/TO1/2/CFC2, rta. el 18 de marzo de 2016.

²⁵⁴ Esta sentencia adquirió firmeza el 29 de abril de 2021, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisibles los recursos extraordinarios de las defensas (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

También se remitió a diferentes precedentes (SSTS 1074/2004, de 18-1; y 1051/2013, de 26-9) en los que el tribunal se había referido a sus elementos típicos, a saber:

a) La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el CP, bastando a los efectos penales con la participación legítima en una función pública. b) Una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales o efectos (...) c) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos (...), d) Sustrayendo –o consintiendo que otro sustraiga–, lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo. Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales. e) Ánimo de lucro propio o de tercero a quien se desvía el beneficio lucrativo.

Otro caso interesante de nuestro medio es el de “Gostanian”²⁵⁵, ya citado, en el que también intervinimos como fiscales de juicio. Se trata de una contratación pública realizada de manera ilegal, que ocasionó un perjuicio grave al erario. En ese precedente, la Sala IV de la Cámara de Casación Penal, al confirmar la sentencia condenatoria del tribunal oral, aplicó el tipo penal del artículo 261 del Código Penal. Allí, los magistrados sostuvieron:

K. y Ch., como integrantes del Directorio de la Casa de la Moneda, aprobaron y dispusieron compras de distintos insumos a AZ, acordando un sobreprecio que, una vez transferido a la empresa alemana, simulando ser parte del precio total por el bien adquirido, debía girarse al patrimonio personal de los funcionarios. Para ello contaron con la colaboración de M., representante de AZ en Argentina, con quien negociaron los pormenores de los sobreprecios y cómo debían ser integrados al patrimonio de cada uno de los nombrados.

Luego de despejar toda duda respecto al modo en que se desplegó la maniobra ilícita, coincidieron en la calificación legal asignada por el tribunal oral a los hechos. En concreto, consideraron “probada la existencia de sobreprecios y su depósito en la cuenta bancaria de AZ, (...) dichos caudales públicos fueron apartados de las arcas de la Casa de la Moneda, constituyéndose ese instante en el momento mismo de consumación del delito...”.

En cuanto al aspecto subjetivo de la figura, se afirmó:

...no caben dudas respecto a que los imputados conocían el carácter público de los caudales sustraídos, justamente porque los mismos se encontraban sujetos a su administración y disposición en razón del cargo que desempeñaban, y que direccionaron su accionar al apartar los bienes del ámbito administrativo, abusando, así, de la confianza en ellos depositada...

Con respecto al posible concurso o a otras calificaciones propugnadas por las defensas –por ejemplo, la defraudación en perjuicio de la Administración pública, que establece una pena menor–, se sostuvo:

²⁵⁵ Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, c. nro. CFP 3116/2006/TO1/CFC1, caratulada “Gostanian, Armando y otros s/ recurso de casación”, rta: 06/04/2017.

... coincido con el a quo en que queda descartada por la mayor especificidad del peculado para el caso en trato. He sostenido al resolver in re: “Borsellino, Luis Alberto s/ recurso de casación” (causa n° 15.960, reg. n° 1150/14, rta. el 23 de junio de 2014, entre otras), que existe concurso de leyes o concurso aparente cuando uno o varios hechos son incluibles en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un bis in ídem (...) En el caso bajo examen, se verifica un concurso aparente de leyes por aplicación del principio de especialidad, en virtud del cual la defraudación en perjuicio de la administración pública queda absorbida por el peculado.

En la sentencia, se deja en claro que el peculado tiene mayor especificidad que el delito de administración fraudulenta, pues el primero limita la conducta típica con la acción de sustraer de la Administración pública los caudales o efectos confiados. A su vez, el tipo penal del art. 174, inc. 5°, en función de lo prescripto por el art. 173, inc. 7°, es más amplio, en cuanto castiga cualquier conducta que importe un abuso en la administración de los bienes confiados.

Esta misma línea ha seguido el Tribunal Supremo Español N° 673/2016, del 21 de julio, sobre los hechos ocurridos antes de la reforma del mes de marzo de 2015:

[Se considera el] fraude a la administración como un delito tendencial de mera actividad, que en realidad incluye la represión penal de actos meramente preparatorios, ya que no necesita para la consumación, ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial, ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude, sino la simple elaboración concordada del plan criminal, con la finalidad de llevarlo a cabo (STS 884/13, de 18 de noviembre o 391/14, de 8 de mayo); razón por la que (...) se ha considerado (...) que la relación de este tipo penal y el de malversación (que consiste en sustraer o consentir que otro sustraiga los caudales públicos) es de progresión cuantitativa, de modo que el delito de fraude es un delito que se ubica en un estadio previo al de la malversación de caudales públicos, debiendo excluirse la aplicación de aquel cuando la defraudación se materializa (STS 841/13, de 18 noviembre y 394/2014, de 7 de mayo).

Por su parte, D’Alessio (2007) expone el voto de uno de los vocales de la Cámara Criminal y Correccional de Río Tercero, que consideró que el delito de malversación de caudales públicos desplaza a la figura de administración fraudulenta agravada. En concreto, allí se sostuvo que comete el delito de malversación de caudales públicos –que desplaza la figura de la administración fraudulenta agravada– aquel intendente que, con la intervención secundaria de otros funcionarios públicos, utilizó fondos públicos para atender a su defensa técnica, pues ese trabajo o servicio no se encontraba vinculado al funcionario en razón de su cargo, de manera que este pudiera cambiar su destino público por uno privado, en beneficio propio o de un tercero. Por ende, el intendente sustrajo el dinero con el cual pagó a su abogado, sacándolo del ámbito de custodia de la Administración²⁵⁶.

²⁵⁶ Cám. Apel. Crim. y Corro Río Tercero, 10/12/01, "Díaz de Pomares, Nora y otros", LLC, 2001-660; LLC, 2002-399.

De este fallo surgen dos temas sumamente interesantes. El primero tiene que ver con el posible concurso entre ambas figuras, pues, si nos atenemos a la acción típica básica del delito de peculado, que consiste en la sustracción de caudales o efectos públicos que el funcionario tiene a su cargo en razón de sus funciones y que se materializa al separar o apartar los bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la Administración pública²⁵⁷, dada su mayor especificidad, parecería que prevalece la figura del peculado frente a la defraudación en perjuicio de la Administración pública. Así, cuando se comprueba la sustracción de los caudales, el tipo aplicable sería el de peculado, por ser más específico.

La otra cuestión que surge de la lectura del fallo es si la acción de abonar honorarios con el presupuesto de la Administración a abogados que defienden a autoridades municipales, provinciales o nacionales, a quienes se atribuye la comisión de hechos de naturaleza delictiva en la función, puede constituir el delito de malversación de caudales públicos.

Acá se presenta un caso, al menos paradójico, en el cual la Administración, por un lado, es la perjudicada u ofendida del delito, pero, a la vez, abona los honorarios de los abogados que defienden a quien resultó imputado de esa acción.

Analizaremos esta última cuestión en el próximo acápite, y nos valdremos de lo que la doctrina comparada ha sostenido al respecto.

5.3.4.2. Derecho comparado

Sobre la problemática acerca del régimen legal del abono con cargo a caudales públicos de las minutas de abogados que asumieron la defensa de autoridades políticas locales, y las posibles implicancias o responsabilidades criminales, se recomienda la lectura del trabajo realizado por el doctor, profesor y fiscal español Jordi Casas Hervilla (2019), titulado *Malversación y blanqueo en la contratación pública de abogados defensores*, pues aborda de manera exhaustiva el tema que nos ocupa (normativa vigente, citas bibliográficas y jurisprudencia adecuada).

En concreto, el autor, dejando a un lado los supuestos en que los servicios convenidos resultasen ficticios, o en que el precio pactado fuese manifiestamente desproporcionado en perjuicio del erario (casos en que, sin duda, existiría malversación de caudales

²⁵⁷ CNCrim. y Correc., sala IV, 28/12/2006, Martínez, Liliana B. y otros, c. 33.155.

públicos), consideró que en aquellos otros supuestos en que el servicio sí fuera efectivamente prestado, y el precio pactado obedeciera a un precio de mercado, la posible subsunción en la modalidad típica de malversación de caudales públicos, sancionada por el art. 432.1 CP español, debiera hacerse depender del momento en que los hechos hubieran sido ejecutados.

Sus explicaciones son de utilidad, por un lado, para comprender las modificaciones que se produjeron al tipo penal de malversación de caudales públicos a partir de 2015, y, por el otro, para mostrar una posición fundada sobre el tema que se analiza.

Según su opinión, la respuesta a este interrogante deberá ser diferente en función de que nos encontremos ante hechos cometidos con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal español introducida por LO 1/2015, de 30 de marzo.

De manera gráfica, explica que el artículo 432.1 del Código Penal, en su redacción anterior a la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, rezaba:

La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

En este caso, a su criterio, si la adjudicación del contrato de defensa letrada se hubiera producido por un precio adecuado al mercado, no cabría hablar de sustracción de caudales, en virtud de que el término “sustracción” empleado por el art. 432.1 CP fue interpretado de modo unánime y pacífico por la doctrina y la jurisprudencia españolas como equivalente a “apropiación”. Resulta evidente, por lo demás, que el funcionario público que tenía bajo su custodia los caudales no podía sustraer, en el sentido gramatical del término, aquellos bienes cuya recta gestión y salvaguarda le habían sido confiados (Casas Hervilla, 2019).

Distinta solución cabría alcanzar con la redacción actualmente vigente del art. 432.1 del Código Penal, introducida por la Ley Orgánica 1/2015, según la cual “la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años...”.

Por su parte, el artículo 252 del Código Penal español, prevé:

Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas

por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

Como ya hemos adelantado al analizar el tipo de administración desleal, el legislador español introdujo un cambio sustancial en la configuración del delito de administración desleal, tradicionalmente tipificado en el art. 295 del Código Penal²⁵⁸.

Para el autor, de acuerdo a la nueva redacción, la adjudicación de un contrato administrativo de prestación de servicios de asistencia jurídica podría llegar a ser calificada como malversación de caudales públicos, en aquellos casos en que, además de la infracción de los trámites procedimentales, resulte acreditado que la cantidad satisfecha resultó excesiva. Y ello, aun cuando la autoridad o funcionario público tuviera derecho al abono de los honorarios devengados para su defensa, por haber resultado acreditado que no ejecutó los hechos con la relevancia criminal que se le atribuyeron, o que aquellos no resultaban penalmente típicos.

Agrega que la adjudicación directa de un contrato en los términos relatados resultará a todas luces una actuación administrativa desarrollada con evidente exceso de las facultades atribuidas a la autoridad adjudicadora, pues, por lo general, no solo vulnerará las previsiones legales en materia de contratación, sino también la normativa en materia de Haciendas locales, siendo lógico pensar que el gasto en materia de honorarios de los abogados defensores aparecerá como un gasto no contemplado en los presupuestos municipales anuales (Casas Hervilla, 2019).

Como se dijo, las explicaciones brindadas sirven para clarificar el interrogante planteado al inicio de este apartado, pero también para avizorar que, en la actualidad, el tipo de malversación de caudales públicos en España prácticamente ha vaciado de contenido al delito de administración desleal de funcionarios, pues la malversación constituye un supuesto de administración desleal.

²⁵⁸ Entre ellas, el autor destaca lo siguiente: a) se produce una ampliación subjetiva del tipo, en cuanto que, mientras el anterior art. 295 CP limitaba el ámbito de los sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho de las sociedades constituidas o en formación, el actual art. 252 CP prevé como posibles sujetos activos a todos aquellos que administren un patrimonio ajeno; b) se suprime la exigencia relativa a que la conducta se ejecute “en beneficio propio o ajeno”, circunstancia que había interpretado un importante sector de la doctrina, así como el Tribunal Supremo, como específico elemento subjetivo del injusto adicional al dolo; c) se amplía la conducta típica, que ahora no solo consistirá en disponer fraudulentamente de bienes o contraer obligaciones de modo abusivo, sino que comprenderá cualquier acto ejecutado con exceso de las facultades expresamente atribuidas o inherentes al cargo de un modo idóneo para ocasionar un perjuicio económico; d) en consonancia con lo anterior, se sustituye la expresión “abuso de las funciones propias del cargo” por una expresión menos restrictiva: “exceso en el ejercicio de sus facultades”; e) se suprime la exigencia relativa a que la conducta ocasione un “perjuicio económicamente evaluable” por la exigencia de que la acción del sujeto activo ocasione un “perjuicio al patrimonio del administrado”.

Al parecer, tal como está descrito el tipo penal, y siguiendo tanto los postulados del autor citado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no se requiere la producción de un perjuicio concreto, sino tan solo el ejercicio abusivo y la posibilidad de producir un daño al erario. No obstante, esta posición no es pacífica, pues hay autores que sostienen una visión patrimonialista, según la cual, para la configuración del tipo penal, se requiere la constatación de un perjuicio concreto.

Entre los autores que se enrolan en este pensamiento se encuentra Quintero Olivares (2016), para quien, a partir de 2015, el legislador español ha dislocado el sentido del delito de malversación.

En la actualidad, el delito de malversación no es otra cosa que la administración desleal cometida por un funcionario público. La explicación de esta reforma es que la malversación constituye, en realidad, una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida a supuestos de sustracción de los fondos públicos, y, en mucho menor medida, a la posible desviación del destino de aquellos. Para el autor, la reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo, se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público.

El autor augura que el dislate que supone remitir la descripción de un delito contra la función pública a la de un delito patrimonial tendrá consecuencias previsibles. Esto se debe a que, hasta el presente, la malversación ofrecía tres modalidades típicas: *i*) sustracción con incorporación al propio patrimonio; *ii*) aplicación a usos ajenos a la función pública, pero sin ánimo de apropiación, y *iii*) aplicación privada con perjuicio para la cosa pública. La remisión a las modalidades de administración desleal y de apropiación indebida da lugar a que ahora habrá dos modalidades de malversación: apropiación de bienes públicos y administración desleal del patrimonio público.

Entonces, inevitablemente, algunas conductas que hasta julio de 2015 eran punibles dejan de serlo. Por supuesto que no se plantean problemas con la modalidad básica de sustracción directa con incorporación al propio patrimonio, pues esa acción fácilmente puede encajarse en la tipicidad de la apropiación indebida. Pero esa claridad desaparece cuando se examinan las posibilidades de aplicar la disciplina de la administración desleal

–que, además, como se recordará, ha cambiado su tipicidad con esta reforma, que suprimió el antiguo delito de administración fraudulenta– (Quintero Olivares, 2016).

Otro tema que debe considerarse es que, en España, la nueva redacción del delito de malversación (artículo 432 del Código Penal) castiga la gestión desleal del patrimonio público, sin exigir que dicha conducta persiga un enriquecimiento por parte del autor. Por ello, no se trata solo de evitar la corrupción del funcionario o del cargo público, sino de exigir una gestión pública que se lleve a cabo con objetividad y que actúe conforme a los principios de eficacia, con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Es decir, se busca que el funcionario tenga una conducta íntegra (Jareño Leal, 2017).

5.3.5. NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS

5.3.5.1. Consideraciones generales

A continuación, nos ocuparemos de analizar el contenido del tipo penal del artículo 265 del Código Penal: el delito conocido como negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas.

Esta también es una de las figuras que pueden aplicarse para casos de contrataciones públicas irregulares, al prever una pena de “reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo”.

El fundamento de este tipo penal es la preocupación que provoca que los funcionarios públicos que poseen información privilegiada en materia de contratación pública, en razón del cargo que ostentan y de su posición de garantía, se interesen en beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en la que intervengan.

En Argentina, se ha sostenido casi uniformemente que este delito tutela el interés de la colectividad en la imparcialidad de la Administración pública y en el prestigio de los funcionarios. Se pretende el desempeño fiel y debido de las funciones de la Administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no solo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a salvo de toda sospecha de parcialidad. Es decir, ante todo, se protege la transparencia de los actos administrativos.

Según la doctrina nacional, este delito se ha aplicado de modo sumamente restringido y ha alcanzado solo al caso del funcionario que contrata para sí, con la Administración, en un negocio jurídico en el que él mismo interviene (Sancinetti, 1986).

No obstante, si analizamos la estructura típica del artículo 265 del Código Penal, la norma no se circunscribe solo a situaciones en las que el funcionario contrata para sí, sino que es más amplia, pues castiga al funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese, con miras a un beneficio propio o de un tercero, por cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Es decir, se penaliza la conducta por el mero interés; de ahí que se considere un delito de peligro, representado por el hecho de que los órganos administrativos actúan de modo parcial, insertando intereses particulares en la función que desempeñan. Estas acciones dañan la imagen y el prestigio de la Administración pública.

A estos intereses (imparcialidad y prestigio) se hace referencia cuando se afirma que lo que se tutela es el desempeño fiel y debido de las funciones de la Administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no solo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad. Interesarse significa intervenir como parte, lo cual no implica simplemente ser parcial, sino que exige volcar sobre el negocio una pretensión de parte no administrativa (D'Alessio, 2013).

Este interés se ajusta a lo que establece el artículo VI, inc. 1, punto c de la Convención Interamericana contra la Corrupción, en cuanto define como un acto de corrupción la realización, por parte de un funcionario público o de alguien que ejerza funciones públicas, de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero (Hegglin, 2000).

Lo característico del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas es la confusión de intereses públicos y privados en el examen de las conductas de los funcionarios, pues estos desdoblán su personalidad y, a la par que representan al Estado, actúan con algún interés. Es decir, se cuestiona la parcialidad frente a una contratación pública, ya que requiere el máximo de ecuanimidad y rectitud.

Es fácil observar la infracción de este tipo penal cuando la adjudicación de un contrato público se efectúa con una resolución formalmente adaptada a la legalidad, pero esconde

detrás un pacto entre el funcionario y el particular, por razones de amistad o por cualquier otro interés personal, alejado del que debería guardar.

De la lógica hermenéutica del tipo penal y su amplitud, dejamos establecido que, en esta figura, no solo debiera quedar atrapada la adjudicación de un contrato a una empresa de la que el funcionario es parte, sino también el mero interés del funcionario en un procedimiento de licitación pública, con el fin de favorecer a una empresa determinada para que resulte adjudicataria.

Al respecto, se ha afirmado que incurre en el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, previsto en el art. 265 del Código Penal, el representante de una empresa estatal que propuso la contratación directa de una empresa privada, que fue aprobada en forma discrecional, a pesar de que los montos involucrados en la operatoria tornaban indispensable la implementación de un procedimiento licitatorio. La configuración del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública no exige que el funcionario público contrate consigo mismo, sino que basta con que vuelque en el negocio un interés ajeno al de la Administración pública²⁵⁹.

Un precedente de relevancia es un caso que involucra a la firma Odebrecht –empresa ya mencionada– en la Argentina, en el que se dispuso el procesamiento del exministro de Planificación Federal J. M. de V., el exsecretario de Energía D. C. y los exsubsecretarios de Energía Eléctrica y de Combustibles B. M. y C. A. F., por el delito de negociaciones incompatibles con la función pública, previsto en el art. 265 del Código Penal²⁶⁰.

En la resolución, se sostuvo que los funcionarios realizaron una serie de actos tendientes a favorecer a la constructora de Norberto Odebrecht, para que esta resultara adjudicataria de los contratos para la construcción de la obra denominada Ampliación Gasoductos TGS y TGN –obras 2006/2008–, contratos que debía negociar libremente la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico SA (CAMMESA). En cambio, estos se acordaron bajo el condicionamiento establecido a través de las acciones singulares y conjuntas de los funcionarios de esa cartera ministerial.

²⁵⁹ CNFed.Crim. y Corr. Sala I, 1/3/06, “Bastos, Carlos M. y otros”, LL, 2006-D-166, Lexis, N° 1/70024574-1 y 1/70024574-2.

²⁶⁰ Juzgado Criminal y Correccional Federal 3 CFP 13404/2007, rta. 28 de marzo de 2018.

En la causa se expuso que todo el proceso licitatorio habría estado enderezado, desde un principio, a la adjudicación del negocio a Odebrecht. En concreto, el magistrado interviniente sostuvo:

...[el] delito de negociación incompatible con la función pública ocupa un lugar destacado en la lucha contra la corrupción administrativa al punto tal que ha sido identificado como una figura residual por ser utilizado frente a las dificultades probatorias que se evidencian en relación con otros delitos contra la Administración pública.

(...) No hay margen de duda entonces del rol esencial que tenía el Ministro D. V. en relación a los procedimientos irregulares investigados y de su responsabilidad respecto de la protección del normal desenvolvimiento de la voluntad negocial de la Administración que se vio interferida por tales irregularidades (...), el imputado se encontraba en posición de garante frente a los bienes jurídicos tutelados y obligado a preservarlos a través de un quehacer activo consistente en el cabal cumplimiento de las funciones de su competencia, asignadas por el decreto PEN n° 180/04 el cual exigía, por ejemplo, procedimientos de operatoria transparentes –art. 2–...

El caso sirve de disparador para preguntarnos si la intervención de los particulares en la maniobra podría ser objeto de algún reproche penal.

Como se sabe, el tipo penal analizado es un delito especial propio cuyo sujeto activo solo puede ser un funcionario público (elemento normativo del tipo objetivo). Es decir, según el artículo 77, párrafo 3° del Código Penal, una persona que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por el nombramiento de una autoridad competente (Sgro, 2017). La circunstancia de que el autor deba revestir el carácter de funcionario público no es óbice para que otros sujetos (por ejemplo, los integrantes de la empresa beneficiada) puedan haber tenido un rol dirimente en el hecho.

Dado que el particular no reúne la calidad especial del tipo penal –esto es, funcionario público–, cuando la contribución al hecho es de una entidad tal que el delito no podría haberse cometido de otro modo, o cuando se establece que ha colaborado de alguna otra forma, nada impide que se analice el accionar de los particulares como partícipes primarios o secundarios del delito (arts. 45 y 46 del Código Penal).

Concretamente, en relación con los delitos especiales, se designa como *intraneus* a quien tiene las características específicas requeridas (funcionario público) y como *extraneus* al que carece de ellas (el particular).

En estos supuestos, la problemática principal reside en la utilización de un *extraneus* que obra con dolo, por parte de un *intraneus*, supuesto en que el último incurriría en autoría mediata, y el ejecutor –que realiza la conducta en forma directa–, en una participación.

La doctrina ha sostenido que, en los delitos especiales en sentido estricto (aquellos en los que el círculo de autores está establecido en la ley), como la conducta implica una infracción a un deber jurídico específico, es imposible la autoría del *extraneus*, aunque este sí puede ser partícipe, en tanto el autor cumpla con los requisitos legales; y que, en los delitos especiales en sentido amplio (que pueden ser cometidos por cualquier persona, pero que se castigan más severamente si los autores están incluidos en cierta categoría), rigen las reglas generales de autoría y participación, pues el tipo básico admite cualquier autor (D' Alessio, 2005).

Bacigalupo (1999), al hacer referencia a los delitos de infracción de deber, explica que en doctrina se postula la admisión de la autoría mediata del *intraeus*. Para explicar esta posición, toma como ejemplo el caso de la administración desleal, en el que el administrador (sujeto especial) aconseja a un tercero para que este obtenga una ventaja patrimonial, causando un perjuicio antijurídico al patrimonio del administrado. Sin embargo, a su criterio, recurrir en este supuesto a la autoría mediata es innecesario, y esto es así porque “el que infringe el deber especial que la incumbe induciendo a otro a producir el daño ya es autor (directo o inmediato), dado que el deber lo infringe al poner en marcha el suceso que producirá el daño patrimonial”.

Más allá de esta discusión doctrinaria, para fijar una posición en el tema, pretendemos mostrar que, en los delitos especiales propios, el particular que tiene una intervención palpable en el hecho es pasible de ser considerado como partícipe (primario o secundario) del delito.

En tal sentido, la jurisprudencia ha sostenido:

Resulta necesario diferenciar al partícipe del funcionario, por un lado, de los beneficiarios de su conducta ilícita, por el otro, por cuanto el legislador al redactar el tipo penal denominado como “negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas” (...) no previó castigo para los últimos. Así vistas las cosas, el o los terceros co-contratantes con la administración pública no son en principio punibles cuando ninguna injerencia indebida tuvieron para que el negocio se lleve a cabo. Imputar a una persona, distinta del funcionario, haber intervenido como partícipe necesario (...), requiere que esa persona haya contribuido necesariamente en la desviación del interés público en provecho de un beneficio particular del funcionario o de un tercero...²⁶¹.

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo Español, en la sentencia 8670/99, del 21/12/99, sostuvo lo siguiente en cuanto al delito especial propio de prevaricación:

²⁶¹ CCCF, Sala I, 7/9/11, causa N° 44.829, reg. N° 734 (citado por Sgro, 2017).

...admite la participación en calidad de cooperación necesaria, tanto por parte del "extraneus" no funcionario, como del funcionario que participa en el proceso dirigido a la adopción de una resolución injusta con una intervención administrativa previa, no decisoria pero sí decisiva, supuesto que en ocasiones se ha calificado de coautoría sucesiva (S.T.S. 16 de mayo de 1992). Constituye cooperación necesaria la colaboración de quien interviene en el proceso de ejecución del delito con una aportación operativamente indispensable, conforme a la dinámica objetiva del hecho delictivo. En el supuesto actual ha de estimarse que conforme a la dinámica de la actividad delictiva prevaricadora del ex Director General de la Guardia Civil (...) en el proceso de previo concierto con determinadas Compañías Constructoras para asegurarles la adjudicación de determinadas obras previo pago de millonarias comisiones, la voluntaria colaboración del acusado, accediendo a transformar los expedientes de adjudicación de obras de los que era responsable "en una mera cobertura de una decisión ya adoptada de antemano", tal y como se expresa en el relato fáctico de la sentencia de instancia, constituía una aportación indispensable, una ayuda operativamente insustituible, es decir una actuación sin la cual el delito no podría haberse efectuado, lo que configura dicha conducta, desde el punto de vista objetivo, como cooperación necesaria en el delito continuado de prevaricación cometido por el autor principal...

De allí que en cada caso será necesario examinar, de acuerdo a las pruebas recolectadas, qué tipo de intervención le cupo al particular en los hechos, ya que es posible que la contribución al hecho sea de una entidad tal que permita postular una participación en los términos de los artículos 45 o 46 del Código Penal.

Realizada esta aclaración, y regresando al tema en cuestión, otra decisión jurisprudencial significativa en Argentina, respecto del delito de negociaciones incompatibles con la función pública, fue la condena firme del expresidente de la nación Amado Boudou en el caso Ciccone.

En ese precedente, los integrantes de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal tuvieron por acreditada la maniobra juzgada: N. T. C. entregó su empresa Ciccone Calcográfica SA al grupo liderado por Amado Boudou, tras comprometerse a volver operativa la citada empresa, para que pudiera contratar con el Estado nacional y para que, así, pudiera obtener réditos económicos jugosos.

Se estableció que Amado Boudou, como se hallaba impedido de efectuar negociaciones en beneficio propio y en perjuicio de los intereses de la nación, se valió de su amigo personal J. M. N. C. –quien dirigía la actuación de A. P. V.–, utilizando empresas fantasmas y operaciones simuladas que dificultaban rastrear a los verdaderos titulares del negocio y entender el alcance real del acuerdo.

Una vez en el control de la firma, el grupo liderado por el exvicepresidente de la nación manipuló, en provecho personal, por lo menos tres organismos del Estado –la Casa de

Moneda SE, la AFIP y la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia–, para que beneficiaran indebidamente a Ciccone Calcográfica SA²⁶².

Puntualmente, en la sentencia se dejó establecido lo siguiente:

El Tribunal tuvo por fehacientemente acreditado que “(...) Nicolás Tadeo Ciccone por una parte, y Amado Boudou, José María Núñez Carmona, Alejandro Paul Vandenbroele, César Guido Forcieri y Rafael Resnick Brenner, por otra y conformando un grupo delictivo, convergieron –cada uno desde los distintos roles (...)– en la perpetración de un emprendimiento criminal complejo, ideado, planificado y ejecutado en derredor de la firma 'Ciccone Calcográfica S.A.'. Este emprendimiento delictivo se incardinó hacia dos objetivos centrales: rescatar ilícitamente a la empresa 'Ciccone Calcográfica S.A.' de su quiebra declarada judicialmente; y rehabilitarla para que pueda retomar sus vínculos contractuales con el Estado Nacional...”.

En cuanto a la característica esencial de la ejecución de este plan delictivo, se sostuvo:

...que uno de sus autores principales, Amado Boudou, debía permanecer oculto porque por su condición de funcionario público de alto rango, le estaba vedado interferir en este tipo de negocios y manipular las instituciones de la Nación en beneficio propio y en claro perjuicio del Estado, cuyos intereses debía velar...

Cabe señalar que, el 3 de diciembre de 2020, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó de manera unánime el recurso extraordinario de la defensa, invocando el artículo 280 del Código Civil y Comercial. Así, confirmó la sentencia que condenó al exvicepresidente de la nación a la pena de 5 y 10 meses de prisión, por los delitos de cohecho y negociaciones incompatibles con la función pública. Este es un fallo histórico en materia de corrupción en Argentina, teniendo en cuenta el cargo que Boudou ostentaba en el momento en que ocurrieron los hechos.

5.3.5.2. Derecho comparado

En España, dentro del capítulo VIII, “De los fraudes y exacciones ilegales”, existe una figura penal específica vinculada con la acción del funcionario público que interviene en una contratación pública y se concierta con los interesados para defraudar.

En concreto, el artículo 436 del Código Penal prevé:

La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de

²⁶²<https://www.cij.gov.ar/nota-35201> (consultada el 8 de abril de 2021).

inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años.

Como se observa, este tipo penal tiene estrecha vinculación con el tema que venimos desarrollando, pues hace referencia al funcionario que debe intervenir en cualquiera de las fases del procedimiento de contratación pública y respecto de los contratos que celebre la Administración pública.

La doctrina especializada en el tema afirma que no consiste en una sustracción directa o indirecta de caudales o efectos públicos, sino en la realización de acciones defraudatorias que ponen en peligro el patrimonio público. Por ello, los profesores Morales Prats y Rodríguez Puerta (2016) exponen que se trataría de una suerte de tentativa de malversación caracterizada por la existencia de un acuerdo entre un funcionario y un particular, dirigido a perjudicar a la Administración, y, probablemente, a beneficiar al particular.

Agregan que la conducta típica puede consistir en concertarse los interesados, para así defraudar a un ente público, o bien en usar cualquier otra clase de artificios con la misma finalidad. La primera de las acciones típicas –concertarse– equivale al acuerdo entre el funcionario y el interesado, es decir, a una conjunción de voluntades o a un pacto (STS 28 septiembre de 2013 [RJ 2014, 1832]) en el que deben intervenir dos sujetos, llevando a cabo cada uno de ellos una conducta distinta, pero tendiente a la obtención de una misma finalidad, en este caso, defraudar a cualquier ente público (Morales Prats - Rodríguez Puerta, 2016).

Ya en el capítulo IX, “De las negociaciones y actividades prohibidas de los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función”, encontramos un tipo penal específico denominado “negociaciones prohibidas” y tipificado en el artículo 439 del Código Penal:

La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años.

Básicamente, castiga la conducta del funcionario público que mezcla sus negocios privados con los públicos, cuando aprovecha su función pública para obtener un beneficio personal al intervenir en un procedimiento de adjudicación de un contrato público.

Algunas de las conductas allí recogidas constituyen también una infracción administrativa derivada del incumplimiento del art. 23 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece los supuestos en que el funcionario público debe abstenerse de participar en un procedimiento cuando tiene determinados intereses privados en este –por ejemplo, porque concurren a la adjudicación empresas propias, de familiares, etc.– (Jareño Leal, 2017).

La omisión de cumplir con ese estándar alto ha sido considerada, en España, una de las razones que dan lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para el trámite del procedimiento que debe seguirse en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la parcialidad.

Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración (STS 18/2014 de 13 de enero, STS 152/2015 de 24 de febrero y 259/2015 de 30 de abril, entre otras).

Esta dualidad sancionadora (derecho penal/derecho administrativo) ha dado lugar a que, en España, se sostuviera que la infracción de la norma ética de transparencia en el ejercicio de la función pública no equivale a la realización de la conducta penal típica, siendo suficiente la respuesta disciplinaria (Sentencia del Tribunal Supremo del 5 del de febrero de 2001).

Para Jareño (2011), en los casos en los cuales las conductas tienen previsto un castigo tanto en el campo penal como en el administrativo, cabe para ellas la doble sanción. Por supuesto, el castigo administrativo debe ser efectivamente el único, si la infracción no alcanza entidad penal suficiente.

No obstante, para la profesora citada, la sanción administrativa no es tan eficaz como la penal a los fines preventivos generales y especiales, pues, si bien aquella puede llegar a ser contundente (multa, inhabilitación, expulsión), y su imposición puede ser más rápida, es cierto que el propio afectado prefiere siempre este tipo de respuesta, por ser más discreta y por no comportar, en ningún caso, la entrada en prisión. Con todo, y a pesar de su menor eficacia como mecanismo para combatir la corrupción, si efectivamente la actividad ilícita no alcanza el rango penal necesario, el único camino que podrá seguir el juzgador será, desde luego, el reenvío del expediente a la Administración, pues la sanción disciplinaria es la respuesta proporcionada en determinadas ocasiones.

Con razón se ha sostenido que el delito tipificado en el artículo 439 CP integra uno de los principales exponentes de la función suplente que el derecho penal cumple con relación a la falta de aplicación u operatividad de otras ramas del ordenamiento jurídico. Así, las conductas que generalmente vienen siendo subsumidas en este delito suponen, en realidad, un mero incumplimiento de las prohibiciones de contratar y de los deberes de abstención del funcionario. Para la apreciación de esta figura delictiva, el Tribunal Supremo no requiere que la intervención del funcionario se dirija a obtener un beneficio injusto –directo o indirecto–, ni que se persiga la producción de un perjuicio económico para la Administración, ni siquiera que el funcionario tenga la pretensión de adoptar un acto ilegal, tal como lo establecen las SSTS 17 octubre 1994 (RJ 1994, 8013) y 28 septiembre 1995. En esta última, el Tribunal Supremo condenó al alcalde de un municipio por haber intervenido en la adjudicación de un contrato de suministros –compra de un ordenador–, que se resolvió en favor de la oferta presentada por una empresa de titularidad de su esposa, habiéndose probado que la adquisición del citado material informático era necesaria y que el precio de adquisición fue incluso favorable al propio Ayuntamiento (Morales Prats - Rodríguez Puerta, 2016).

Para los autores citados, incurren en esta figura los funcionarios que adoptan una decisión, influidos por intereses económicos ajenos a los públicos, o incluso motivados por la presencia de otra clase de intereses subjetivos –como el parentesco, la amistad, etc.–, e instrumentalizan sus funciones para fines distintos o contrarios a los públicos. No obstante, también destacan que a la evitación de este tipo de actuaciones ya se enderezan otros preceptos del código, como el delito de cohecho, tráfico de influencias y fraudes del artículo 436 CP. De este modo, a criterio de los profesores, la tipificación del delito analizado no viene a cubrir un ámbito distinto del que corresponde a estos delitos, por lo que su inclusión en el Código Penal resulta perturbadora.

Se señala también que el legislador español endureció la pena en la reforma de 2010, al castigar con mayor severidad al funcionario o autoridad que no se abstiene de intervenir en un procedimiento de contratación en el que tiene intereses propios (por ejemplo, el alcalde o el concejal votan en el pleno del Ayuntamiento que adjudica el contrato a una empresa de la que son socios). A eso se suma que, con la modificación de 2015, se añadió la pena privativa del ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Jareño (2011) critica el aumento indiscriminado de pena sin realizar el más mínimo análisis de la práctica judicial, pues, si antes de tal fecha los órganos judiciales ya solían optar por desviar estas conductas de negociaciones prohibidas a la sanción disciplinaria, en virtud del principio de intervención mínima, seguramente lo harán, con más razón, tras la reforma.

Lamentablemente, la falta total de rigor político-criminal del legislador es una constante a la hora de llevar adelante reformas inteligentes, que muchas veces se conforman con la simple elevación de las penas, sin un mayor análisis, y que tan solo tienen un efecto simbólico, por estar alejadas de la intención real de combatir de manera efectiva este tipo de corruptelas.

Nótese, en este sentido, que en Argentina no existe un tipo penal tan específico como en España, y, como ya hemos mencionado, tampoco se han producido modificaciones sustanciales en la materia. Con ello, queda en evidencia la falta de interés total de los legisladores en estos temas tan trascendentales para cuidar el patrimonio de la ciudadanía.

5.3.6. EXACCIONES ILEGALES

5.3.6.1. Consideraciones generales

Otro de los tipos penales aplicables en materia de contratación pública es el de exacciones ilegales, que reprime la conducta del funcionario público que, abusando de su cargo, “solicitar, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden” (artículo 266). Si el sujeto activo emplea intimidación o se vale de engaño, la pena se agravará (artículo 267).

En cualquiera de los supuestos anteriores, si el sujeto activo las convierte en provecho propio o de un tercero, la pena se agravará también (artículo 268).

La diferencia entre este tipo penal y el de cohecho es que, en este último, existe un pacto venal entre el funcionario público y el particular: se trata de un supuesto de codelinuencia. En tanto, en las exacciones hay una desigualdad en favor del funcionario, que deviene de su calidad de tal y del temor que despierta la potestad pública en particular,

situación que, frente al abuso funcional, la ubica no ya como parte del pacto venal, sino como víctima de una exigencia ilegítima (Laje Anaya - Gavier, 1996).

El sujeto activo debe ser un funcionario público, cualquiera sea su jerarquía, aunque carezca de competencia funcional para exigir o recibir valores, siempre que haya mediado un abuso de autoridad de su parte; es decir, se trata de una exigencia indebida. Por su parte, el sujeto pasivo de esta figura es el particular que entrega lo exigido por el funcionario público.

Según la doctrina, tanto lo solicitado como lo exigido o pagado es algo no debido –o, al menos, no debido en la medida requerida por la ley–, sea porque el funcionario carece de facultades para realizar el cobro o porque se extralimita en sus funciones, exigiendo aquello que no correspondía (D'Alessio, 2013).

En cuanto a la faz objetiva del tipo penal, la jurisprudencia sostiene que, en el art. 266 del Código Penal, se tipifican dos figuras distintas: las exacciones ilegales y la concusión. Téngase en cuenta que el elemento diferenciador entre ambos tipos legales está dado por el objeto sobre el cual recae la acción típica. El delito de exacciones ilegales versa sobre una contribución o un derecho, supuestos en los cuales el agente tiene un título legítimo para formular la exigencia, pero no para exigir de más. En el delito de concusión, el autor exige, sin derecho alguno, una dádiva a la víctima²⁶³.

Entonces, se encontrará incurso en este delito el funcionario público que, en el marco de una contratación pública, exija una dádiva a uno de los oferentes, ya sea para permitirle participar en una licitación, para omitir valorar circunstancias que hagan rechazar la oferta, para acelerar el trámite del expediente administrativo, para aprobar una extensión de plazo o una modificación de obra, para acelerar el otorgamiento de un adelanto financiero o para realizar un anticipo de pago indebido. También, entre otros tantos casos, cuando se exija una dádiva para certificar pagos con faltantes en cuanto a las cantidades reales o a la calidad de la obra.

Especial atención merecen estas acciones para descubrir entramados corruptos entre particulares y funcionarios públicos. En este sentido, es muy interesante la explicación del magistrado Giovanni Salvi (1994) acerca de que el proceso de “manos limpias”

²⁶³ Sala IV de la CFCP, en la causa n° 14.580 “Rivarola, Marcos Ismael s/recurso de casación”, reg. 331.4, rto. el 21/3/13.

comenzó a partir de haberse detectado un caso de concusión. Si bien el carácter sistemático con que funcionaban las “corruptelas” fue su punto más débil ante la ofensiva penal, una vez que se identificó un eslabón y se actuó con métodos de investigación adecuados, comenzó a surgir la cadena completa.

En su exégesis, destaca el trabajo del magistrado Gherardo Colombo, del grupo de Milán, y se refiere a él como alguien muy comprometido con la primera fase de las investigaciones, que reconstruyó la evolución del entramado.

Las investigaciones se iniciaron a raíz de una concusión: el presidente de una institución asistencial milanesa exigió a un empresario —cuya empresa se ocupaba de la limpieza de dicha institución— el pago de una comisión ilícita para mantener su relación laboral. Este denunció la exigencia ilegal a los carabinieri, quienes arrestaron al funcionario público mientras recibía el dinero. Luego, los controles bancarios permitieron comprobar que el funcionario público tenía enormes recursos económicos, muy por encima de lo que le permitían sus remuneraciones.

Así pues, se pensó que el tráfico ilícito existente alrededor de su cargo no era esporádico, y que podía representar una costumbre; entonces, se investigaron los contratos de otros empresarios con aquella institución. Al interrogarse a estos últimos, se descubrió que aquel funcionario público había recibido frecuentemente dinero de todos ellos para realizar actos contrarios a sus deberes. La investigación se desarrolló como una espiral que se agrandaba siempre más y que implicaba cada vez a nuevos funcionarios públicos, instituciones y empresarios.

Las investigaciones revelaron que, en muchos casos, la relación de corrupción no tenía lugar directamente entre el funcionario público y el empresario: frecuentemente, una figura de un partido político (que en ocasiones representaba también los intereses de otros partidos que no eran el suyo) negociaba el precio y las ventajas de la corruptela con el empresario, impartiendo sucesivamente a los funcionarios públicos las instrucciones para que el empresario fuera favorecido a través de actos contrarios a los deberes.

Continúa el magistrado relatando que un ejemplo del método de repartición de los “negocios públicos”, definido como “sistema de los carteles de empresas”, ocurrió en Milán.

Allí se reunieron empresarios y funcionarios públicos, para repartirse las licitaciones del sector hospitalario durante varios años, antes de que las licitaciones se hubiesen hecho públicas y de que se hubiesen decidido las reglas del concurso y las invitaciones para participar en las licitaciones. A veces, incluso antes de la decisión acerca de qué obra pública debía realizarse. Concluye el magistrado que era evidente, a través de la descripción hecha por Gherardo Colombo, que había una maraña indisoluble entre política y “negocios”, a raíz de la cual se generó un sistema de corresponsabilidad entre empresarios y políticos o funcionarios corrompidos. En un contexto de este tipo, es indudable que el empresario que desea trabajar se encuentra en una situación muy difícil, ante una especie de “¡Alto ahí! O aceptas el acuerdo ilícito y participas en la repartición o te quedas fuera”.

Estas conclusiones pueden aplicarse a casos de corrupción endémica, en los que los funcionarios y los empresarios se reparten las contrataciones públicas como si fueran una lotería. Por supuesto, a cambio, es indispensable la contraprestación, porque nada es altruista.

El sistema de cartelización que quedó al descubierto en Argentina a partir de la investigación del caso conocido como Cuadernos, ya comentado, demostró que nada era gratuito, pues la exclusión de cualquier tercero al proyecto tenía sus costos. Así lo sostienen los magistrados que confirmaron los procesamientos²⁶⁴:

...los beneficios que para las empresas reportaba el acceso seguro y privilegiado a las contrataciones públicas tenían un precio. El mismo que, desde otros planos, habrían debido solventar quienes recibieron alguna de las concesiones o licencias otorgadas en aquel tiempo por el Estado Nacional. Se hablaría aquí del 5% sobre cada subsidio conferido, del anticipo del contrato o de los primeros tres certificados de obra, según el caso; cuantiosas sumas de dinero que serían percibidas por los agentes públicos de manos de los particulares (...), fueron los mismos titulares de las empresas quienes reconocieron diversos pagos.

(...) una vez definida la empresa ganadora, el contrato se sellaba mediante la entrega de una suma de dinero cuyo monto dependía de las estipulaciones del negocio. O bien se constituía en el anticipo establecido en el pliego, que oscilaba entre el 10 y el 20 % de la obra –deducidos los impuestos–, o bien en la sumatoria de los primeros tres certificados de obra ...

Al igual que lo que sucedió en Italia, se sostuvo que el sistema para la provisión de fondos tuvo su epicentro en la obra pública.

Independientemente de la calificación provisoria que se realizó en este caso grave de corrupción (cohecho) –descubierto a partir de las anotaciones realizadas por un chofer de

²⁶⁴ Resolución del 20 de diciembre de 2018, de la Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala 1, causa nro. 9608/2018/174/CA41 “Fernández, Cristina Elisabet y otros s/legajo de apelación”.

uno de los supuestos recaudadores, y que produjo un “espiral” de nuevos hechos–, lo cierto es que bien podría hablarse de exacciones ilegales. En efecto, hubo empresarios que aseveraron que se vieron compelidos a pagar la suma que se les exigía, pues lo contrario podía significar no trabajar y entrar en quiebra.

5.3.6.2. Derecho comparado

En España, la reforma de 2015 provocó, entre otras cuestiones, incrementos de penas en ciertos delitos, como el de los fraudes y las exacciones ilegales, y, en general, en aquellos casos de corrupción que atentan contra la Administración pública.

El legislador español, en el ya comentado capítulo VIII del Código Penal –“De los fraudes y exacciones ilegales”–, estableció una figura específica de exacciones ilegales en el artículo 437:

La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

Se sostiene que esta modalidad delictiva no plantea problemas de delimitación con el delito de cohecho (arts. 419, 420, 421 o 425 CP), pues, si el funcionario solicita una cantidad de dinero u otra ventaja de naturaleza económica, como contrapartida por realizar un acto de carácter discrecional o injusto, vendrán en aplicación las modalidades de cohecho. Si, por el contrario, el funcionario solicita una cantidad de dinero por ejecutar un acto propio del cargo conforme a derecho, de naturaleza reglada, vendrá en aplicación el delito de exacciones ilegales del artículo 437 CP (Morales Prats - Rodríguez Puerta, 2016).

No obstante, en la práctica, tal diferenciación entre tipos penales no será del todo sencilla. A modo de ejemplo, Vázquez-Portomeñe Seijas (2018) analiza el supuesto de hecho descrito en la STS 1302/2016, de 31 de marzo. Según la declaración de hechos probados, en 1993, Emilio, alcalde del Ayuntamiento de Cudillero, ante la petición de varios hoteleros, realizó gestiones para facilitar que se instalasen “chiringuitos” en la zona del puerto de la ciudad. Entre ese año y 2008, se les permitió a los “chiringuitos”, inicialmente tres, el desarrollo de esa actividad. En 2003, tras permitir la instalación de un nuevo “chiringuito”, Emilio los reunió y les manifestó que se habían producido quejas vecinales.

Luego les comunicó, sin consulta o petición de informe a los servicios municipales, que, para poder seguir autorizando sus actividades, era imprescindible que la zona contase con vigilancia nocturna por parte de la Policía local, y que, para que él pudiese dar la orden correspondiente, debían ingresar en la Tesorería municipal unas cantidades económicas que, hasta 2007, se concretaron en 2000 euros por “chiringuito” y por temporada. En caso contrario –les advirtió–, no se emitiría informe favorable en el expediente de autorización del dominio público ante puertos del Principado, por entenderse que la seguridad no estaba garantizada. Las cantidades obtenidas se depositaron en la caja fuerte de la Tesorería municipal y, hasta 2007, se entregaron después a los auxiliares que desarrollaban labores propias de vigilancia en el municipio los viernes y los sábados, mientras los “chiringuitos” permanecían en funcionamiento. En 2008, el dinero recaudado se entregó a los auxiliares por nómina, bajo el concepto “gratificaciones”.

A juicio del autor, la clave para calificar la actuación de Emilio como cohecho o exacción está únicamente en la motivación última de la entrega económica: evitar un daño injusto (si es que los titulares de los “chiringuitos” tenían derecho a seguir ejerciendo su actividad) o conseguir un beneficio a partir de la adhesión a un sistema de organización criminal diseñado por el alcalde. Las advertencias del alcalde solo permiten situar la exigencia económica en el ámbito de las exacciones, cuando el mal con que amenaza a los titulares de los “chiringuitos” es injusto, esto es, si pudiera afirmarse que se vieron atropellados en su derecho a seguir desarrollando la actividad por una decisión, subjetiva e interesada, que nunca podría quedar amparada por el ordenamiento jurídico. La calificación debería ser distinta (cohecho), si se llegase a la conclusión de que, en realidad, para “animarlos” a pagar, los “amenazó”, implícita o explícitamente, con privarlos de un beneficio del que habían venido disfrutando indebidamente, realizando un acto debido, correspondiente al ejercicio de su cargo.

Como se puede observar a partir de este caso, no siempre resulta sencillo discernir cuál es la calificación legal correcta. En todo caso, se deberán analizar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo y subjetivo de ambas figuras, para determinar cuál se ajusta mejor a las circunstancias fácticas.

A criterio de Rodríguez Puerta (2016), se configura el tipo de exacciones ilegales cuando el funcionario engaña sobre la cuantía de lo debido, esto es, cuando exige un importe

superior al debido y también cuando el servidor engaña sobre la existencia de la deuda, es decir, finge que lo que solicita es debido.

Al igual que en nuestro país, la doctrina española viene advirtiendo, desde hace años, los inconvenientes de la adecuación típica. En este sentido, se sostiene la necesidad de diferenciar los casos en los que el funcionario constriñe al particular a entregarle una dádiva, de aquellos otros en que este último acepta libre y espontáneamente los criterios, para delimitar los ámbitos de operatividad del cohecho y de las exacciones ilegales (en particular, las modalidades con que se expresan las conductas típicas y el margen de autonomía con que cuenta el particular) (Vázquez-Portomeñe Seijas, 2018).

5.3.7. ABUSOS FUNCIONALES, INCUMPLIMIENTOS Y FALSEDADES INSTRUMENTALES

5.3.7.1. Consideraciones generales

El artículo 248 del Código Penal sanciona con penas que van de un mes a dos años la acción del funcionario público que *i*) dicte resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o a las leyes nacionales o provinciales, *ii*) ejecute las órdenes o resoluciones de esta clase existentes, o *iii*) no ejecute las leyes cuyo cumplimiento le incumban.

Como se aprecia, el legislador contempla dos acciones comisivas y una omisiva, todas aplicables a situaciones que pueden ocurrir a lo largo de un proceso irregular de contratación pública, como también en la fase de ejecución del contrato.

Obsérvese que la primera hipótesis delictiva se materializa cuando el funcionario público en ejercicio de sus funciones dicta un decisorio o emite una orden directa o mandamiento contrarios al precepto constitucional o legal, y coadyuva a simular competencia y concurrencia, y a violar normas de la correcta publicidad, o la legalidad del procedimiento.

La segunda parte penaliza al funcionario que cumple o realiza la orden o resolución contraria a la ley o a la Constitución, con conocimiento claro de esa ilegalidad.

Finalmente, en la modalidad omisiva, hay un mandato de hacer; esto es, la ley obliga al funcionario a actuar de una determinada manera y este omite deliberadamente cumplir

con lo que el precepto legal establece. Esto abarca las resoluciones administrativas y las judiciales (Aboso, 2012).

Si bien lo que caracteriza al contenido de ilicitud de este tipo penal radica en el uso abusivo o arbitrario de la función pública, en cuanto es utilizada como instrumento para violar la Constitución y las leyes, lo cierto es que el carácter residual y subsidiario de esta figura ha llevado a que, en la práctica, este delito fuera desplazado por otros tipos penales que contemplan el abuso de la función (D'Alessio, 2013).

Por esta razón, cuando se incumplen o se transgreden arbitrariamente los requisitos formales en el procedimiento de contratación, se infringe el mecanismo de legalidad instituido, se actúa con abuso de poder, se eluden caprichosamente los controles en el procedimiento de contratación o en la ejecución de la obra, estas acciones, por lo general, quedan atrapadas por otros delitos más graves.

Lo mismo sucede con el artículo 249 del Código Penal, que prevé pena de multa e inhabilitación al funcionario público que ilegalmente omite, rehúse hacer o retarde algún acto de su oficio.

La materialidad ilícita requerida por las figuras penales comentadas no consiste en un mero ejercicio disfuncional del cargo –en todo caso, sancionable administrativamente–. Por el contrario, reclama un componente específico vinculado a la posición de autoridad que se ocupa, con la correspondiente sujeción a la ley que conlleva evitar el ejercicio arbitrario del poder –en el marco del fin republicano– del que se vale el autor para ejercer mando donde no lo tiene. Así delimitada la cuestión, se debe diferenciar la mera contrariedad del actuar del funcionario con la ley (o reglamento) –constitutivo de infracciones administrativas–, de la utilización abusiva de su autoridad, excediéndola maliciosamente para fines ajenos a los de su investidura funcional, en el caso del abuso –art. 248 CP–, u omitiendo dolosamente sus deberes activos de obrar, en el de incumplimiento –art. 249 CP– (Froment - De Langhe, 2007).

Específicamente, esta última figura describe tres conductas omisivas alternativas, en relación con un acto propio exigible al funcionario público: omitir, rehusar hacer y retardar; por ello, todas responden a la estructura típica de los delitos propios de omisión, que se caracteriza por la ausencia de realización de un comportamiento particular impuesto al autor por otra norma imperativa –de mandato–, lesiva del deber de actuar de determinada manera. La diferencia de tales supuestos con el previsto en la última parte

del art. 248 CP radica en que el tipo que comentamos aquí –art. 249– alude a la omisión genérica, referida a cualquier acto funcional y no a uno determinado, como el descrito en la parte final del abuso de autoridad, que específicamente menciona la inejecución del funcionario de las leyes cuyo cumplimiento le incumbiera y que, por ese motivo, se revela de mayor gravedad (Froment - De Langhe, 2007).

Como ya hemos adelantado, se trata de figuras secundarias de otras más graves, como, por ejemplo, las exacciones, el prevaricato, el cohecho y la malversación de caudales públicos. A tal punto que, cuando se constate una simulación o falsedad tanto en la razonabilidad de la convocatoria como en el acto de contratación, o cuando se verifique que se está creando una demanda artificial de bienes y servicios innecesarios en una licitación que no satisfaga urgencias reales del órgano de contratación, hasta podría encuadrarse en otros tipos penales, como, por ejemplo, la falsedad documental.

Ello así, en tanto en cuanto estaremos en presencia de un acto exteriormente verdadero, esto es, que no es falso en sus condiciones esenciales, pero que contiene declaraciones mendaces, es decir, ideas falsas que se pretende afirmar como verdaderas.

Lo mismo ocurre cuando se arguyen, falsamente, motivos de urgencia o de emergencia, ya sea para acortar los plazos de la licitación o para justificar los procedimientos de contratación directa. Mas allá de que el acto que dispone lo anterior se presente como un documento auténtico en su forma, será falso en su contenido, pues generará una desfiguración de la verdad objetiva.

De allí que el tipo penal de falsedad ideológica, previsto en el artículo 293 del Código Penal argentino, que establece una pena de uno a seis años de prisión para quien inserte o haga insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento debe probar, desplaza también las figuras que estamos analizando.

Las falsedades documentales se encuentran comprendidas, como delito, en el Título XII del Código Penal; y los bienes jurídicos que se pretende proteger son, por un lado, la fe pública en sentido estricto y, por el otro, la confianza que terceros indeterminados depositan en la autenticidad y veracidad de los documentos públicos.

Para ello, en primer lugar, habría que corroborar si la ausencia de toda razonabilidad en el proyecto esconde algún otro designio criminal. En segundo lugar, habría que verificar

si la confección del documento ideológicamente falso ha generado un perjuicio al erario, de manera que encuadre en el tipo penal analizado.

5.3.8. PREVARICATO O PREVARICACIÓN

5.3.8.1. Consideraciones generales

El prevaricato es un tipo penal que, a diferencia de lo que ocurre en otros países, es de aplicación prácticamente nula en el ámbito de la contratación pública argentina. Y esto es así porque la estructura del tipo penal y su hermenéutica no permiten aplicarlo a cualquier funcionario público, sino solo a aquellos vinculados a la administración de justicia.

En nuestro medio, lo que se pretende con la figura del prevaricato es que los agentes que intervienen en la Justicia lo hagan con la máxima integridad y rectitud.

Si bien el legislador penaliza la acción de dictar resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes, o la de citar, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas, el artículo 269 del Código Penal coloca como únicos y especiales sujetos activos de este delito al juez, los árbitros y arbitradores amigables componedores, que, en el marco de sus funciones, realicen este tipo de acciones.

Lo mismo sucede con el artículo siguiente (270), pues se refiere, como sujeto activo, al juez que dicte una prisión preventiva (detención) improcedente. Y así también con la norma del artículo siguiente (271), dado que su aplicación es para el abogado o mandatario judicial que defienda o represente a partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente, o que, de cualquier otro modo, perjudique deliberadamente la causa que le está confiada.

Como vemos, estas tres hipótesis delictivas son muy específicas en cuanto a los sujetos activos de este delito y a la situación concreta en la que se aplica.

Recién en el último de los artículos del capítulo X del Código Penal existe una disposición más genérica, pero referida solamente a los casos contemplados en el artículo anterior (271): “La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades”.

La fórmula tampoco permite identificar como sujeto activo a cualquier funcionario de la Administración pública, sino solo a aquellos habilitados para emitir un dictamen a partir del cual perjudiquen deliberadamente la causa que les fue confiada.

De manera tal que esta figura penal difícilmente pueda aplicarse a las contrataciones irregulares. En todo caso, deberá recurrirse a otras figuras, como la del abuso de funciones o incumplimiento de los deberes de funcionario público, que, como vimos, no ha sido de mucha utilización por la jurisprudencia, al tratarse de una figura residual y subsidiaria de otros tipos penales.

5.3.8.2. Derecho comparado

A diferencia de lo que ocurre en Argentina, en España, con enorme acierto, se prevé un tipo penal específico de prevaricación administrativa para casos cometidos por funcionarios públicos. Concretamente, el artículo 404 del Código Penal establece:

A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

El bien jurídico genéricamente tutelado en el delito de prevaricación es el ejercicio correcto de la función pública, conforme a los parámetros constitucionales. No obstante, el interés protegido más específicamente en este delito debe cifrarse en la tutela del debido respeto del principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas, como principio esencial al que debe someterse la actividad pública en un Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, al garantizar el respeto del referido principio, se enderezan también otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico, principalmente el derecho administrativo. Esta situación reclama una articulación adecuada de las distintas técnicas de tutela, lo que implica limitar la intervención penal a aquellos ataques más graves contra la función pública. Con esta finalidad loable, el legislador ha querido limitar el ámbito de lo penalmente reprochable únicamente a aquellas infracciones de las normas legales administrativas llevadas a cabo de forma dolosa (Morales Prats - Rodríguez Puerta, 2016).

Este artículo no distingue entre diferentes funcionarios, aunque sí se puede inferir que se dirige a autoridades o funcionarios de la Administración pública que tengan capacidad

para dictar resoluciones administrativas. A pesar de su amplitud, su aplicación, en un primer momento, fue limitada.

Se sostiene que buena parte de los estudios publicados en los últimos años en el ámbito de las contrataciones irregulares se han centrado en el examen del cohecho, la malversación de caudales públicos, el fraude a la Administración pública, el tráfico de influencias o, incluso, las negociaciones prohibidas a las autoridades y funcionarios públicos. Usualmente, el análisis del delito de prevaricación administrativa queda relegado a un segundo plano. Según Casas Hervilla (2020), esta tendencia merece ser tildada de paradójica, pues, por lo general, en la práctica, la totalidad de los delitos contra la Administración pública serán ejecutados con la finalidad de lograr, en última instancia, que alguna autoridad o funcionario público cometa un delito de prevaricación administrativa.

Con gran lucidez, sostiene el autor que, en definitiva, parece lógico pensar que quien soborna a un funcionario lo hará con la intención de que este resuelva en su favor, o en favor de un tercero, otorgando de ese modo algún privilegio al que, con arreglo al ordenamiento jurídico, no tendría derecho. Quien sustraiga o despilfarre los caudales públicos, por lo general, y salvo burdas excepciones, lo hará previo dictado de resoluciones administrativas que traten de ofrecer cobertura legal o, cuando menos, de justificar aquel ilícito proceder (Casas Hervilla, 2020).

No obstante, como venimos señalando, hasta hace algunos años, no ha sido frecuente encontrar en España condenas por prevaricación, cuando la base del posible delito eran irregularidades en la contratación pública; tales supuestos solían resolverse declarando la insuficiencia de los hechos para alcanzar el reproche penal.

Se sostenía que el derecho administrativo tenía sus propios mecanismos de solución de estos conflictos, por lo que no debía criminalizarse toda conducta del funcionario que se apartara, en sus resoluciones, de la normativa aplicable, pues la sanción penal debe ser la *ultima ratio*. Desde el punto de vista administrativo, en España, el artículo 95.2 d) de la Ley 7/2007 –Estatuto Básico del Empleado Público (para funcionarios públicos y personal laboral)– sanciona como falta muy grave “la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos” (Jareño Leal, 2017).

La doctrina reciente del Tribunal Supremo español ha otorgado un valor diferente a la circunstancia de incumplir los requisitos formales (y esenciales) del procedimiento de contratación, de tal forma que, en la actualidad, dicho incumplimiento motiva el castigo por el delito de prevaricación. Así, se han establecido ciertos parámetros conceptuales para despejar la duda con respecto a otorgar respuesta penal o administrativa a una conducta prevaricadora (conf. 404 del Código Penal).

En este aspecto, señala Jareño Leal (2017) que los tribunales consideran que habrá delito cuando se trate de supuestos en que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utilice para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario que, actuando con un abuso injustificado de poder, produce un perjuicio al ciudadano o a los intereses generales de la Administración.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido entendiendo de un modo pacífico que la arbitrariedad es el elemento que singulariza la infracción penal, configurándose como la esencia de lo injusto del delito de prevaricación. Deberán ser adjetivadas como arbitrarias aquellas resoluciones cuyo dictado no obedezca a criterio jurídico alguno, no encontrando su dictado interpretación razonable de ningún tipo, con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico. A la vista de ello, ha venido entendiéndose que aquellas resoluciones que, además de ilegales, reúnan la condición de resultar arbitrarias deberán ser consideradas, sin excepción, aptas para colmar las exigencias derivadas del principio de fragmentariedad del derecho penal. Su simple dictado implica tan grave torcimiento en el ejercicio de la función pública que no cabe sino considerar que aquellas suponen una lesión grave del bien jurídico en juego (Casas Hervilla, 2020).

Según ha interpretado la jurisprudencia, habrá una resolución arbitraria cuando, al adjudicar un contrato, se eluden los controles del propio procedimiento de contratación, dado que el sujeto se sustrae al mecanismo de legalidad establecido precisamente para sujetar sus decisiones.

Un buen ejemplo de ello es lo resuelto el 8 de junio de 2006 por el Tribunal Supremo, en la sentencia que condena por el delito de prevaricación, en razón de que el procedimiento

de adjudicación del contrato fue una “pantomima”, y de que se había burlado la licitación pública al existir un pacto previo en el que se acordó el resultado que debía producirse²⁶⁵:

...delito de prevaricación es un delito especial propio del que sólo pueden ser autores los funcionarios públicos con capacidad para dictar resoluciones administrativas. El verbo nuclear del delito de prevaricación (...), lo constituye el acto de dictar una resolución y, en términos generales, y como señaló la STS de 22 de septiembre de 1993, por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general...

Los hechos del caso versaron sobre la situación de un empresario que se comprometió a adelantar al Ayuntamiento determinada cantidad de dinero para labores de veredas y suelos, a cambio de que el organismo municipal incluyera, en el pliego de condiciones de una subasta pública, una cláusula de retracto que tenía como finalidad que el alcalde anulara el proceso de adjudicación, en caso de no interesar el resultado, y que otorgara al empresario la adjudicación sin necesidad de acudir a la libre concurrencia.

En cuanto a esta cuestión, se sostuvo:

El perjuicio lo es a los intereses generales de la comunidad en la medida en que se sustrae a la libre concurrencia la adjudicación del aprovechamiento de un bien común, es decir, se lesiona la transparencia en el actuar de las administraciones públicas. En realidad, el acto injusto (...), examinado en su conjunto, refiere el empleo de una estratagema para simular una legalidad en la contratación administrativa, estableciendo un sistema de adjudicación directa, pactado con anterioridad a la convocatoria de la subasta (...) Desde el relato fáctico se expresa una actuación de aparente legalidad que encubre una fórmula para la adjudicación directa, con transgresión del ordenamiento jurídico especialmente dispuesto para asegurar la transparencia en la contratación administrativa por los Ayuntamientos (...).

(...) la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1.995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002). En todos esos casos, es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario (...) Lo relevante para la conceptualización de arbitraria de una resolución dictada es que la misma sea (...) caprichosa (...), irracional y absurda aunque pueda estar formalmente motivada.

En otro pronunciamiento más reciente del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Madrid, Sección: 1), del 15 de julio de 2013, se dejó sentado lo siguiente:

Los contornos de esta figura delictiva han sido perfilados y delimitados por la jurisprudencia de esta Sala (...) En la Sentencia de esta Sala 49/2010, del 4 de febrero, se declara, respecto al delito de prevaricación administrativa, que no basta la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, y tales condiciones aparecen cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método

²⁶⁵ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal Sede: Madrid Sección: 1, 08/06/2006. Recurso: 282/2005. Resolución: 627/2006.

aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero)...

En la sentencia se definen claramente los parámetros necesarios del tipo penal:

...en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Estos lineamientos se mantienen en la actualidad. Basta para ello mencionar los fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo del 19/05/2020²⁶⁶, en la que reafirmó:

El delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios (STS 600/2014 del 3 de septiembre).

[La arbitrariedad], dijo la STS 743/2013 de 11 de octubre, aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. También cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. O cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos (...) Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (STS 18/2014, de 13 de enero y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

[El procedimiento administrativo] tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto (...), precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (...), STS 152/2015, de 24 de febrero y 259/2015 de 30 de abril, entre otras).

[Respecto de los hechos fácticos concretos], ya hemos destacado que la ilegalidad de la actuación administrativa realizada en el presente caso es total. Se ideó un procedimiento totalmente falsario para generar una apariencia de legalidad y libre concurrencia, que pretendía encubrir una adjudicación ya decidida de antemano. Se concitó la colaboración de extraños, que contribuyeron con sus ofertas pactadas a conformar ese escenario de fingida competencia. Y finalmente, no sólo se formalizó la adjudicación que ya estaba decidida, sino

²⁶⁶ Sala de lo Penal, Madrid, Sección: 1, recurso: 2347/2018 y Resolución: 695/2019.

que incluso se pagó el trabajo encomendado antes de que este se hubiera efectuado. Precisamente con apoyo en una certificación falsa del ahora recurrente. El resultado materialmente injusto se produjo con contravención de la legalidad, orientada a beneficiar a un profesional elegido por propia voluntad, con perjuicio de los principios de publicidad y libre concurrencia...

La simple discordancia de la resolución con las normas reguladoras del ámbito administrativo no convierte en delictiva la conducta del funcionario. Como se observa, se exige, para integrar el tipo de prevaricación, que la ilegalidad sea, en palabras del Alto Tribunal, tan grosera y evidente que revele por sí la injusticia, el abuso y el plus de antijuridicidad. Esto supone que la resolución debe presentar una contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico, apartándose de manera flagrante y llamativa de la normativa que regula sus aspectos esenciales, de modo que no exista ningún método de interpretación racional que permita sostener el criterio adoptado por el funcionario (STS 24 de noviembre de 2014 [RJ 2015, 24], entre otras), y que merezca el calificativo de arbitraria (Morales Prats - Rodríguez Puerta, 2016).

De lo expuesto se infiere que la conducta típica descrita en el artículo 404 del Código Penal español consiste en dictar una resolución injusta y arbitraria en un asunto administrativo²⁶⁷, lo que incluye, a criterio de Casas Hervilla (2020, 65/6), no solo aquellos actos que pongan fin al procedimiento en sentido estricto, sino también aquellos otros que, a pesar de no poner fin al procedimiento, y aun gozar de carácter instrumental respecto de su finalización, cuenten con un contenido material sustantivo, de suerte que decidan sobre el fondo de alguno de los aspectos fundamentales para la resolución final del procedimiento.

Nuevamente, sería recomendable que nuestros legisladores tomaran nota de este tipo penal, su funcionamiento y su aplicación en la práctica, pues contempla con mayor amplitud el tipo de prevaricato, al incluir los actos ilegales de los administradores públicos. A la par, brinda una mayor seguridad, certeza y especificidad en conductas contrarias a derecho que hoy quedan impunes a falta de un tipo penal específico.

Máxime cuando, según se reconoce, el delito de prevaricación administrativa resulta, año tras año, la modalidad típica por la que más acusaciones se formulan en España en el

²⁶⁷ Se sugiere la lectura del libro *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, de Jordi Casas Hervilla, para profundizar en la delimitación conceptual de las acepciones “dictar”, “resolución”, “injusta” y “arbitraria”.

ámbito de la lucha contra la corrupción, y, desde luego, también por la que más condenas se obtienen.

El hecho de que el delito de prevaricación administrativa, previsto y sancionado por el art. 404 del Código Penal, resulte el tipo penal más aplicado por los tribunales españoles se debe, además de las razones antes expuestas, a la palmaria incapacidad de la Administración de Justicia para hallar pruebas de la ejecución de otro tipo de delitos cometidos por funcionarios públicos. Así las cosas, la opacidad que aún hoy en día impera en la mayoría de las actuaciones desarrolladas por la Administración pública, la inexistencia de un sistema eficaz de controles internos, la tolerancia con la pequeña corrupción fruto de la neutralización de la ética pública, y, como colofón de todo ello, las enormes dificultades con las que los órganos encargados de la persecución penal de este tipo de conductas se encuentran a la hora de recibir la noticia criminal favorecen que, en todas las ocasiones, el inicio de la investigación criminal tenga lugar varios años después de consumarse el delito. Esta circunstancia limitará la investigación al análisis de los expedientes administrativos y, en particular, de las resoluciones que pudieran haberse dictado (Casas Hervilla, 2020).

Si en España el delito de prevaricación administrativa se erige en una de las principales herramientas con la que cuenta el ordenamiento jurídico-penal para combatir la corrupción, es fundamental seguir el ejemplo de las buenas prácticas normativas e instar a la discusión en el mundo académico, en los jueces y fiscales, así como en nuestros legisladores. Así podrán actualizarse los tipos penales que serán de utilidad para lograr una mayor efectividad en la represión de prácticas corruptas.

Finalizamos este apartado con las palabras de Casas Hervilla (2020). Su experiencia como fiscal y, muy particularmente, su participación en diversos procedimientos en cuyo seno se ha investigado la presunta ejecución de uno o varios delitos contra la Administración pública le han permitido constatar que el delito de prevaricación administrativa constituye la figura delictiva más aplicada en la lucha contra la corrupción pública. Esta se configura, por lo general, “como la única herramienta legal a través de la que poder combatir tan gravosa lacra”, por lo cual no queda duda de la imperiosa necesidad de producir una mejora trascendental en esta materia.

5.3.9. UTILIZACIÓN DE INFORMACIÓN RESERVADA

Dentro del capítulo IX bis del título “Delitos contra la Administración pública”, se sanciona la conducta del funcionario público que, con fines de lucro, utilice para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo (artículo 268).

Una cuestión que debe quedar clara respecto de este tipo penal es que el funcionario tuvo que haber tomado conocimiento de la información por el cargo que reviste. Asimismo, la utilización de dicha información debe tener el fin de obtener un provecho económico, tanto para el funcionario como para un tercero.

Lo que el legislador protege con esta figura es la imparcialidad, la transparencia y el correcto funcionamiento de la Administración pública. Se intenta impedir que los funcionarios se corrompan y transgredan el principio de imparcialidad con el que deben cumplir sus labores.

Se cita, como ejemplo claro de esta conducta, la utilización de informaciones o datos sobre futuras obras públicas, para que un oferente obtenga información privilegiada frente a otros y compita con ventaja, o para adquirir, para sí o para terceros, terrenos o tierras a bajos precios, especulando que aumentarán con la obra pública diseñada (Laje Anaya - Gavier, 1996).

En la preparación de una contratación pública, los funcionarios encargados de elaborar el pliego de bases y condiciones se encuentran en condiciones inmejorables de acceder a información o a datos de interés para los pretendientes ofertantes, por lo que cualquier revelación anticipada suele ser bien recompensada.

Esta información puede obtenerse, incluso, en el devenir de la ejecución de la obra, pues es posible que el funcionario tome conocimiento de normativas o futuras disposiciones que podrían reportarle al contratante una ventaja o una utilidad económica.

De allí la importancia de ser muy cautelosos con la información sensible de la que se pueda disponer, para evitar todo tipo de filtración que pueda otorgar prerrogativas o una preeminencia de unos sobre otros.

5.4. LAVADO DE DINERO PRODUCTO DE CONTRATACIONES IRREGULARES

5.4.1. INTRODUCCIÓN

El 1º de junio de 2011, se sancionó la Ley 26.683²⁶⁸, que, entre otras cuestiones de interés, derogó el antiguo artículo 278 del Código Penal²⁶⁹, dispuso reenumerar los artículos 303, 304 y 305 del mismo plexo normativo como artículos 306, 307 y 308, e incorporó el presente título y, dentro de este, un nuevo tipo penal de lavado de dinero.

De esta manera, se modificó el tipo penal de lavado de activos creado por el artículo 3º de la Ley 25.246 (Adla, LX-C. 2805)²⁷⁰, que tuvo un mero efecto simbólico a lo largo de esos años, si se consideran las exiguas condenas por este delito y la escasa o nula aplicación concreta.

Debe tenerse en consideración que la República Argentina, en su carácter de integrante del GAFI desde 2000, asumió el compromiso de mejorar continuamente las políticas nacionales para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, y de fortalecer los mecanismos de cooperación entre los países miembros.

Pero, además, incorporó al derecho interno diversos instrumentos internacionales de relevancia en la materia, como, por ejemplo: 1) la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscripta en Viena el 19 de diciembre de 1988 –aprobada en nuestro ordenamiento interno mediante la sanción de la Ley 24.072²⁷¹–, que constituye la piedra angular en materia internacional con relación a la prevención y represión del lavado de dinero, pues sus bases cimentaron gran parte de las legislaciones internas de cada Estado en ese aspecto; 2) el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo²⁷², incorporado

²⁶⁸ Promulgada el 17 de junio de 2011 y publicada en el *Boletín Oficial* el 21 de junio de 2011.

²⁶⁹ Ver artículo 2º de la Ley 26.683.

²⁷⁰ Sancionada el 13/04/2000, promulgada el 05/05/2000 y publicada en el *Boletín Oficial* el 11/05/2000.

²⁷¹ Sancionada el 11/03/1992, promulgada el 9/4/92 y publicada en el *Boletín Oficial* el 14/4/1992 (ADLA 1992 – B, 1557).

²⁷² La preocupación por la reiteración de actos de grupos terroristas en todas partes del mundo llevó a que, el 9 de diciembre de 1999, en el seno de las Naciones Unidas, se aprobara este instrumento, que pretende la adopción internacional de medidas eficaces para prevenir la financiación y ayuda del terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, ya que, según se expone, la gravedad y la repetición de hechos de esta naturaleza dependen en gran medida de la contribución económica que puedan recibir. Por esa razón, se intenta atacar enérgicamente estos comportamientos.

mediante la sanción de la Ley 26.024²⁷³; 3) la Convención Internacional de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como la Convención de Palermo de 2000, incorporada con la Ley 25.632²⁷⁴, entre otros documentos relevantes.

En este marco de compromisos internacionales, el 22 de junio de 2010, la entonces presidenta de la nación, Cristina Fernández de Kirchner, envió al Congreso de la Nación el proyecto de ley mediante el cual se propiciaba, entre otras cuestiones, la reforma del tipo penal de lavado de activos, previsto en el artículo 278 del Código Penal.

Posteriormente, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) declaró que nuestro país no cumplía acabadamente con algunas de las 49 recomendaciones internacionales, con lo cual, de no revertirse prontamente esa situación, la Argentina podría ser incluida entre aquellos países no cooperantes en combatir el lavado de dinero. Como se dijo, ello acarrearía responsabilidades políticas y económicas, entre las que se encuentra la suspensión de nuestro país como miembro del GAFI²⁷⁵.

Esto obligó a que, al reanudarse las sesiones parlamentarias del año 2011, la entonces presidenta de la nación exhortara a los legisladores a sancionar la ley de lavado de dinero exigida por el GAFI, con el fin de que el “Poder Legislativo y la jurisprudencia argentina pudieran tener una actuación mucho más activa de la que han tenido hasta ahora en materia de lavado...”²⁷⁶. Finalmente, el proyecto –con algunas modificaciones– fue sancionado por la Cámara de Diputados de la Nación el 4 de mayo de 2011 y por la Cámara de Senadores de la Nación el 1º de junio de 2011.

5.4.2. CONSIDERACIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO

Hasta la sanción de la Ley 26.683, el Código Penal argentino no contenía ningún título ni capítulo que específicamente hiciera alusión al orden económico y financiero. Si bien el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal preveía la

²⁷³ Sancionada el 30 de marzo de 2005 y promulgada el 15 de abril de 2005.

²⁷⁴ Sancionada el 1º de agosto de 2002 y promulgada el 29 de agosto de 2002.

²⁷⁵ Ver en la página web del GAFISUD (www.gafisud.info/home.htm) el *Informe de Evaluación Mutua* sobre Argentina, del GAFISUD y FATF-GAFI, publicado el 16 de diciembre de 2010.

²⁷⁶ Ver página web de la Presidencia de la Nación: www.casarosada.gov.ar.

incorporación de un título similar, denominado “Delitos contra la propiedad y el orden económico”²⁷⁷, este no llegó a concretarse.

Tampoco en la Constitución Nacional existe un capítulo específico que aglutine disposiciones que se refieran expresamente al orden o régimen económico. Con la sanción de la ley, se modificó la antigua línea de pensamiento que sostenía que el bien principal que se intentaba tutelar con la penalización del lavado de dinero era la administración de justicia (Luciani, 2008).

En efecto, la realidad criminológica, caracterizada por la existencia de la corrupción endémica y por el avance de la criminalidad organizada –que utilizan el sistema económico y financiero legal para reciclar las ganancias del dinero obtenido ilícitamente–, venía demandando la regulación penal de conductas que van mucho más allá de la afectación de la Administración pública.

Máxime cuando la actividad de reciclar el dinero ya dejó de ser el problema de un país o un Estado en particular, pues sus consecuencias se verifican transnacionalmente. La corrupción endémica hace sentir el efecto de su accionar en los recursos del Estado y en el debilitamiento de las instituciones. El dinero producto del delito convierte las economías, especialmente las emergentes, en cada vez más dependientes de esos capitales ilícitos, en tanto que las más desarrolladas llegan incluso a ver conmovidos diversos sectores, como, por ejemplo, el financiero (Pérez Lamela - Reartes, 2000).

Va de suyo que la amplitud de los bienes que pueden quedar abarcados por esta gran categoría provocó, a la hora de delimitar su contenido, múltiples interpretaciones en torno a precisar qué interés concreto pone en peligro esta acción.

Esto mismo sucedió cuando el Parlamento español decidió ubicar sistemáticamente el tipo penal de blanqueo de capitales entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

Para Del Carpio Delgado (1997), el bien jurídico que protege este tipo penal es la circulación de los bienes en el mercado, como elementos indispensables para su normal funcionamiento, y la economía en general. También se ha interpretado que la

²⁷⁷ Dentro del cual se ubicaban los tipos penales como el hurto, el robo, la extorsión, las estafas y otras defraudaciones, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, la propiedad de marcas y designaciones, la usura, las insolvencias punibles, los delitos tributarios, los delitos cambiarios, los delitos aduaneros, los fraudes al comercio y la industria, los delitos de desabastecimiento y los delitos contra la competencia.

potencialidad negativa del lavado reside en la desestabilización del mercado y de la economía (Gómez Iniesta, 1996). Del mismo modo, se entendió que el orden socioeconómico es el objeto de protección de los tipos penales del lavado de dinero, ya que sus efectos repercuten en el ámbito de lo social y de lo ético, al deteriorar la moral social, generar violencia, corrupción, y crear desigualdades al interior de la comunidad (Ibáñez Najar, 1999).

Una posición que ha despertado un interés singular en la doctrina es la que considera que el lavado de dinero protege el régimen de la libre competencia (Bottke, 1998).

En sentido similar, se ha afirmado que los procesos de blanqueo inciden muy negativamente en la ordenación del mercado que de él deriva. El consumidor ve cómo se disminuye su capacidad de elegir y el empresario advierte cómo su margen de actuación se reduce progresivamente, presionado por quienes se suman al mercado despreciando las reglas de la honesta competencia (Caparrós, 1998).

Sea cual fuese la interpretación que se siga, debe tenerse en cuenta especialmente que el blanqueo de capitales no es una actividad ajena y aislada de la acción de la criminalidad organizada o de la corrupción sistemática, sino que, por el contrario, forma parte de estos fenómenos complejos y constituye un eslabón fundamental en la cadena de las acciones criminales desplegadas.

Entonces, la represión penal de esta última fase, a nuestro modo de ver, aparecería como una estrategia dirigida a atacar el poder económico de los empresarios y los funcionarios corruptos, así como de las organizaciones delictivas para debilitarlas, impedirles gozar del producto de sus actividades y frenar los efectos nefastos de la economía delictiva en los engranajes de la economía legal.

Desde esta óptica, la finalidad de su penalización, además de la protección macroeconómica, estribaría en la prevención para evitar las fuentes de financiación de determinados hechos delictivos²⁷⁸, procurando alejar al sujeto activo del provecho del delito, y anular el estímulo para la comisión de nuevos delitos.

²⁷⁸ La doctrina alemana ha considerado que el legislador ha querido identificar como objeto de tutela del tipo de blanqueo de capitales del 261 del StGB la lucha contra la criminalidad organizada. Se sostiene que el fundamento de la punición se encontraría en el hecho de hallarnos frente a conductas peligrosas que facilitan la infiltración en la sociedad de la denominada criminalidad organizada, que de este modo va aumentando su poder organizativo.

En palabras de Bacigalupo (1998), el blanqueo o reciclaje de dinero proveniente de la comisión de delitos se ha convertido en un tema central de la política criminal. La legislación busca impedir que tales beneficios ingresen en el flujo lícito de dinero y bienes patrimoniales, luego de ciertas “operaciones cosméticas” que oculten su origen.

5.4.3. LAVADO DE DINERO PROVENIENTE DE UN DELITO (ART. 303 DEL CÓDIGO PENAL)

En Argentina, a partir de las modificaciones aludidas, se plasmó un nuevo tipo penal de lavado de dinero en el artículo 303 del Código Penal. Concretamente, se prevé una pena de tres a diez años y una multa, en los siguientes supuestos:

[Para el que] 1) convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí; 2) La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos: a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza; b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones (...) 3) El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito...

A continuación, explicaremos brevemente los aspectos objetivos y subjetivos de esta figura, para luego introducirnos en la relevancia que tiene el tipo penal cuando el ilícito procede de una contratación pública irregular, así como en lo que viene interpretando la jurisprudencia.

5.4.3.1. Tipo objetivo

5.4.3.1.1. *Sujeto activo*

En primer lugar, debe quedar claro que el tipo penal de lavado de dinero ha sido concebido como un delito autónomo y diferente del delito previo, por lo que ya se lo considera un supuesto más de encubrimiento.

Para la normativa penal, la acción de blanquear el dinero no es un mero ocultamiento o aprovechamiento normal y esperable del producto del delito, sino que es una conducta diferente. Así, el lavado de dinero se constituye en una actividad diferenciable del delito

precedente, que requiere un despliegue de medios y una reiteración de actos complejos y sucesivos que de ningún modo se asemejan al delito anterior.

En la redacción no hay restricción para el posible círculo de sujetos activos del lavado de dinero, de manera tal que es indiferente su intervención en el delito previo. Se trata, por consiguiente, de un delito común y, además, autónomo; no existe obstáculo legal alguno en condenar a un sujeto por autolavado de dinero²⁷⁹.

Por ende, el sujeto activo del ilícito penal precedente cometerá un delito nuevo y diferente si, luego de cualquier acto de corrupción (fraude en perjuicio de la Administración pública, cohecho, exacciones ilegales, prevaricación, etc.), recicla el producto del primero, pudiendo ser condenado, por esta última acción, a una pena superior a la del ilícito previo.

5.4.3.1.2. *Acción típica (art. 303, inc. 1º)*

Al igual que lo que prescribía el derogado artículo 278, inciso 1º, a), los verbos con los que se define la acción son “convertir”, “transferir”, “administrar”, “vender”, “gravar”, y se incorpora la acción típica de “disimular”.

El legislador nacional se ha valido de una enumeración ejemplificativa a la hora de mencionar los verbos típicos que constituyen la figura. Todos estos parecieran ser distintas especies del género “que de cualquier otro modo pusiere en circulación”, expresión con la que finaliza la enunciación de acciones punibles.

En este sentido, la redacción actual del tipo penal de lavado (artículo 303 del Código Penal) se asimila a la fórmula utilizada para el delito de estafa genérica (artículo 172 del Código Penal), que, si bien especifica diversas conductas, entre ellas “convertir, transferir, administrar, vender, gravar, disimular”, finaliza con una expresión genérica que, como señaláramos, tiende a incorporar toda acción que apunte al fin perseguido.

²⁷⁹ De acuerdo a lo que surge del informe del GAFI sobre la evaluación de Brasil, publicado el 22 de julio de 2010, no existe principio fundamental alguno en la ley brasileña que impida que una persona que lava dinero sea condenada y sancionada por el ilícito anterior. Es más, el Supremo Tribunal de ese país ha sostenido que las actividades de lavado de dinero son independientes de los delitos precedentes (sic- Inq. 2245, Reporter Ministry Joaquim Barbosa, plenario completo, resolución: 28.08.2007. *Boletín Oficial*, 09.11.2007).

Se trata de una fórmula abierta e indeterminada desde el punto de vista de la tipicidad, que busca abarcar todas las modalidades de comisión posibles.

“Convertir” sugiere la transformación del bien de origen ilícito en otro de distinta naturaleza. Los actos de conversión involucran todas las formas posibles de colocación o movilización primaria de dinero líquido. En la materialización de las conductas de conversión de bienes, se recurre a varias técnicas de estructuración y fraccionamiento, a través de diversas operaciones financieras, de inmisión del dinero en el circuito económico y financiero (Prado Saldarriaga, 2007).

“Transferir” permite tipificar operaciones de lavado posteriores a la etapa de colocación. Es decir, todas aquellas que corresponden a la etapa de intercalación o estratificación, en la que el objetivo del agente es alejar los capitales o bienes convertidos de su origen ilícito y de su primera transformación (Prado Saldarriaga, 2007). “Administrar” hace referencia a detentar el gobierno y la dirección de los bienes de origen espurio. “Vender” significa transmitir el bien a título oneroso. “Gravar” quiere decir constituir sobre el bien de origen delictivo un derecho real de garantía. Por último, el verbo típico “disimular” implica la acción de ocultar, disfrazar, esconder o tapar, con el fin de evitar que se conozca el origen ilícito del bien.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que lo relevante es que todas esas conductas típicas lleven a “la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito”, lo que permite concluir que no es requisito *sine qua non* que los bienes efectivamente adquieran la apariencia de licitud buscada por el autor.

Esta última circunstancia nos permite afirmar que nos encontramos frente a un delito de peligro. Las acciones descritas no necesitan producir el resultado deseado –lograr que los bienes adquieran la apariencia de lícitos–, ya que es suficiente la sola puesta en peligro.

5.4.3.1.3. *Objeto de la acción (ilícito penal y delitos tributarios)*

El objeto material del artículo 303 se encuentra integrado por “bienes provenientes de un ilícito penal”. El término “bienes” ha de ser entendido en sentido amplio, de manera que abarque cualquier beneficio que tenga significación económica.

Debe considerarse que el tipo penal no requiere que estos bienes provengan de la comisión de un delito, sino tan solo de un ilícito penal. Esto significa que la acción precedente, además de típica, debe ser contraria a derecho y, por ende, antijurídica.

Lo relevante es que el hecho antecedente del lavado de dinero sea un delito, pero no hace falta que el hecho anterior del cual provienen los bienes haya sido un hecho culpable y punible, sino que basta que haya sido típico y antijurídico, es decir, un hecho ilícito. Coinciden la doctrina y la jurisprudencia en que el origen ilícito de los bienes es lo que convierte en reprochable su adquisición o recepción, no la culpabilidad y punibilidad del autor del ilícito previo. La mención de lo delictivo tiene únicamente el sentido de que solo un hecho ilícito penal puede ser antecedente; no una contravención, una infracción administrativa o fiscal, etc. (Córdoba, 2015).

Lo expuesto lleva a afirmar que no es necesario que haya un veredicto de culpabilidad del hecho precedente, sino que basta la sola comprobación de un comportamiento típico y antijurídico. Esta modificación puso fin a la controversia en torno a precisar qué grado de certeza procesal se requiere para la comprobación de la existencia de un delito previo.

No obstante, un requisito que debe verificarse ineludiblemente es la determinación del ilícito penal del que deben provenir los bienes; por ejemplo, irregularidades o arbitrariedades llevadas a cabo en el proceso de contratación pública, que tengan entidad para quebrantar un tipo penal.

Por otra parte, al no especificarse de qué ilícitos penales deben provenir los bienes, la interpretación correcta es que pueden originarse como consecuencia de la comisión de cualquiera de los comportamientos ilícitos que describen el Código Penal y las leyes complementarias; por ejemplo, las defraudaciones previstas en la Ley Penal Tributaria.

Sobre este punto, entendemos adecuado realizar algunas precisiones, dado que ha sido un tema controvertido en la doctrina.

En primer lugar, para una mejor comprensión del tema, consideramos necesario trazar una diferenciación entre el dinero “negro” y el dinero “sucio”, pues es habitual que se utilicen estos conceptos como sinónimos, cuando no lo son. En efecto, el dinero “negro” es aquel cuyo titular mantiene al margen de las instancias de control fiscal, es decir, al margen de todo control de la Hacienda pública. Por su parte, el dinero “sucio”, además de permanecer a espaldas de los circuitos económicos oficiales, encuentra su origen en

una actividad ilícita por sí misma (Luciani, 2009), como podrían ser los actos de corrupción en contrataciones públicas.

De manera gráfica, Blanco Cordero (2002) diferencia ambos conceptos y los relaciona con las palabras “lavado” o “blanqueo”. Así, sostiene que, si el dinero es negro, hay que blanquearlo, y, si está sucio, hay que limpiarlo o lavarlo.

Es claro que la diferenciación que hace la doctrina entre el dinero negro y el sucio no es más que una manera de distinguir entre el dinero que se mantuvo en el patrimonio como producto de algún ilícito tributario y aquel otro que proviene de cualquier actividad criminal, como los delitos de corrupción.

Sentado ello, la duda que surge es si el dinero negro, por haber permanecido dentro del patrimonio del sujeto activo, y por haberse omitido ingresarlo en el fisco, puede calificarse como proveniente de un delito, pues siempre permaneció dentro del dominio del autor y emanó de una fuente lícita.

En particular, el debate en Argentina no se plantea en los delitos de aprovechamiento indebido de subsidios, o en la obtención fraudulenta de beneficios fiscales (arts. 3° y 4° de la Ley 24.769), que no presentan ninguna particularidad ni dificultad de interpretación, sino en el delito de evasión tributaria. La pregunta que habría que responder es si el dinero que el evasor deja de pagar al fisco puede ser considerado un bien que proviene de la comisión de ese delito. Es decir, la discusión acerca de si la evasión fiscal puede ser “hecho precedente” de lavado de dinero no se vincula con la cuestión de si forma parte o no de los delitos que integran esa categoría, sino con la interpretación del elemento proveniente (Córdoba, 2015).

A nuestro modo de ver, no existe diferencia alguna entre el dinero que el contribuyente, mediante una defraudación tributaria, omitió ingresar a las arcas del Estado, y aquel que se obtuvo, por ejemplo, de una administración desleal, un cohecho, una exacción ilegal o una malversación, pues en todos los casos el dinero se hallaba bajo el dominio del sujeto activo.

La circunstancia de que el dinero negro emane de una fuente lícita no cambia la cuestión, pues lo que correspondía y se ajustaba a derecho era que el dinero negro no tributado se encontrara dentro del patrimonio del Estado y no dentro del patrimonio del defraudador (Sancinetti, 2008).

Para expresarlo en términos sencillos, así como el dinero que alguien roba proviene de un delito, porque el robo es la causa de que ese dinero se halle ahora en su patrimonio, así también el dinero que alguien evade provendría de un delito, porque la evasión es la causa de que ese dinero permanezca en su patrimonio (Córdoba, 2015).

En definitiva, consideramos que el dinero negro es tan sucio como el que proviene de cualquier actividad ilícita, pues, más allá de que su origen pudiera ser limpio, no puede omitirse considerar que se ensucia con la acción fraudulenta en perjuicio del fisco, por lo que resulta indistinto que la incorporación inicial haya tenido fuente legítima. De esta manera, el dinero que se quedó el contribuyente y que omitió tributar conforme la ley –si supera los montos objetivos de punibilidad exigidos en la Ley Penal Tributaria– constituye un fraude fiscal, por lo que, a nuestro parecer, proviene de un delito. Asimismo, por esa razón debe ser situado en un plano de igualdad respecto del dinero sucio derivado, por ejemplo, de acciones corruptas, narcotráfico, trata de personas o un robo.

De otro plano, no compartimos la posición asumida por un sector doctrinario que sostiene que, si el dinero es “negro”, la reconversión (blanqueo) de ese capital sustraído hasta ese momento al control del Estado implica una especie de arrepentimiento que conlleva una retractación o un replanteamiento de la actividad económica del sujeto para poder disfrutar de la riqueza obtenida (Bajo Fernández, 1994). En consecuencia, el ordenamiento jurídico no debería castigar el blanqueo de dinero negro, sino encauzarlo e incluso promoverlo, dado que la completa obstaculización de aquel sería incongruente con una política elemental y necesaria orientada a luchar contra la evasión fiscal (Caparrós, 1998).

Entendemos que el arrepentimiento posterior de la evasión nunca puede operar como una suerte de excusa absolutoria cuya consecuencia sea la impunidad del sujeto activo, pues el comportamiento típico se encontraría perfeccionado y no habría razón valedera para que el Estado omitiera la persecución de dicho ilícito. Mucho menos puede imaginarse un ordenamiento jurídico que incentive este tipo de conductas disvaliosas. De allí que, como mucho, el arrepentimiento posterior del sujeto activo podrá funcionar como un criterio orientador a la hora de que el magistrado pondere la pena que se impondrá por el hecho (Luciani, 2009).

Realizadas estas aclaraciones, dejamos en claro nuestro criterio en cuanto a que los delitos tributarios pueden ser considerados delitos precedentes del lavado de activos. Además,

debemos decir que, en la práctica, la atención se centrará en algunos hechos ilícitos. Entre ellos, los delitos tributarios.

Recordemos que la Ley 25.246, al crear la Unidad de Información Financiera²⁸⁰, le asignó como función el análisis de cualquier hecho u operación sospechosa de lavado de activos o financiamiento de terrorismo que informen los sujetos obligados, enumerados taxativamente en el artículo 20 de la mencionada ley²⁸¹.

Ahora bien, en el artículo 6° de dicha normativa, se establece que ese organismo será el encargado del análisis, el tratamiento y la transmisión de información, a los efectos de prevenir e impedir lo siguiente:

- a) Delitos relacionados con el tráfico y comercialización ilícita de estupefacientes (Ley 23.737); b) Delitos de contrabando de armas (Ley 22.415); c) Delitos relacionados con las actividades de una asociación ilícita calificada en los términos del artículo 210 bis del Código Penal; d) Hechos ilícitos cometidos por asociaciones ilícitas (artículo 210 del Código Penal) organizadas para cometer delitos por fines políticos o raciales; e) Delitos de fraude contra la Administración Pública (artículo 174 inciso 5° del Código Penal); f) Delitos contra la Administración Pública previstos en los Capítulos VI, VII, IX y IX bis del Título XI del Libro Segundo del Código Penal; g) Delitos de prostitución de menores y pornografía infantil, previstos en los artículos 125, 125 bis, 127 bis y 128 del Código Penal; h) Delitos de financiación del terrorismo (artículo 213 quáter del Código Penal); i) Extorsión (artículo 168 del Código Penal); j) Delitos previstos en la ley 24.769; k) Trata de personas.

En lo que aquí interesa, debe tenerse en cuenta que la norma especialmente señala, entre los delitos precedentes del lavado de dinero, los delitos tributarios, el fraude en perjuicio de la Administración pública, el cohecho y el tráfico de influencias, la malversación de caudales públicos, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, las exacciones ilegales y el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados.

Entonces, todos los delitos comentados a lo largo del presente tienen plena aplicación para casos de corrupción en la contratación pública.

5.4.3.1.4. *Límite cuantitativo*

El inciso 1) establece, como requisito para la configuración de este delito, que los bienes producto del hecho ilícito anterior (como, por ejemplo, en los casos de corrupción) superen la suma de \$ 300.000 –sea que esta suma se alcance en un solo acto o por la

²⁸⁰ Artículo 5° de la Ley 25.246, modificado por el artículo 7° de la Ley 26.683.

²⁸¹ Este artículo fue modificado por el artículo 15° de la Ley 26.683, estableciendo los sujetos obligados a informar a la UIF, en los términos del artículo 21 de dicha ley.

reiteración de hechos diversos vinculados entre sí—. Caso contrario, es decir, si el valor de los bienes no supera la suma indicada, el delito de lavado de dinero quedará subsumido en el inciso 4) del artículo que comentamos. Esta cláusula amerita la realización de algunas consideraciones. Veamos.

En primer lugar, en aquella ocasión, se decidió aumentar el monto mínimo a partir del cual se constituye la responsabilidad penal (de \$ 50.000 a \$ 300.000).

Esta actualización, en aquel entonces, era absolutamente necesaria, dados los profundos cambios económicos acaecidos en el país (Luciani, 2011). No obstante, observamos que, con el correr del tiempo, y con motivo de la inflación imperante en el país, ese monto ha quedado nuevamente desactualizado.

5.4.3.2. Tipo subjetivo

No abordaremos cuestiones dogmáticas referidas a este aspecto. Solo diremos que la estructura típica del delito permite inferir que se requiere dolo directo. El sujeto activo no solo debe saber que los bienes provienen de la comisión de un ilícito penal, y conocer que la suma supera el monto establecido en el tipo objetivo, sino que, además, debe querer darles a esos bienes la apariencia de un origen lícito.

En el caso de los diferentes delitos que pueden cometerse en el marco de una contratación pública irregular, es indistinto que el sujeto activo sepa que el dinero ilegal lo es como consecuencia de un fraude en perjuicio del erario, una malversación, una exacción, un cohecho, o de todos ellos, es decir, que conozca fehacientemente la asignación jurídica adecuada. Bastará que su nivel cognitivo normativo alcance que procede de actos corruptos, arbitrarios e irregulares en la contratación pública. Es más, ni siquiera se requiere que se conozca la obra pública concreta en que se cometió la transgresión.

En este sentido, la Cámara de Casación Penal de la Nación (Sala I)²⁸², al casar parcialmente la decisión de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, que confirmó el procesamiento y la prisión preventiva de tres personas imputadas por el delito de lavado de activos de origen ilícito, ratificó que

²⁸² Causa nro. 6754, caratulada “Orentrajch, Pedro y otro s/recurso de casación”, del 21 de marzo de 2006.

el “saber” no tiene que alcanzar el conocimiento acerca de la actividad ilegal específica que ha generado los bienes, conforme la mayor doctrina sobre el tema.

Sobre la base de la doctrina internacional, argumentó que el nivel de exigencia de este elemento cognitivo normativo no deberá superar el dato de que los bienes proceden de una actividad delictiva grave sin más precisiones, pues la figura delictiva de lavado no exige la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado, generador de los bienes y ganancias que son blanqueadas.

5.4.3.3. Agravante (art. 303, inc. 2, apartados a y b)

El inc. 2) establece una modalidad agravada, cuando el autor realice operaciones de blanqueo de capitales en forma habitual, o bien cuando forme parte de una organización o banda constituida para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza (inciso a). También, cuando el autor sea un funcionario público que cometió el hecho en ejercicio o en ocasión de sus funciones (inciso b).

En el artículo 2) inc. b, segunda y tercera parte, se prevé la inhabilitación especial de 3 a 10 años para quien haya cometido el hecho, en ejercicio o en ocasión de sus funciones públicas (funcionario público) o de una profesión u oficio que requiera habilitación especial. Esto resulta absolutamente lógico, si se considera que se ha utilizado el cargo de funcionario, con todo lo que ello implica, para fines delictivos y no para cumplir con la manda exigida.

5.4.4. INTERVENCIÓN DE UNA PERSONA DE EXISTENCIA IDEAL

El artículo siguiente establece sanciones para las personas jurídicas, cuando los hechos previstos en el artículo 303 del Código Penal se hayan realizado en nombre, con la intervención o en beneficio de una persona de existencia ideal. Esta previsión responde a una nueva exigencia del GAFI.

Ciertamente, en el *Informe de evaluación mutua* del GAFISUD y FATF-GAFI sobre Argentina, publicado el 16 de diciembre de 2010²⁸³, se señaló que debía establecerse la

²⁸³ Ver en la página web del GAFISUD (www.gafisud.info/home.htm).

responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que no existía un principio fundamental del derecho argentino que lo impidiera. En suma, se afirmó que debería implementarse un sistema efectivo de responsabilidad administrativa²⁸⁴.

Pero no solo este organismo instó a la penalización de las personas jurídicas; también la Convención de Palermo sugiere a los Estados parte adoptar las medidas necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, cuando se trate de delitos graves –como, por ejemplo, el blanqueo de dinero– o se encuentre involucrado un grupo delictivo organizado. Dicha responsabilidad podrá ser de índole penal, civil o administrativa²⁸⁵.

Con base en tales fundamentos, se decidió incorporar dentro del plexo represivo una norma que sanciona a las personas de existencia ideal. No puede omitirse considerar que, en toda contratación pública, la cara visible es la empresa y no las personas de existencia real. Es usual, entonces, que las personas de existencia real enmascaren u oculten su interés espurio o contrapuesto poniendo por delante –o como pantalla– a la empresa, por lo cual esta incorporación resulta a todas luces atinada.

El artículo 304 del Código Penal establece un catálogo de sanciones para las personas jurídicas, que deberán aplicarse en forma conjunta o alternativa, cuando algunas de las acciones a las que hace referencia el tipo penal anteriormente comentado (artículo 303 del Código Penal) hayan sido realizadas en nombre, con la intervención o en beneficio de una persona de existencia ideal, entendida como aquel ente susceptible de adquirir derechos o de contraer obligaciones, que no sea una persona de existencia visible.

La finalidad de sancionar estas uniones responde a una realidad criminológica en la que los hechos delictivos de mayor incidencia social y económica son llevados a cabo por grandes empresas, muchas de ellas transnacionales, caracterizadas por una división organizativa del trabajo (Zúñiga Rodríguez, 1997). Este tipo de criminalidad no puede combatirse en forma eficaz tan solo a través de la responsabilidad de sus integrantes; la eventual incriminación de estos últimos no impide la continuidad de la práctica delictiva

²⁸⁴ El diputado Tunessi, en el debate parlamentario de la ley, expresamente hizo alusión a ello cuando afirmó: “... hemos contribuido vivamente a cumplir con los compromisos que corresponden al Congreso de la Nación en cuanto a la modificación de la ley que es una de las exigencias del GAFI, aspecto en el que la Argentina se encuentra en mora (...) El país debe garantizar las normas que se requieren y cumplimenten con estándares internacionales en todo el mundo, y sobre todo en la región...”.

²⁸⁵ Ver artículo 10 de la convención.

de la propia persona jurídica. Por eso es necesario también sancionar al ente de existencia ideal.

Así, resulta conveniente este régimen sancionatorio en el que se establecen multas, suspensiones totales o parciales de las actividades, suspensiones para participar en concursos o licitaciones estatales de obras y servicios, o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, la cancelación de la personería cuando haya sido creada al solo efecto de la comisión de delito, o cuando esos actos constituyan la principal actividad de la entidad, la pérdida o suspensión de los beneficios estatales y la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

5.4.5. CASOS DE LAVADO VINCULADOS A CONTRATACIONES PÚBLICAS

5.4.5.1. Caso Luis Roldán Ibáñez (S. 8670/1999 del TS español, del 21/12/99)

Se le atribuyó al funcionario que, durante su mandato como director general de la Guardia Civil (del 4 de noviembre de 1986 al 7 de diciembre de 1993), desarrolló una actividad delictiva amparado en su cargo público, con la finalidad de enriquecerse ilícitamente. Así, se apoderó de fondos públicos destinados a gastos reservados; exigió y obtuvo, por parte de empresas constructoras que pretendían resultar adjudicatarias de los contratos de la Guardia Civil, el pago de comisiones elevadas a cambio de tales adjudicaciones; obtuvo de otras empresas, mediante engaño, el pago de determinadas sumas de dinero para la prestación de supuestos servicios de seguridad que nunca llegó a efectuar; ocultó el considerable patrimonio obtenido y creó una sociedad, para cobijar en ella parte de sus ganancias ilícitas, valiéndose de una mecánica de ocultación en España y en Suiza, para mantener su opacidad.

En la sentencia se acreditó: *i)* el pago de una comisión del importe exacto de la adjudicación por parte de las empresas constructoras; *ii)* el encubrimiento de dicho pago en la contabilidad de las empresas mediante facturas falsas; *iii)* el direccionamiento y la adjudicación irregular de las obras, a pesar de que en los expedientes se intentó aparentar legalidad y transparencia; *iv)* el ocultamiento del origen y el destino del dinero producto de pago de comisiones, mediante un complejo sistema de fraccionamiento y entrecruzamiento de cheques, transformándolos en otros cheques bancarios, de importes diferentes, que luego eran utilizados en la adquisición de bienes de uso particular;

v) transferencias de dinero ilícito en España y en Suiza, para ocultar el patrimonio que obtuvo ilícitamente.

En concreto, respecto de la contratación para realizar obras públicas, se sostuvo lo siguiente:

[Se] adulteró el mecanismo legalmente establecido para la contratación pública de las obras a realizar en la Dirección General de la Guardia Civil, abusando del sistema de adjudicación directa que, por razones de seguridad y urgencia, establecía la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, hoy derogada. De esta forma, se añade en los hechos probados, el acusado decidía personalmente, con carácter previo a la formalización del expediente, las adjudicaciones de obras de la Guardia Civil, que se convertían así en una mera cobertura de una decisión ya adoptada de antemano, exigiendo a las empresas constructoras, como condición para resultar adjudicatarias, el pago de una comisión de un tanto por ciento del importe de adjudicación o en su caso de cantidades alzadas, marginando al procedimiento legal de selección de las empresas licitadoras. La existencia de razones de seguridad o urgencia que habilita para la adjudicación de obras con carácter directo, no significa, en absoluto, la desaparición de los criterios de objetividad e imparcialidad que presiden necesariamente la actividad pública por mandato constitucional. El hecho de prescindir de modo manifiesto de cualquier criterio objetivo en la adjudicación de obras del Estado y marginar los parámetros de seguridad, eficacia, calidad, celeridad, o coste, entre otros, para adjudicar las obras en función exclusiva de la percepción de ilícitas comisiones, sustituyendo la discrecionalidad por la más pura arbitrariedad, califica manifiestamente de injusta la actuación del acusado...”.

En otro segmento de la sentencia se estableció:

Igualmente resulta probado que los procesados (...), con el objeto de lograr la ocultación de los fondos procedentes de los gastos reservados, a que se refiere el apartado I de esta resolución, así como de los que provenían de las cantidades pagadas por las empresas constructoras (...), acordaron con el también procesado Jesús Carlos, Director de la Agencia nº 4022 del Banco Bilbao Vizcaya (...), un mecanismo tendente a tal fin. Para ello, el procesado Carlos Francisco (...), se encargaba de gestionar materialmente los medios de pago procedentes de las ilícitas operaciones (...), para que (...) procediera a su fraccionamiento y entrecruzamiento con otros cheques, sin que conste que el Director de la entidad bancaria conociera el origen ilícito de los mismos (...).

(...) [Se] defraudó a la Hacienda Pública en la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondientes a los ejercicios fiscales de 1988, 1989, 1990, 1991 y 1992, mediante la ocultación de ingresos efectuados en las cuentas corrientes de las que era titular, tanto dentro como fuera del territorio nacional, así como de la percepción de fondos procedentes de su delictiva actividad, una vez éstos eran introducidos de nuevo en el tráfico jurídico mercantil (...).

(...) [Para llevar a cabo tal ocultamiento del dinero ilícito] el procesado contó con la colaboración del procesado Carlos Francisco, quien a partir de 1987 abrió diversas cuentas en el Banco suizo (...), a su propio nombre y el de familiares suyos, así como con la de la procesada María Antonieta (...), con quien contrajo matrimonio el 26 de abril de 1991. A partir de ese momento, la procesada colaboró con Benito, con pleno conocimiento de su ilícito origen, en la ocultación, disposición y disfrute de los fondos públicos de los que el citado se apoderó, una vez llevada a cabo tal acción...

En razón de que la defensa argumentó, como motivo de casación, la vulneración del principio *non bis in idem*, el tribunal consideró:

[E]n el supuesto actual la sanción por los delitos contra la Hacienda Pública se fundamenta en la defraudación derivada de formular declaraciones negativas, con reclamación de devolución, por parte de quien disfrutaba de un enorme patrimonio inmobiliario y mobiliario oculto, así como de unos inmensos ingresos obtenidos de una amplia pluralidad de fuentes,

en parte lícitas, en parte directamente ilícitas, en parte indirectamente ilícitas, es decir procedentes de la reinversión de ganancias ilícitas y en parte procedentes de actividades...

5.4.5.2. Caso Luis Alcalde (S. 613/2018 del TS español, del 29/11/18)

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Estepona instruyó sumario por delito de fraude en la contratación, malversación de caudales públicos, prevaricación urbanística, cohecho y blanqueo de capitales. Con motivo de diferentes recursos de las partes, el caso arribó a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en lo que aquí interesa, se expidió respecto al delito de blanqueo de capitales. Sostuvo en tal ocasión:

Resulta indiferente que el autor del delito precedente sea el mismo al que se imputa el blanqueo u otro. Los actos típicos (de blanqueo) son autónomos respecto a la modalidad precedente y han de ser idóneos al fin de que se trata. Por eso la misma persona que cometió el delito antecedente del que derivan los bienes puede cometer también el de blanqueo respecto de esos mismos bienes.

La LO 5/2010, siguió esta línea de pensamiento, al añadir en el apartado 1 del art. 301: sabiendo que éstos, los bienes, tienen su origen en una actividad delictiva “cometida por él o por cualquier tercera persona”. En este sentido las SSTS 313/2010, de 8 de abril y 974/2012, de 5 de abril, recuerdan que el delito de blanqueo de capitales un delito autónomo de aquel al que se vinculan los capitales objeto de la actividad específicamente tipificada en el art. 301 del CP. No requiere por ello que el delito de referencia haya sido objeto de enjuiciamiento previo y sanción penal y resulta indiferente que el autor de ese delito sea el mismo al que se imputa el blanqueo u otro

En definitiva, admitiéndose que la existencia del delito previo constituye elemento objetivo (normativo) del tipo y su prueba condición asimismo de tipicidad, en ningún caso la jurisprudencia requiere que hubiera procedido sentencia condenatoria firme, bastando con que el sujeto activo conozca que los bienes tengan como origen un hecho típico y antijurídico (SSTS. 19.9.2001, 19.12.2003, y 23.12.2003), y ni siquiera se considera preciso que se determine la autoría del delito precedente (STS. 23.2.2005), por cuanto tal requisito, necesidad de condena previa, haría imposible en la practica la aplicación del tipo de blanqueo.

La jurisprudencia, por tanto, ha establecido que no es preciso acreditar una condena anterior por el delito del que proceden los bienes o dinero lavado, siendo bastante con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero, en función de los demás datos disponibles (...)

Y en el caso presente, como ya se ha señalado en motivos precedentes, el origen del dinero tenía su origen en las dádivas recibidas por Luis de José con la finalidad de obtener este un trato privilegiado y beneficioso en las actuaciones urbanísticas que se proyectaron.

5.4.5.3. Caso Palau (S. 693 del TS español, del 29/04/20)

En este caso, investigado por el Juzgado de Instrucción nº 30 de Barcelona, por los delitos de malversación de caudales públicos, apropiación indebida, falsedad documental, tráfico de influencias, blanqueo de dinero y contra la Hacienda pública, en lo que aquí interesa, se afirmó:

Como hemos indicado en numerosas resoluciones como son las sentencias núm. 849/2014, de 2 de diciembre citada en la sentencia recurrida, o la 238/2016, de 29 de marzo, entre otras muchas, no existía inviabilidad típica para sancionar el denominado “autoblanqueo”, antes de la reforma operada en el artículo 310 CP, por la LO 5/2010, que se limita recoger la doctrina jurisprudencial al respecto.

Aunque el autoencubrimiento, no sea sancionado, el blanqueo de capitales, en cuanto excede del mero encubrimiento, debe ser sancionado, aunque sea realizado por el propio autor del delito que genera las ganancias.

Por ello, debemos ponderar en relación con el delito de blanqueo de capitales que: a) Mientras en la receptación y en el encubrimiento el legislador excluye explícitamente a los partícipes del delito previo determinante, tal exclusión no se ha incorporado nunca a la descripción del tipo del blanqueo; sino que, además, desde la última reforma se sanciona expresamente esta conducta cometida por el autor del delito previo. b) Pese a la proximidad del blanqueo con la receptación, la consideración de mayor gravedad del blanqueo para el legislador, resulta obvia si atendemos a la entidad de las penas que respectivamente les conminan. c) Ello deriva de la mayor autonomía del blanqueo de capitales frente al delito previo, que la receptación y el encubrimiento, como resulta así mismo de toda ausencia limitativa de la pena del blanqueo a la del delito previo, como por contra se establece para el encubrimiento y la receptación en los arts. 452 y 298.3 CP. d) Consiguientemente, ninguna accesoriedad, ni siquiera limitada cabe predicar del delito blanqueo en relación con el delito precedente.

Así, concluyó de manera contundente que se trata de un delito autónomo y separable del ilícito previo:

En modo alguno se trata de una idéntica conducta la que permite tipificar el tráfico de influencias y la que integra el delito de blanqueo de capitales; toda la actividad de ocultación, de enmascaramiento es adicional y diferenciada de la de tráfico; y de ahí la inviabilidad del concurso ideal que propone el recurrente (...)

Del relato de hechos probados, resulta que: i) las falsedades societarias en concurso con los delitos de malversación de caudales/apropiación indebida y falsedad en documento mercantil, respondían a una ideación generalizada de enriquecerse a costa de los fondos del Palau de la Música, donde se planificaban determinadas apropiaciones o simplemente se aprovechaba esa común situación derivada de su acumulación de cargos en conjunción fundamentalmente Fausto; mientras que ii) las falsedades societarias, en concurso con los delitos de blanqueo de capitales obedecían a una planificación singularizada, sobrevenida, autónoma, en beneficio propio pero en mayor medida de terceros, cual era el ocultamiento y opacidad del abono de comisiones por parte de Ferrovial a Convergencia, a cambio de obra pública.

5.4.5.4. Caso Sauces SA

Uno de los casos más resonantes en materia de lavado de dinero por irregularidades en la obra pública de Argentina ha sido el caso conocido como “Los Sauces” –ya referido–. Allí, la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal se expidió el 30 de noviembre de 2017²⁸⁶ en este sentido:

... que a los fines de valorar el suceso pesquisado en su verdadero alcance y significación, es preciso atender a la relación preexistente entre N. K. y C. F. con L. B., quienes –según la hipótesis investigada en la causa N° 5.048/16– habrían integrado una organización criminal

²⁸⁶ CFP 3732/2016/49/CA9 “Fernández, Cristina Elisabet y otros s/procesamiento”.

que tenía por objeto apoderarse de fondos destinados por el Estado Nacional a la realización de obra pública vial en la Pcia. de Santa Cruz. Y en ese contexto, que la ex presidente y B. habrían intervenido en diversos supuestos de defraudación (...), junto a ex funcionarios nacionales y provinciales con competencia en materia de obra pública vial (...)

(...) entre 2003 y 2015 funcionó una asociación ilícita que atravesó distintos estamentos del Estado Nacional (...) La cual fue constituida con el propósito de cometer delitos para apoderarse de los fondos destinados por el Estado Nacional a la obra pública vial a realizarse en la Pcia. de Santa Cruz. Y que, en esa matriz, pero por fuera de la estructura de la Administración Pública, se incardinaba el aporte efectuado por L. B., a fin de que sus empresas resultaran beneficiadas mediante el irregular otorgamiento de contratos del ramo, acorde con el propósito de aquella organización criminal (...)

(...) la ex presidente C. F., otras personas que cumplían funciones públicas durante su gobierno y L. B., habrían desarrollado una maniobra defraudatoria con fondos destinados a la obra pública vial en la Provincia de Santa Cruz, y asimismo, habrían integrado una organización criminal cuya finalidad era desarrollar esa clase de acciones delictivas (...) los integrantes de Los Sauces S.A., esto es, C. F., M. K. (desde enero de 2009) y F. K. (desde su ingreso a la firma, tras el fallecimiento de su padre), habrían intervenido en la conducta subsumible como lavado de activos, a través de la decisión, aprobación y/o aval de las aparentes relaciones comerciales mantenidas con Kank y Costilla S.A., Loscalzo y Del Curto S.R.L., Austral Construcciones S.A., Valle Mitre S.A. –todas ellas integrantes del conglomerado perteneciente a L. B.–, Inversora M&S S.A. (...) –Grupo Indalo– e Idea S.A. –perteneciente a Osvaldo Sanfelice–...

5.4.5.5. Caso Hotesur SA

Otro precedente relevante en la materia es el resuelto el 8 de octubre de 2018²⁸⁷ por los integrantes de la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal, en el caso denominado Hotesur. Allí se entendió lo que sigue:

[una] empresa perteneciente a un imputado beneficiado con la concesión de obras públicas se obligó a pagar el alquiler de establecimientos hoteleros de propiedad de expresidentes de la Nación, aun cuando la explotación de esos hoteles resultaba en sí misma antieconómica, y cumplió con los pagos respectivos con fondos que, en lo sustancial, recibía de otras sociedades del mismo grupo empresario, firmas con distinto objeto social que, a su vez, facturaban a la primera y efectuaban transferencias que no tenían otro propósito que el de sufragar los pagos mensuales a los propietarios de los hoteles, puesto que no recibían aquellas empresas ningún servicio de parte de la empresa del contratista al ser contratos simulados.

(...) mediante el alquiler de los establecimientos hoteleros, se transfirieron fondos que no eran generados por la propia explotación hotelera, sino que provenían de empresas del mismo grupo empresario. [Por ello,] ponderando que los fondos transferidos provinieron, en lo sustancial, de la empresa del contratista coimputado y, en menor medida, de otras de las empresas involucradas en las maniobras defraudatorias, o de sociedades con distinto objeto pertenecientes al mismo grupo empresario, que, a su vez, le facturaron a la mencionada en primer término, es dable concluir en esta etapa que el dinero abonado a la familia de los expresidentes habría tenido origen ilícito (...)

[En] el marco de la maniobra descrita, que habría tenido por finalidad derivar fondos desde el grupo empresario de Lázaro Báez al patrimonio de la expresidente y su núcleo familiar, provenientes de los actos defraudatorios vinculados con la obra pública vial en la Pcia. de Santa Cruz, tanto la exmandataria como sus hijos tuvieron participación como accionistas

²⁸⁷ Causa nro.11352/14, publicado en *El Derecho. Revista de Derecho Penal*, tomo 2019.

y/o beneficiarios finales de Hotesur SA –titular del hotel Alto Calafate– y como propietarios de la hostería Las Dunas.

[Las] ganancias obtenidas por uno de los imputados gracias a los contratos de obra pública vial, en el marco del acuerdo criminal celebrado con funcionarios del Estado, no podían ser distribuidas sin más entre los nombrados. Tales beneficios excedían los márgenes normales de utilidad empresarial y constituían dinero “negro”, que no podía ser entregado directamente a los expresidentes, por lo que era ineludible establecer una causa jurídica que permitiera transferirles parte de esos activos ilícitos.

Por todo lo expuesto, según la hipótesis sostenida en el sumario, “el propósito de la organización criminal habría consistido en disimular el origen ilícito del dinero proveniente de maniobras defraudatorias en la obra pública vial, en la provincia de Santa Cruz...”; así, “se entiende que se trata del mismo supuesto previsto como agravante en el art. 303.2 del Cód. Penal...”.

5.4.5.6. Caso Ruta del Dinero

En la causa en la que se condenó a Lázaro Báez por lavado de activos, la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal, el 14 de julio de 2016²⁸⁸, luego de describir una maniobra compleja de movimientos bancarios que finalizaron en la cuenta bancaria de Austral Construcciones, entendió que estos actos importaron la infracción al artículo 303 del Código Penal:

...se convirtió, transfirió y, vendió, es decir que se puso en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, ello por un valor superior al que prevé la previsión legal.

En cuanto al origen del dinero ilícito, se exhibieron dos hipótesis posibles. Por un lado, la evasión fiscal por parte de los integrantes de Austral Construcciones SA, y, por el otro, la asignación desmedida e irregular de obra pública a Lázaro Báez. Con respecto al delito de lavado de activos, se destacó:

...resulta un delito autónomo sin necesidad de la acreditación en una sentencia previa la existencia del delito subyacente (de la entonces C.N.C.P., Sala I., c.nº 6754, “Orentrajch, Pedro y otro s/recurso de casación”, rta. el 21/03/2006, reg. nº 8622 y de esta Sala c. 30155, “Bellone, A.E. s/procesamiento”, rta. el 14/07/2011, reg. nº 33183), resultando suficiente una referencia genérica al origen de los mismos para después, casi siempre por vía de los indicadores o indicios, llegar a la conclusión racional y motivada de su procedencia (Supremo Tribunal Español, sentencia del 1505/2005 del 23 de febrero de ese año, citado por el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Eduardo Ezequiel Casal, en “B. Nicholas” s/causa 9410, S.C.B.434., L.XLVI, en su dictamen del 29 de abril de 2011)...

²⁸⁸ Causa 3017/2013/124//CA20 “Báez, Lázaro A. y otros s/procesamiento y prisión preventiva”.

Cabe señalar que, luego de un juicio oral y público extenso, que tuvo que interrumpirse con motivo de la pandemia por COVID-19, el Tribunal Oral Federal N° 4, el 24 de febrero de 2021, condenó a Lázaro Báez (dueño de Austral Construcciones SA) –que se encontraba imputado junto con otros consortes– a la pena de 12 años de prisión, por considerarlo autor responsable del delito de lavado de activos.

En los fundamentos de esa sentencia, la mayoría del tribunal destacó que Báez activó todos los medios a su alcance, con el único fin de disimular los fondos millonarios ilícitos producto de la obra pública vial. A criterio de los magistrados, ese “fue el único fin premeditado que condicionó la ideación, planificación y ejecución de esta operación de lavado de dinero, y no la conformación de un patrimonio familiar...”. En concreto:

...las maniobras de blanqueo desplegadas sobre esos fondos hallarían significación legal en las previsiones del art. 303 del C.P. (...) la prueba producida en el debate y la incorporada por su lectura, ha permitido formar plena convicción acerca de que los fondos involucrados en estas maniobras fluyeron (...) principalmente a través de esas dos fuentes: concretamente, desde los hechos de corrupción estatal y corporativa empresarial que se enjuician ante el Tribunal Oral Federal nro. 2, en la mentada causa “Vialidad”.

Se afirmó que el cuadro indiciario, cristalizado en las decisiones jurisdiccionales y en los requerimientos acusatorios, se ha corroborado con otros indicios colectados autónomamente en el debate:

...ese cuadro indiciario, cristalizado en esos actos procesales (instrumentos públicos, con contenido de mérito suficientes a los fines de la acreditación de este elemento del tipo penal), terminó por robustecerse en el juicio, novándose, y adquiriendo entidad propia, sin que las defensas hayan podido contrarrestar, sustancialmente, las valoraciones y conclusiones que dimanaban de esos autos de procesamiento y de ciertas requisitorias de elevación a juicio...

En definitiva, para la mayoría del tribunal, quedó acreditado –con el grado de certeza requerido en esa etapa procesal– que la fuente de proveniencia ilícita de los fondos objeto de lavado de dinero fluyeron, principalmente, de hechos de corrupción. En concreto, de la asignación irregular de 51 licitaciones de obra pública, de forma direccionada, simulando falsa concurrencia en los distintos llamados licitatorios, pues competían las firmas de un mismo conglomerado. Así también, se valoró el diseño de un esquema de beneficios exclusivos y permanentes en favor de Báez y en detrimento del presupuesto público.

A continuación, se exponen los diversos vicios acreditados en la causa:

...la concurrencia de empresas del mismo grupo a la misma licitación; una estrategia corporativa de las empresas para imponer precios más altos, más allá de lo presupuestado; la presentación de ofertas por encima del límite legal con conocimiento de antemano de su descalificación, lo que era una simulación de competencia o la comprobación de sobreprecios del orden del sesenta y cuatro por ciento (64 %) o más incluso; la suscripción de convenios

de financiación por obras después adjudicadas al grupo Báez; la designación de integrantes de la comisión de estudios de la adjudicación de ofertas, después que se conociera quienes eran los oferentes, o la confección de presupuestos sensiblemente superiores a los que la Dirección de Vialidad había decidido financiar (...), la constitución de UTE, simuladas (...).

(...) el propio curso de los trámites administrativos y, en definitiva, la adjudicación de nuevos contratos a pesar de los incumplimientos incurridos con relación a los anteriores, y una serie de irregularidades, todas en el mismo orden, son circunstancias que hacen al fraude en perjuicio de la Administración Pública (...) el objeto de la causa Vialidad abarca cifras siderales, con una estimación de 40.000 millones de pesos, que agota, sin más, la necesidad de argumentar con relación a los 54 millones de dólares, que es el monto del lavado aquí acreditado...

Así, según la sentencia, se demostró la existencia y la operatividad de esta fuente o vertiente por la que fluyeron los fondos ilícitos millonarios, que fueron objeto de una operación de lavado de activos de dimensiones extraordinarias.

5.5. CUESTIONES VINCULADAS CON LA IMPUTACIÓN PENAL

Como ya anticipamos, la imputación de una conducta a un tipo penal determinado puede ser, en algunos casos, relativamente sencilla, pero, en otros, por demás compleja. Esto último sucede, por ejemplo, en hechos graves de criminalidad o cuando intervienen muchas personas (funcionarios y particulares) con diferentes roles, jerarquías, cargos, y existe una estructura en la cual se dividen las tareas que deben desarrollarse o en cuya ejecución no todos intervienen.

5.5.1. EL DOMINIO DE ORGANIZACIÓN (SEGÚN ROXIN)

Justamente, la exigencia de determinados elementos objetivos para la configuración de la autoría obligó a crear estructuras dogmáticas que prescindieran de emparentar la autoría con la ejecución.

La teoría formulada por Roxin (2000) en el marco de los delitos cometidos por medio de aparatos organizados de poder propone una visión diferente de la tradicional autoría mediata, que limitaba el dominio de la voluntad por parte del sujeto de atrás, solo en supuestos de coacción o de un error del ejecutor.

La idea básica del autor es que también se puede dominar un acontecimiento o suceso sin poner las manos en la ejecución, al disponer de un aparato que asegure la ejecución de órdenes incluso sin fuerza o engaño, porque el aparato como tal garantiza la ejecución. El que da la orden puede prescindir de coaccionar o engañar al inmediato, porque el aparato,

incluso si falla una persona concreta, dispone de otras que asumen su función. Por eso es también característico que, la mayoría de las veces, el sujeto de atrás no conozca personalmente al ejecutor inmediato (Roxin, 2014).

Esta forma de imputación nació a partir de la insuficiencia de la autoría tradicional para juzgar eventos graves de criminalidad organizada desde el Estado, en especial en los delitos de lesa humanidad, dado que las teorías tradicionales de imputación penal no alcanzaban para atribuir responsabilidad penal a los altos mandos. Por tanto, estos últimos no respondían como autores por los hechos cometidos, pues veían diluida su responsabilidad penal en los mandos medios y en los ejecutores directos.

Esta teoría tuvo una aceptación amplia en diversos sectores doctrinarios y fue aplicada por la jurisprudencia en reiteradas ocasiones. De esta manera, se modificó el esquema tradicional de imputación de aquellas personas que se valían de estructuras organizadas de poder para la comisión de delitos graves, lo que en la práctica permitió arribar a veredictos condenatorios importantes, y evitar la impunidad de las personas ubicadas en la cúspide de las esferas de poder.

El ejemplo histórico de esta forma de imputación fue la dictadura nacionalsocialista. Cuando Hitler, Hummler o Eichmann –a quien se procesó en Jerusalén en 1961– daban una orden de matar, podían estar seguros de su ejecución, porque la eventual negativa de uno de los incitados a hacerlo no podía producir como efecto que no tuviera lugar el hecho ordenado, por cuanto era realizado por otro. Así, el que actúa de manera inmediata es solo una “pieza o ruedecilla” intercambiable en el engranaje del aparato de poder (Roxin, 2014).

En el proceso contra las Juntas Militares argentinas, tanto la acusación fiscal como la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal se centraron en la tesis de Roxin, es decir, en la construcción de la autoría de los altos mandos en la última dictadura cívico-militar argentina.

El propio Roxin cita algunos pasajes de la resolución de la Cámara de Apelaciones:

Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo (...) En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero

engranaje de una gigantesca maquinaria (...) El instrumento del que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo (...) que está integrado por hombres fungibles...

A partir de esta teoría, se dejó expuesto que existirían tres formas típicas ideales en las cuales un suceso puede ser dominado sin que el autor tenga que estar presente en el momento de la ejecución, a saber: a) puede obligar al ejecutante, b) puede engañar a este último, y c) puede dar la orden a través de un aparato de poder que le asegure o garantice la ejecución (Roxin, 2003).

Es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos, o la dirección de un servicio secreto encargado de perpetrar atentados políticos dominan la realización del resultado de manera distante. A su vez, nadie dudaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global. Así, por ejemplo, el sujeto de atrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa y aprieta el botón para dar la orden de matar puede confiar en que la orden se va a cumplir sin tener que conocer al ejecutor.

Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que, si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, es inmediatamente reemplazado por otro que suplirá su omisión, sin que se afecte la ejecución del plan global.

Un supuesto que Roxin desarrolló para graficar la aplicación de su teoría fue, como anticipamos, el caso de Adolf Eichmann, funcionario nazi que fue encontrado responsable del asesinato de miembros de la comunidad judía, aun cuando no participó directamente del hecho ilícito. Asimismo, esta teoría fue usada por el Tribunal Supremo alemán en la sentencia del 26 de julio de 1994, para el caso de los miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la República Democrática Alemana, con miras a determinar su responsabilidad por los disparos contra los ciudadanos alemanes que intentaron escapar del país escalando el muro.

También se utilizó para juzgar al ingeniero Alberto Fujimori, presidente de la República del Perú desde 1990 hasta el 2000 en los conocidos casos Barrios Altos, del 3 de noviembre de 1991, y la Cantuta, del 18 de julio de 1992.

Se alude así a supuestos en que el sujeto de atrás tiene a su disposición una “maquinaria” personal (casi siempre organizada estatalmente), con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegarla a la decisión autónoma del ejecutor. Si bien el hombre

de atrás no domina de modo directo al ejecutor material, sí lo hace de manera indirecta, utilizando para ello la maquinaria criminal.

Como puede observarse, en la tesis ya referida, Roxin desarrolló un modelo de imputación para ciertos delitos cometidos mediante una estructura jerarquizada, en los que el mayor injusto no se encuentra en la ejecución del hecho, sino en la cúpula de la estructura de poder.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia alemán (BGHSt. 40, pp. 218 ss.), al estudiar la responsabilidad de los mandos superiores de la ex-República Democrática Alemana por los homicidios en el muro de Berlín, sostuvo que las “condiciones marco que ofrecía la estructura de la organización” habrían posibilitado los homicidios.

Otros ejemplos indiscutidos de un dominio de la organización son el abuso de atribuciones de poder estatales y las estructuras de organización que se asemejan a las de la mafia. En la jurisprudencia, últimamente está surgiendo esta idea de aplicar el dominio de una organización también a empresas comerciales (Hilgendorf - Valerius, 2017).

En efecto, como derivación del fundamento para la imputación del hombre de atrás, se afirmó que puede aplicarse no solo a estructuras estatales o cuasi estatales, sino también a otras organizaciones con estructuras jerarquizadas, como las empresas.

Roxin no está de acuerdo con esta posición, pues, a su criterio, para que se dé la imputación, será necesario que se cumplan los siguientes extremos: *i*) que se ostente poder de mando para dar órdenes y que estas se cumplan; *ii*) que la estructura de poder funcione por fuera del derecho; *iii*) la fungibilidad y flexibilidad de los ejecutores inmediatos (si el indicado para realizar la acción se niega, otro la llevará a cabo en su lugar), y *iv*) que se sirva de la predisposición del ejecutor para cometer el hecho, sea cual fuese la motivación (la identificación ideológica, la promesa de impunidad o la posibilidad de pérdida del puesto laboral o del cargo si no cumple).

Justamente, Roxin se expide sobre esta cuestión en una conferencia que se llevó a cabo el 23 de marzo de 2006²⁸⁹. Allí, señaló que el “instrumento” que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes no es ni más ni menos que el aparato como tal. Este

²⁸⁹ Clausura del curso de doctorado Problemas Fundamentales del Derecho Penal y la Criminología, de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Traducción del original Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft por la Dra. Justa Gómez Navajas (Universidad de Granada).

aparato está compuesto por una pluralidad de personas que está integrada en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado.

De esta visión de las cosas se deriva que el ejecutor y el hombre de atrás poseen distintas formas de dominio del hecho que no se excluyen mutuamente. Esto significa que, en el caso concreto de la dirección de la organización, el dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que puede, a través del aparato que está a su disposición, producir el resultado con mayor seguridad.

Así, el propio Roxin (2014) admite que la figura jurídica del dominio de la organización puede ser aplicada también, por ejemplo, a actividades terroristas y a determinadas formas de aparición de la criminalidad organizada. Concretamente, señala el autor que una autoría mediata tendrá cabida no solo en supuestos de poder, sino también en los casos de delito organizado de tipo mafioso. A ello se ha de añadir que el dominio por (o de) organización tiene amplio ámbito de aplicación también en el caso de organizaciones terroristas que tienen a su disposición numerosos ejecutores intercambiables.

Sin embargo, deja establecido que no se puede fundamentar una autoría mediata respecto de los superiores de empresas que inducen a los empleados de su negocio a cometer delitos, apoyada en las reglas del dominio de organización, en la medida que las empresas no trabajan, por regla general, desvinculadas del derecho, ni se proponen actividades criminales desde un principio.

Así, concluye el autor que el intento del BGH de resolver el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de las empresas mercantiles mediante la construcción de una autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder ha recibido un rechazo ampliamente preponderante en la literatura científica (Roxin, 2014).

A su criterio, en esos casos, será posible recurrir a otras fórmulas de imputación, como a la figura jurídica también desarrollada por Roxin respecto de los delitos consistentes en la infracción de un deber. Con su ayuda, se podría fundamentar una autoría de quienes ocupan cargos altos –sean directivos de una empresa o funcionarios de la Administración pública–, en cuanto se les atribuya una posición de garantes de la legalidad de las acciones de la empresa o del Estado.

Se afianza lo que en doctrina se denomina “la posición de garantía”, ostentada por los cargos más altos de un Gobierno o de una empresa. Estos tienen el deber de preservar y cuidar las fuentes de peligro que tienen bajo su control, frente a los hechos desarrollados por sus subordinados. Ciertamente, la libertad de organización genera responsabilidad, que se concreta en deberes de relación e injerencia –casi siempre relacionados con fuentes de peligro–, y que obliga al sujeto a preocuparse de que su ámbito de organización no tenga efectos dañinos.

Por supuesto, para que esto se dé, debe existir una relación estrecha entre el obligado y el bien jurídico que debe proteger, de manera tal que en sus manos esté el control de la situación, es decir, que tenga el dominio del riesgo. Recordemos que, según la comprensión clásica, una posición de garante puede derivarse de la ley, el contrato, las relaciones de vida personales estrechas y la acción precedente contraria al deber, que crea un peligro (injerencia).

A partir de lo expuesto, es posible sostener que, si una persona que está bajo la autoridad del director de la empresa –o de otra provista de poder de decisión o control en la empresa– comete un delito por cuenta de aquella, el director o el encargado de la decisión o del control es también penalmente responsable, si tuvo conocimiento de la comisión del delito, si dio la orden para su comisión, si dejó que el delito sucediera o si omitió las medidas de control necesarias.

Por supuesto, este esquema es perfectamente aplicable a algunos casos de corrupción. Así, los funcionarios de cargos jerárquicamente altos dentro de un Gobierno son responsables penalmente de los actos de los funcionarios dependientes, si tuvieron conocimiento de la comisión de los delitos, si dieron la orden para su comisión, si dejaron que el delito sucediera, si, enterados, omitieron realizar medidas de control necesarias, y si omitieron la realización de medidas para hacer cesar las condiciones de ese delito.

Justamente, los deberes de custodia se basan en que el autor tiene que preservar los bienes jurídicos ajenos ante los peligros, cuando él los tiene bajo control. De ahí que se los caracterice como garantía de protección.

En especial, los funcionarios públicos son portadores de deberes de custodia que, como regla general, derivan de la competencia del funcionario público y se extienden a todos los bienes jurídicos que abarca el fin de protección de la misión encomendada (Hilgendorf - Valerius, 2017).

Lo que hace autor al funcionario o al empresario conforme las reglas de los delitos de infracción de deber es su posición de garante, y da igual que su contribución al hecho consista en un hacer o en un mero dejar que ocurra aquello de cuya no producción ha de responder. En ese sentido, Roxin (2014) hace alusión al artículo 13 del llamado *Corpus iuris* para la protección de los intereses financieros de la UE, donde se lee:

Si se cometiere un delito por cuenta de una empresa por una persona que se halla sometida a la autoridad del director de la empresa o de otra persona dotada de poder de decisión o control en la empresa, es también penalmente responsable el director de la empresa o el titular de decisión o el control, si tuvo conocimiento de la comisión del delito, dio instrucción u orden de cometerlo, dejó que el delito sucediera u omitió medidas de control requeridas.

El precepto refleja claramente la posición de garantía que ostenta el directivo, pero que también podrá ser de aplicación, como ya se dijo, en casos de corrupción, para imputar a funcionarios como autores del hecho, de conformidad con el rol que se les ha asignado y de acuerdo a la posición que ocupen dentro de la estructura estatal.

Excedería el propósito de este trabajo extendernos más en esta cuestión, que deberá ser objeto de un debate profundo. La intención es simplemente mostrar diferentes formas de imputación en este ámbito. Además, exhibir que la dogmática penal provee herramientas sumamente interesantes para allanar estos obstáculos, herramientas que, por supuesto, deberán profundizarse y analizarse en los casos concretos.

5.5.2. APLICACIÓN DEL DOMINIO DE APARATO ORGANIZADO DE PODER EN CASOS DE CORRUPCIÓN SISTÉMICA

No obstante todo lo expuesto, y luego de un análisis meticuloso de la teoría del dominio de la organización, entendemos que la teoría es perfectamente aplicable para casos vinculados a corrupción endémica cuyo apartamiento del derecho se sostiene en el tiempo, y también a supuestos de alta o gran corrupción. En estas cuestiones pretendemos detenernos en el siguiente acápite.

La difusión de la corrupción, en donde se entremezclan omisiones, acciones concretas, faltas de cuidado, intenciones delictivas, actos con apariencia de legalidad, cuestiones políticas oscuras y negocios particulares, lleva a que se profundice sobre las posibles

consecuencias y a verificar si, ante estas situaciones, nos encontramos ante el “Estado invisible” que describe Norberto Bobbio²⁹⁰.

Recordemos que el autor se refiere al Estado dual. Por un lado, el visible, esto es el Estado de derecho, sometido al imperio de la ley, y, por el otro, el invisible, que actúa por fuera de la ley, que opera en la penumbra (el llamado “subgobierno”), un gobierno que se rige en la oscuridad más perfecta.

Para el prestigioso filósofo, en un régimen democrático, es inadmisibles la existencia de un poder invisible que actúa en paralelo respecto al Estado y que lo utiliza para rodear e incluso violar impunemente las leyes, así como para obtener favores extraordinarios o ilícitos.

Se trata de un poder que lleva a cabo actos políticamente relevantes, sin que ello acarree responsabilidad política alguna; por el contrario, busca sustraerse, a través del secreto, de las responsabilidades civiles, penales y administrativas normales.

Quien promueve formas ocultas de poder –y quien se adhiere a estas– precisamente desea eso: hurtar sus acciones al control democrático y evitar someterse a las limitaciones impuestas por cualquier constitución democrática.

Afirma el filósofo que los amigos –y los amigos de los amigos– se preparan para “cerrar filas” en defensa no de las instituciones democráticas, sino de su propio partido, su propio grupo, su propio clan (2013).

En definitiva, tras el velo de la invisibilidad, maduran y se difunden vicios grandes y pequeños que socavan las raíces de los sistemas democráticos. Se trata de amenazas mortales, tales como la desestabilización de las instituciones por parte de los mismos servidores, la corrupción pública, el peculado, la malversación, la extorsión, el interés privado en actos oficiales que desgastan, lenta pero inexorablemente, la confianza de la ciudadanía (Revelli, 2013).

Como consecuencia ineludible, a esta organización “invisible a los ojos de la sociedad” le sigue –y esto es una nota esencial de los crímenes de corrupción– la institucionalización. A diferencia de la banda criminal de corte mafioso o violento, que procura apartarse lo más posible de las esferas de poder formal a fin de gozar de la clandestinidad, la organización

²⁹⁰ Paese Sera, 13 de octubre de 1981.

corrupta tiende a la institucionalización y, por tanto, a ser en alguna medida conocida por propios y por extraños. De suerte que, como un parásito, el mecanismo organizado y permanente de la corrupción se instala en determinados organismos (Queralt, 2019).

Cuando esto ocurre, se naturalizan situaciones despreciables, se convierte en habitual el pago de sobornos para la recepción de servicios públicos, se hace imposible obtener un contrato o concesión pública sin el pago de peajes ilícitos en todas las escalas políticas o administrativas, y únicamente acceden a los puestos públicos quienes tienen fuertes lazos con los que ocupan los altos cargos del poder. En definitiva, se banaliza la corrupción institucionalizada.

Así, llegado este punto, la extensión de la enfermedad en la moral pública suele terminar por romper la convivencia social en la forma de regímenes autoritarios y despóticos, en los que el valor predominante es la codicia (Fernández Ajenjo, 2019).

Para estas estructuras de poder, la impunidad es esencial –es parte del plan–, por eso trabajarán en forma de células para alejar la responsabilidad de los máximos responsables, los ideólogos, los que planearon la maniobra: los jefes. Así, estos últimos no se ensucian las manos y tienen la coartada preparada para el caso de que salgan a la luz las ilegalidades cometidas en las licitaciones. Son otros los que llevan a cabo el “trabajo sucio” (las defraudaciones, las exacciones, las malversaciones, etc.) con absoluta arbitrariedad y sin mayores consecuencias para el hombre o la mujer que operan por detrás.

En el caso concreto de los procesos de contratación pública, pueden encontrarse maniobras de direccionamiento, contrarias a los principios de transparencia, concurrencia, publicidad. Estas irregularidades no solo se extenderán durante el proceso de contratación, sino también en la ejecución del contrato. Sin embargo, no se encontrará en los actos administrativos ilegales firma alguna de los que idearon la maniobra, sino la de sujetos fungibles que obedecen órdenes del sujeto de atrás, ya sea por afinidad política, gratitud al puesto asignado a discreción, o, sencillamente, por ser parte del entramado corrupto.

De manera tal, en caso de que se descubra la acción ilegal, la coartada será casi perfecta, pues, en definitiva, serán estos últimos los que terminen siendo responsabilizados. Así, se dirá que se trató de un grupo de funcionarios nacionales, provinciales o municipales infieles, y la organización como tal seguirá funcionando en la clandestinidad, a pesar de haber perdido algunas piezas de la estructura.

Las formas más sofisticadas de corrupción se caracterizan por el uso de estructuras organizadas que sincronizan milimétricamente sus componentes en la ejecución del plan criminal, asegurándose suficientes barreras de impunidad, así como un enriquecimiento fulgurante. Una de aquellas estructuras instrumentalizadas para el crimen de corrupción puede ser la propia distribución burocrática de la Administración. Se trata de la comisión de un delito desde las propias entrañas de la institución, que desnaturaliza el fin prestacional del Estado. Además, el armazón administrativo estatal, al aislar o clasificar competencias y responsables, puede generar impunidad, principalmente, respecto del superior jerárquico que dirigió y avaló el crimen (Guimaray, 2019).

En la visión de este autor, el “nuevo establishment del delito se denomina gran corrupción, su fulcro es el poder político y económico, y sus contornos, la impunidad y la gran rentabilidad económica de sus acciones”. Esto es, “la configuración de un marco legal ad hoc de actuación, en cuya virtud se asegure un difícil escollo para la investigación (en instancias penales y administrativas). Y, por otro lado, la permanencia en la más idónea situación para delinquir...”.

En resumidas cuentas, es posible pensar en una organización criminal conformada por el conjunto de funcionarios públicos, con la intervención de empresarios, con entidad suficiente para corromper todos los estamentos del poder y para perjudicar fuertemente no solo el erario, sino también la imagen de probidad que la función pública debe reflejar en la ciudadanía. En definitiva, una estructura capaz de desarrollar un Estado paralelo al margen de la ley.

Dado que el cuidado y la administración del patrimonio del Estado descansan sobre los responsables políticos del Estado, y que lógicamente los altos mandos del poder público no suelen participar en decisiones ejecutivas, sino políticas, cuando nos topamos con una organización de esta magnitud –esto es, que trabaja en paralelo al Estado de derecho, de manera subterránea y oculta–, es perfectamente posible acudir a la teoría de Roxin para la imputación de los funcionarios de jerarquía más alta.

De esta manera, habrá que discriminar con la máxima precisión posible entre aquellos que crearon y diseñaron la estructura de la organización, los que aparecen por detrás dando órdenes, los que intervienen en el estadio de ejecución y aquellos que solo instigan, contribuyen con los miembros o dan sustento a la organización.

Es evidente que, en la etapa de preparación –en la que se halla el principal momento subjetivo de esta forma de intervención delictiva–, la decisión sobre la constitución y la puesta en funcionamiento de la asociación surge de la cúpula de la organización. Esta disposición luego la llevan a la práctica los mandos intermedios, en los que coexisten diferentes estamentos y responsabilidades.

Dar con los autores que intervienen en el estadio de ejecución es relativamente sencillo, pues basta para ello analizar cada una de las acciones arbitrarias y abusivas que llevaron adelante al perpetrar el comportamiento, para demostrar que son partes de la asociación. La cuestión es más compleja cuando ese análisis se realiza respecto de quienes idearon el plan, lo organizaron, lo instrumentaron y dieron la orden, porque, por lo general, no se vieron obligados a firmar ninguno de los actos arbitrarios más cercanos y visibles. Por ello, en estos casos, es factible la aplicación de la teoría del dominio de organización como criterio de imputación.

Recordemos que, para Roxin, los aparatos organizados de poder también pueden consistir en Estados nacionales o en “Estados” dentro de los Estados, como son las organizaciones mafiosas estructuradas en el sur de Italia. De la misma manera, en la corrupción endémica, es posible encontrar, en los altos cargos de la Administración, un claro “poder de mando” en los hombres de atrás –que pueden ser miembros del Poder Ejecutivo de los Estados nacionales, provinciales o municipales, o de los distintos ministerios y secretarías dependientes, etc.–, como también el “apartamiento del derecho” y la “fungibilidad” de los ejecutores.

En efecto, el que tiene el poder de mando, por lo general, se encuentra en las jerarquías más altas de la organización, es el que la dirige rigurosamente, imparte al grupo las órdenes acerca de cómo desarrollar las acciones corruptas y utiliza este poder para la realización de las acciones típicas.

De manera gráfica, explica D’Alessio (2005) –con citas de doctrina y jurisprudencia– que existen hechos delictivos –como crímenes de Estado, de guerra o de organización– que llevan a cabo los integrantes de las estructuras de poder. Así, es posible dominar la voluntad a través de aparatos organizados de poder, en los que el sujeto “de atrás” tiene a su disposición una agrupación organizada estatalmente, con la cual puede cometer crímenes sin tener que depender de la decisión autónoma del ejecutor. En este orden de ideas, cuando una persona –por su pertenencia a una estructura– toma decisiones o emite

órdenes para que terceros las ejecuten, tiene el dominio de la voluntad de estos –y del hecho–, si utiliza sus competencias para que se cometan acciones ilícitas.

Cuando se hace referencia a la corrupción endémica, no hay duda de que implica un apartamiento del derecho, que es el presupuesto indispensable para el dominio del hecho de los sujetos de atrás. Por supuesto, tal como lo admite el propio Roxin, el aparato de poder no tiene que haberse separado del derecho por completo, sino solamente en el marco de los tipos penales que él realiza. A tal punto esto es así que las medidas de la República Democrática Alemana e incluso las del Estado nacionalsocialista, en muchos ámbitos, se movieron dentro del derecho vigente, pero los ámbitos de actividad de “impedir la fuga de la república mediante disparos” o, para mencionar tan solo el caso más terrible, “la solución final de la cuestión judía”, caracterizan actividades totalmente apartadas del derecho. Luego, el sistema (o el subsistema de un Estado), como un todo, tiene que trabajar delictivamente (al margen del derecho) para que las órdenes de los sujetos de atrás puedan tener la seguridad de tener éxito (Roxin, 2009)²⁹¹.

De allí que compartimos la opinión de quienes sostienen que la tesis de la autoría mediata por dominio de organización es una forma válida de imputación de responsabilidad penal contra los superiores jerárquicos que utilizan el aparato burocrático estatal para cometer delitos de gran corrupción (Guimaray, 2019) o corrupción sistemática.

Justamente, este autor cita el ejemplo de la gran corrupción en contratos públicos de infraestructura. A su criterio, un presidente no podría cumplir el compromiso adquirido con un empresario, sin hacer flagrante la ilicitud de su conducta, si no cuenta con la sociedad del ministro del sector y del responsable de la oficina que licitará la obra pública.

Es decir, el entramado de competencias al interior de la Administración es el espacio óptimo para crear un sistema coordinado en la ejecución del delito. La cúspide del aparato puede contribuir a la automaticidad de aquel, cuando, por ejemplo, uno de los elementos de cohesión de la organización sea la filiación política, o cuando se ordene la contratación de los correligionarios más fieles en puestos claves de una entidad pública, para garantizar así la realización ordenada y previsible del delito. El superior jerárquico que comete el delito indirectamente “no solamente controlaría el aparato desde el plano normativo, sino

²⁹¹ Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello de Chile, el 22 y el 23 de septiembre de 2009 en Santiago y Viña del Mar, respectivamente, en el marco del ciclo de conferencias organizado con motivo del otorgamiento del título de doctor honoris causa en dicha universidad (Traducción de Dr. Manuel A. Abanto Vásquez).

además, desde una realidad fáctica, en virtud de espurias relaciones (ajenas a las que deben primar en la Administración) que le vinculan con sus subordinados (y que tienen tinte político)”.

Entonces, cuando nos encontramos con este tipo de estructuras estatales, con un poder de mando fuerte, altamente sistematizadas y organizadas en la búsqueda del fin delictivo (corrupción sistemática), la ejecución de las órdenes se ve consolidada no solo por la seriedad de la orden y por la motivación especial del ejecutor (política, ideológica o la que sea), sino también por el hecho de tener a disposición un sinnúmero de potenciales ejecutores fungibles. Así, la negativa o cualquier otro infortunio nunca puede poner en peligro realizar el tipo penal tal como se dispuso, pues podrá cambiarlo a voluntad quien emite las órdenes.

CAPÍTULO VI

PREVENCIÓN Y BUENAS PRÁCTICAS

6.1. INDEPENDENCIA JUDICIAL Y ESTADO DE DERECHO

Se le atribuye a Albert Einstein una frase cuya autoría no se ha comprobado, pero que, en este caso, sirve de disparador inicial del apartado: “Locura es hacer lo mismo una y otra vez esperando obtener resultados diferentes”.

Y esto es lo que ha sucedido durante décadas en la Argentina: desde lo discursivo, todos los Gobiernos y poderes del Estado han hecho hincapié en la necesidad de producir cambios “profundos” en esta materia, pero, en realidad, se repiten los mismos errores. Así, se vuelve a la apatía que caracteriza a nuestra sociedad desde hace décadas.

Es claro que, si se pretende producir un cambio real para prevenir la corrupción, disuadir diligentemente cualquier intento de defraudar las rentas del Estado, reprimir con celeridad los delitos cometidos por funcionarios públicos en connivencia con el sector privado, en definitiva, cuidar los recursos del Estado, es imperioso implantar un sistema de buenas prácticas en los poderes del Estado.

Esto es lo que reclama la ciudadanía; por eso, hoy más que nunca, la acción de los políticos debe orientarse al bien común y no a intereses personales, mezquinos, incompatibles con su función.

Es deber de todas las cabezas del Estado, en especial de los políticos, encontrar acuerdos sobre ciertos principios básicos, permanentes e invariables, que recaigan sobre los diferentes sectores y actores sociales y políticos del Estado, en pos de fortalecer la transparencia y evitar los actos de corrupción que han manchado la historia argentina.

Para que quede claro: la cuestión del “combate” a la corrupción debe convertirse en una verdadera política de Estado, que no dependa del gobernante de turno ni de un partido político, sino que sea un movimiento proyectado a largo plazo, cuyos principios inquebrantables sean acatados por todos los poderes del Estado nacional, provincial y municipal.

6.1.1. INVESTIGACIONES JUDICIALES EFICIENTES EN CASOS DE CORRUPCIÓN

Al Poder Judicial especialmente le toca juzgar –con rapidez, firmeza, objetividad, sin temor ni especulaciones de ningún tipo– estos hechos que tanto daño provocan a la sociedad.

En 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la Acordada 34/2014²⁹², desde lo discursivo, dio muestras claras de su intención de avanzar contra la corrupción. Así, creó un cuerpo de peritos especializados en corrupción, para cumplir con el “objetivo constitucional de afianzar la justicia y la necesidad de profundizar los cambios tendientes a lograr el más eficaz desempeño de la función judicial en todas las instancias y jurisdicciones de la Nación”.

El alto tribunal tuvo en cuenta que, en el preámbulo de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por ley 26.097), de la cual la República Argentina es parte, se expresó:

...la “preocupación” de los Estados por diversas cuestiones que, en definitiva, importan actos de corrupción de funcionarios de los poderes de un Estado (...) Concordantemente con esto, en su artículo 1, se expresa que la finalidad de dicha Convención es la de “promover fortalecer las medidas para prevenir combatir más eficaz eficientemente la corrupción; promover, facilitar apoyar la cooperación internacional la asistencia técnica en la prevención la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; promover la integridad, la obligación de rendir cuentas la debida gestión de los asuntos los bienes públicos”.

(...) es tarea de todos los poderes del Estado y, en particular, de los jueces agilizar los procesos en los que se combate la corrupción. Ello se vincula con la necesidad de satisfacer el referido mandato constitucional, el valor de integridad de la función pública, la credibilidad que en ella deben tener los ciudadanos, así como el derecho de todo funcionario a obtener una sentencia definitiva...

Lo expuesto por la Corte es un mensaje loable y auspicioso, pero lamentablemente no se compadece con la displicencia de ese mismo tribunal, que, por lo general, demora la resolución de cuestiones relevantes en esta materia. Tampoco se condice con la realidad de los tribunales inferiores ni con lo que viene sucediendo en las causas de corrupción.

En este sentido, se advierte que los procesos siguen dilatándose años y años, y que las pocas condenas de los tribunales tardan mucho tiempo en ser revisarse y en adquirir firmeza. Esto acarrea, como consecuencia lógica, que, en razón del principio de inocencia, no se ejecute la pena ni el decomiso del dinero sustraído.

²⁹² Del 22 de octubre de 2014.

La circunstancia de que las decisiones no se tomen en un tiempo oportuno, poco a poco va erosionando y menoscabando la credibilidad de la sociedad en una justicia que se encuentra en situación crítica.

Sin duda, pueden aducirse muchas razones de esta crisis. A algunas de ellas ya nos hemos referido: las leyes procesales –que se usan de manera promiscua por abogados inescrupulosos para interponer todo tipo de chicanas con el fin de dilatar los procesos penales–, la morosidad de los operadores, la falta de actualización de las normas penales en materia de corrupción, la apatía por parte de algunos magistrados para enfrentar al poder de turno, y (¿por qué no?) la inadmisibles politización partidaria del Poder Judicial, que erosiona su objetividad.

A la vez, una cuestión que, a nuestro modo de ver, es dirimente para la falta de eficacia en esta materia, y que no puede excluirse de ningún análisis que se haga, es la falta absoluta de una mirada real, que se focalice en la situación que atraviesan la Justicia y el Ministerio Público Fiscal a lo largo y a lo ancho del país, en lo que hace a los recursos humanos, técnicos, tecnológicos, de infraestructura y de capacitación.

Podemos aseverar que, en los últimos 30 años, no ha habido una preocupación genuina y sincera por parte de la dirigencia política para revertir esta situación caótica. Tampoco se advierten líneas directrices que tiendan a mejorar el servicio de justicia, para dotarlo de mayor eficacia.

Desde hace mucho tiempo, el Poder Judicial se encuentra en un estado de emergencia; en otras palabras, está colapsado. Por eso es necesaria una reforma profunda en ese ámbito, si es que realmente se quiere garantizar un buen funcionamiento, la independencia de las instituciones judiciales y el Estado de derecho, pilar esencial de las sociedades democráticas.

Como veremos, la mejora de los recursos para incrementar la efectividad de las agencias de ejecución de la ley (fiscalías, fuerzas de seguridad especializadas y Poder Judicial) es fundamental. En especial, en el caso de la Justicia, es absolutamente necesario incrementar el presupuesto de forma seria para luchar contra la corrupción.

En definitiva, se debe priorizar el fortalecimiento de estas instituciones, si se pretende un progreso de calidad en la ciudadanía.

6.1.1.1. Fracaso de las reformas

En los últimos años, se han sancionado leyes que pugnaban el “fortalecimiento” de la Justicia federal. Por ejemplo, la Ley 27.307²⁹³ creó cinco tribunales orales federales para lograr mayor celeridad en los juicios referidos a la corrupción y a la criminalidad organizada. A la luz de la utilidad real y de la experiencia, podemos afirmar que no solo se trató de un “parche” más, sino que no modificó en nada el cuadro de situación. En efecto, esa ley no previó un proceso de selección de nuevos jueces por concurso de oposición, antecedentes e idoneidad, sino que estipuló una reconversión de otros tribunales ya existentes.

Lo peligroso de la norma es que dejó librado al criterio de los integrantes del Consejo de la Magistratura (órgano esencialmente político) la designación de los jueces, a través de una simple mayoría, lo cual permitió que las designaciones fueran hechas “a dedo” y sin profundizar sobre qué jueces eran los más idóneos para asumir esa tarea tan delicada.

Frente a esto, la Comisión de Fortalecimiento del Ministerio Público Fiscal y del Poder Judicial del Observatorio de Prevención al Narcotráfico (Oprenar)²⁹⁴, del cual formamos parte, criticó severamente este punto, y sugirió transparentar el proceso de selección, evitar el “amiguismo” y comunicar de manera abierta, clara y concisa cuál sería el criterio que se utilizaría para la elección de los postulantes.

Finalmente, como se vaticinó, frente a la violación de las garantías constitucionales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomó cartas en el asunto. Así, mediante la Acordada N° 4/18, declaró la nulidad de los sorteos de causas asignadas a un tribunal oral que había sido reconvertido por ese método, en virtud de que los jueces trasladados no cumplían con el mecanismo de selección previsto por la Constitución Nacional.

De esa manera, la intención de fortalecer el Poder Judicial buscada con la Ley 27.307 ingresó en una situación difícil de sortear, y, hasta el momento de escribir estas líneas, a la Administración no le interesó dar alguna solución a esta problemática concreta.

Si bien ha habido otras iniciativas aisladas, que van desde el anuncio de la creación desordenada de cargos de jueces y fiscales en el interior del país, que quedaron trancos

²⁹³ Ley de fortalecimiento de los Tribunales Orales en lo Criminal Federal y de los Tribunales en lo Penal Económico (sancionada el 29 de diciembre de 2016).

²⁹⁴ Ver en la Biblioteca Virtual del Observatorio de Prevención del Narcotráfico (wordpress.com).

–ni siquiera tuvieron tratamiento en el Congreso–, hasta el proyecto enviado en 2020 por el Poder Ejecutivo al Senado de la Nación, conocido como la “Reforma de la Justicia Federal”, que recibió media sanción de esa cámara, todas han constituido nuevos traspiés en la materia.

De más está decir que esta última “reforma”, que de manera insólita ya recibió media sanción, en rigor de verdad, nada reforma. Se trata más bien de un aumento indiscriminado e inequitativo de órganos judiciales, en desmedro del Ministerio Público, sin la menor previsión ni un análisis serio de las necesidades reales de la Justicia federal. Por ese motivo, la iniciativa ha sido criticada fuertemente por casi todos los sectores, a saber: el propio Poder Judicial, el mundo académico, los medios de comunicación, las asociaciones civiles y las organizaciones no gubernamentales.

Una de las falencias más visibles de este proyecto es la creación de innumerables cargos de jueces en el país, por sobre las fiscalías federales. Esto se contrapone severamente con el fin de lograr la adecuación progresiva de las actuales estructuras judiciales al sistema acusatorio, de conformidad con la Ley 27.063 –que aún se encuentra pendiente de implementación en todo el país–. En este escenario, y frente a la sanción de esta última normativa, lo lógico hubiese sido fortalecer el órgano que se encargará de investigar los delitos complejos (las fiscalías), con el fin de robustecer un modelo de enjuiciamiento penal acusatorio.

Por otra parte, difícilmente se puede hablar de una reforma judicial verdadera e íntegra, si no tiene en consideración, como premisa principal, adoptar un plan que tienda a mejorar los tres aspectos sustanciales del sistema judicial, esto es: el humano, el institucional y el administrativo-funcional. Esto no se soluciona con un mero aumento del número de organismos, pues, si se mantiene la forma actual de trabajar, esta medida, en lugar de remediar el problema, lo agravará y tornará más lento e ineficaz el servicio (Pirovano - Del Carril, 2020).

En resumen, las iniciativas como estas en nada ayudan a paliar la crisis que atraviesa el Poder Judicial, pues no se contemplan desde una visión completa e integral, a efectos de aumentar las capacidades estatales en la persecución de los fenómenos criminales complejos, como la corrupción.

6.1.1.2. Reforma de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal. Jaque mate a la independencia y autonomía de la institución

La reforma del Ministerio Público Fiscal, impulsada por la vicepresidenta argentina, Cristina Fernández, y los legisladores afines es otro gran desatino político. A pesar de que nos encontramos atravesando una de las peores crisis mundiales por la pandemia, que en nuestro país ocasionó miles de muertes, pobreza, desocupación, conculcación de derechos básicos, limitación de las libertades, cierres de escuelas, problemas económicos y sociales, se insiste con una reforma infructuosa (desconocemos con qué fines).

Más allá de la falta de oportunidad debida al contexto actual lamentable, lo relevante es que esta reforma no fortalece en nada la institución; por el contrario, la debilita y menoscaba de manera directa su independencia y la tarea trascendental que deben llevar adelante los fiscales.

Solo pensar que, para dar acuerdo senatorial al procurador general de la nación, se propone reemplazar la mayoría especial de dos tercios –establecida desde 1994– por una mayoría simple, sin consensos políticos necesarios, pone de relieve la contradicción del proyecto con los fines del artículo 120 de la Constitución Nacional, que establece que el Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Es decir, en lugar de afianzar y consolidar la autonomía funcional, y de transmitir a los magistrados y a la sociedad la tranquilidad de que se van a respetar las máximas que aseguren la independencia de criterio y la objetividad de los fiscales en el ejercicio de sus funciones, tal como lo prescribe la norma constitucional, se socava la forma de designación de la autoridad máxima, para posibilitar el nombramiento de algún candidato afín.

Desde todo punto de vista, este es un mensaje nefasto para todos los fiscales y para la ciudadanía.

Lo más grave es que a la situación de querer modificar una ley que nació de la mano del artículo 120 de la Constitución Nacional se llega por la inoperancia de los políticos, que no han conseguido consensos para lograr cubrir un cargo que está vacante desde hace años.

Esta misma inutilidad se ha advertido con otro cargo relevante: el del defensor del pueblo (art. 86 de la CN), de gran trascendencia institucional, ya que tiene la misión de proteger los derechos y garantías de los ciudadanos ante hechos, actos u omisiones de la Administración, y de controlar el ejercicio de las funciones administrativas públicas. Este cargo lleva doce años sin cubrirse por falta de acuerdos, pues, para su designación, se requiere una mayoría agravada del Congreso (dos terceras partes de los miembros presentes de cada cámara).

El constitucionalista Gil Domínguez señala que, en el ámbito de la Convención Constituyente, el convencional Masnatta –como miembro informante– describió al defensor del pueblo como el “abogado de la sociedad”, cuya actividad conjuga diversos verbos, como “informar, inspeccionar, investigar, controlar, discutir pública y privadamente, disentir, recomendar, exhortar, influir, criticar, censurar, accionar judicialmente, encuestar, proyectar y programar”. Además, está dirigida a “establecer un sistema más transparente con reglas claras e incentivos que dificulten involucrarse en actos de corrupción a quienes están en posiciones de poder público”, con pleno conocimiento de que “el peor enemigo de la corrupción siempre será el pueblo”. Asimismo, como reafirmó la convencional Figueroa, es una figura necesaria para “dar respuesta a lo que pretende la gente en este momento, que es poner límites a la impunidad, a la corrupción y a la mala administración”. Por ese motivo, la mayoría exigida para su nombramiento “tiende a evitar actitudes gatopardistas como sería el caso de que el partido gobernante nombrara a un correligionario (...), con el propósito básico de simular una gestión de control o practicarla solo con aquellos que no estén con el oficialismo”²⁹⁵.

A criterio del constitucionalista, una vez más, la falta de voluntad política para designar al defensor del pueblo –al igual que lo que sucede con el nombramiento del procurador general– denota la “eterna adolescencia institucional” que padece la Argentina. En este escenario dispuesto por la Constitución, “una garantía pensada para legitimar la designación de un candidato o candidata que no sea dependiente del Gobierno de turno se transforma en una herramienta eficaz para dotar de inexistencia anómica a la figura”.

Volviendo a la reforma de la Ley de Ministerio Público, afirmamos que, de por sí, la falta de acuerdos básicos provoca estupor. Peor aún: si por esa razón se pretende modificar la

²⁹⁵²⁹⁵ <https://www.lanacion.com.ar/politica/un-pueblo-sin-defensor-nid20072021> (consultada el 25 de julio de 2021).

mayoría especial requerida para nombrar a un nuevo procurador, ello directamente atenta contra el sistema democrático.

En definitiva, la “reforma” intentada no robustece al Ministerio Público Fiscal; por el contrario, lo pone en peligro.

Debe tenerse en cuenta que, en 2017, el Gobierno anterior había promovido la reforma de la ley, a raíz de la misma dificultad en lograr consensos políticos para nombrar al procurador general de la nación. Eso fue criticado fuertemente, en especial, por el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales). Se sostuvo entonces que el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal ponía en riesgo la independencia y la autonomía funcional del organismo. Además, se dijo que la propuesta contenía normas inconstitucionales y otras que significaban un peligro para la división de poderes, porque amenazaban con debilitar la figura del próximo procurador:

...[la] ley vigente exige dos tercios de los votos del Senado (...) El requisito de una mayoría agravada para la designación tiene como fin elegir a una persona que cuente con un amplio consenso, y que cumpla adecuadamente con los requisitos de idoneidad técnica y moral e independencia. Al disminuir la mayoría necesaria para su designación, el proyecto ya no requiere de la construcción de acuerdos amplios que garanticen la legitimidad de quien eventualmente ocupe el cargo y que será el encargado, entre otras funciones, de diseñar la política criminal y garantizar el acceso a la justicia en el ámbito federal y nacional. Tal como lo definió el constituyente en el artículo 120 de la Constitución reformada del año 1994, la designación del máximo responsable de este organismo extra-poder, independiente y central del sistema de justicia, exige una legitimidad amplia y mayor a la mera mayoría parlamentaria.

[Un] organismo responsable de llevar adelante el control de la legalidad constitucional y el diseño de la política criminal estratégica sobre los delitos que más preocupan a la sociedad y que mayor vínculo con el poder tienen como la narcocriminalidad, la trata de personas, el tráfico de armas, los **delitos de corrupción** o las graves violaciones de derechos humanos, no puede estar condicionado por las mayorías políticas circunstanciales²⁹⁶ (lo destacado me pertenece).

Si en aquel momento se calificó esta propuesta de “grave”, la insistencia en concretar la reforma, ahora por parte de otro Gobierno, nos lleva a interpelar al arco político para que demuestre si le interesa verdaderamente fortalecer el Ministerio Público, o si prefiere subvertirlo, maniatarlo y debilitarlo a su antojo, para lograr que la institución sea débil y quede a merced de los designios del poder político.

Realmente, si se pretende un cambio genuino, debería reforzarse la independencia con respecto al Gobierno, sobre todo de los fiscales, que son los encargados de llevar adelante

²⁹⁶ <https://www.cels.org.ar/web/2017/11/ministerio-publico-fiscal-un-nuevo-intento-de-reforma-que-vulnera-su-autonomia-e-independencia/> (Ministerio Público Fiscal: un nuevo intento de reforma que vulnera su autonomía e independencia – CELS). Consultada el 18 de mayo de 2021.

la acción penal en casos de delitos complejos, como el narcotráfico, la trata de personas y la corrupción, que siempre tocan intereses políticos.

Debe tenerse cuidado, ya que ejercer un dominio sobre el encargado de perseguir penalmente e investigar cualquier acto de corrupción administrativa o delito cometido durante el ejercicio de la función pública confronta con las máximas que emanan del artículo 120 de la Constitución.

En una carta dirigida al presidente de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado, 80 fiscales federales y nacionales advirtieron sobre esta situación:

La autonomía del Ministerio Público Fiscal en el ejercicio de su finalidad de custodio de los intereses de la sociedad y, en consecuencia, de que el delito que los contradice –no importa quién lo cometa– no puede quedar impune, es una garantía a la que no podemos renunciar como sociedad civilizada.

El funcionamiento de las instituciones y el control del poder político son la base esencial de la división de poderes. La existencia de un Estado de derecho presupone necesariamente normas legales precisas, además de certeza, independencia de los órganos encargados de investigar hechos de corrupción y ausencia de discrecionalidad.

Recordemos que una dimensión que debe tenerse en cuenta para evaluar la calidad democrática de un país es el funcionamiento del Estado de derecho, y, dentro de este, la corrupción o la falta de transparencia. A la par, para medir el Estado de derecho, un indicador razonable es la existencia de un sistema penal igualitario para todos los ciudadanos y la independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal respecto del poder político. La independencia debe ser ajena a la politización de la Justicia. Supone la ausencia de interferencias del poder político sobre otro poder del Estado. Sin embargo, desde hace tiempo se viene hablando de la politización de la Justicia como una deformación no deseable del funcionamiento del Estado de derecho (Rodríguez Blanco, 2014).

Por eso es básico que todos los poderes del Estado respeten la independencia del Ministerio Público y del Poder Judicial. Asimismo, se impone instar a su fortalecimiento estructural y a la mejora de su calidad institucional.

En ese sentido se expidió Marie-Christine Fuchs (2020), quien destacó que, a finales de 2020, en sus más de 40 años de historia jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró inconvencionales las destituciones arbitrarias de dos fiscales. En ese trabajo, más allá de criticar la demora para resolver esta delicada cuestión, se

consideró que no solo los jueces, sino también los fiscales son objeto de crecientes amenazas a su independencia, tanto en Latinoamérica como en Europa y en otras regiones. Un ejemplo reciente es la remoción de los 5 magistrados de la Sala de lo Constitucional y del fiscal general de El Salvador.

La autora destacó los casos *Martínez Esquivia v. Colombia* y *Casa Nina v. Perú*, en los que la Corte argumentó: “La garantía de estabilidad e inamovilidad de juezas y jueces dirigida a salvaguardar su independencia resulta aplicable a las y los fiscales en razón de la naturaleza de las funciones que ejercen”, independientemente del diseño institucional de la fiscalía.

Con esto queremos mostrar que hasta los tribunales internacionales se encuentran preocupados por la vulneración de la independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal en la región.

6.1.1.3. Demoras en la designación de magistrados

Paradójicamente, mientras los políticos están entretenidos en intentar monopolizar o doblar el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal, no hallan una solución para agilizar los procesos de selección y designación de jueces.

Es una realidad inocultable que los concursos en el Consejo de la Magistratura y en el Poder Ejecutivo se dilatan durante períodos interminables de tiempo (aproximadamente 5 años), y que, mientras se produce esta demora, la corrupción continúa avanzando y atentando contra las estructuras del Estado, los derechos humanos y los sectores más vulnerables.

En la plataforma *Por una Justicia transparente y abierta (JusTA)*, de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), se destaca que desde hace décadas no se muestran cambios sustantivos en la Justicia, a pesar de los problemas estructurales de funcionamiento que se arrastran²⁹⁷.

Según se afirma, uno de esos escollos es la tardanza inexplicable en la elección de jueces y fiscales, a pesar de que el proceso para el nombramiento de magistrados es trascendental

²⁹⁷ <https://acij.org.ar/> consultada el 29 de mayo de 2021.

para el sistema democrático. Los integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público tienen su cargo casi de por vida y deciden cuestiones importantísimas referidas a conflictos particulares o a temas que afectan a la ciudadanía en su conjunto. Las demoras en los procesos de selección favorecen las formas de ocupar cargos judiciales que afectan la independencia de jueces y fiscales (como las subrogancias y los traslados).

En el momento en que se escriben estas líneas, hay 368 vacantes en el Poder Judicial y en el Ministerio Público (240 de jueces y 128 de fiscales)²⁹⁸.

La cantidad de cargos vacantes no solo es un despropósito, sino que deja expuestas las falencias políticas del sistema de selección de magistrados tanto en el Consejo de la Magistratura como en el Poder Ejecutivo y en el Senado, lo que indudablemente atenta contra una Justicia más eficaz y deteriora la salud de la democracia.

A esta situación caótica se suma la facilidad que tiene el Consejo de la Magistratura para quebrantar el anonimato de los participantes en los exámenes, como también los márgenes de discrecionalidad en la asignación de las notas, en el momento de resolver las impugnaciones, en la entrevista personal y, finalmente, en el plenario. Estas dos últimas fases del proceso, al no contener parámetros objetivos claros, se suelen manipular para posicionar a algún candidato determinado y para “acomodar” las ternas de acuerdo a los designios políticos.

Nuevamente, el oscurantismo y la discrecionalidad permiten que los resultados de muchos concursos sean consecuencia de negociaciones de operadores políticos inescrupulosos, alejados de los principios de transparencia y de idoneidad.

La designación parlamentaria de magistrados y miembros de las instancias judiciales más altas debería estar inspirada en la cualificación técnica y la honradez, y no en la proximidad ideológica de los candidatos respecto de los grupos parlamentarios proponentes. Un sistema político de calidad democrática requiere de un funcionamiento eficaz de las instituciones, y de una independencia del Poder Judicial respecto al poder político, que lo limite y lo controle (Rodríguez Blanco, 2014).

Ninguna reforma del Poder Judicial o del Ministerio Público debería dejar de contemplar la agilización indispensable del procedimiento previsto por la Constitución Nacional para

²⁹⁸ <https://justa.acij.org.ar/concursos> (consultada 29 de mayo de 2021).

la designación de quienes tienen la función de aplicar la ley y administrar justicia. En otras palabras, el trámite de selección de jueces y fiscales debe realizarse con la mayor celeridad posible y sin descuidar los estándares de idoneidad y transparencia, que constituyen pilares básicos para asegurar la independencia de los magistrados.

Del mismo modo, es necesario despolitizar el Consejo de la Magistratura y establecer una carrera judicial con criterios claramente meritocráticos, objetivos, transparentes, evitando la discrecionalidad y el oscurantismo. En ese sentido, la independencia de los jueces y del Ministerio Público es indisociable de la primacía del principio de legalidad frente al de oportunidad política (Jiménez-Villarejo, 2012).

6.1.1.4. Mecanismos de selección del procurador en Latinoamérica

En la región, existen diversos mecanismos de designación del procurador general. Como es sabido, se trata de la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal, encargado de impulsar las políticas criminales sobre los delitos que afectan bienes jurídicos fundamentales.

En general, los grupos económicos y los integrantes del poder político, con sus acciones, buscan ejercer su influencia para permear y cooptar esta institución. Frente a la intención de manipular las leyes y de crear reglas “a medida”, con la clara estrategia de diluir y esconder la corrupción, se impone buscar métodos eficaces para asegurar la independencia de los fiscales.

Entonces, los distintos procesos de selección del titular del Ministerio Público debieran apuntar a sortear estos obstáculos y a asegurar la independencia y la autonomía de una institución trascendental para el sistema republicano.

Esto se logra, como dijimos, imponiendo diversos requisitos, como la trayectoria y el mérito de quien sea propuesto como candidato a procurador, la aprobación de un examen de oposición, la votación en el Congreso por mayoría especial, la destitución por medio de mecanismos especiales y de mayorías también calificadas, etc.

Para graficar esto último, haremos una breve reseña de los procesos vigentes en algunos países latinoamericanos, para conocer diferentes estrategias y reflexionar ante la eventualidad de reformas futuras.

En **México**, el Senado debe integrar una lista de diez candidatos y remitirla al titular del Poder Ejecutivo, que debe elegir una terna de entre ellos y enviarla nuevamente al Senado. Este último debe realizar la designación final por mayoría de dos tercios de los miembros presentes, previa comparecencia pública de los tres candidatos. El mandato del procurador dura 9 años.

A su vez, en **Guatemala**, el fiscal general es nombrado por el presidente de una nómina de seis candidatos, propuesta por una comisión de postulación. Esta comisión la integran el presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la preside, los decanos de las facultades de Derecho o de Ciencias Jurídicas y Sociales, el presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el presidente del Tribunal de Honor de ese colegio. Para la elección de candidatos, se requiere el voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la comisión. El fiscal general dura 4 años en el ejercicio de sus funciones.

A pesar de que este sistema buscó lograr una mayor participación de la sociedad civil en la designación de las autoridades de la Justicia y evitar la politización, se señala que no ha tenido los resultados esperados en la práctica.

En **Bolivia**, el fiscal general del Estado es designado por los votos de dos tercios de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Para ello, se requiere una convocatoria pública previa y la calificación de la capacidad profesional y los méritos, a través del concurso público. El fiscal general dura 6 años en su cargo y no puede ser reelegido²⁹⁹.

En los sistemas expuestos, la experiencia ha demostrado que el Ministerio Público es susceptible de cooptación cuando existe debilidad institucional. Como se dijo, esto abre la puerta para que los grupos de intereses ejerzan presión e influyan en el proceso de nombramiento del fiscal general para garantizarse la impunidad.

Es interesante destacar el caso de **Chile**, donde el fiscal nacional es designado por el presidente, a partir de la quina propuesta por la Corte Suprema, y con acuerdo del Senado –dos tercios de sus miembros–. Si el Senado no aprueba la proposición, la Corte Suprema debe completar la quina con un nuevo postulante, y el procedimiento debe repetirse hasta

²⁹⁹ *Estándares internacionales sobre la autonomía de los fiscales y las fiscalías*. Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho. Disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/estandares_fiscales_diagramacion_v3.pdf.

que se apruebe un nombramiento. Vale aclarar que el fiscal nacional dura 8 años en su cargo y no puede ser reelegido nuevamente³⁰⁰.

Como puede observarse, en el procedimiento chileno de selección del fiscal nacional, intervienen los tres poderes del Estado, y la Corte Suprema tiene un papel preponderante en la conformación de la quina inicial de candidatos.

Se destaca la convocatoria a un concurso abierto para conformar la quina ante la Corte Suprema, así como el examen de los aspirantes en una audiencia pública. Además, la votación de esa lista se realiza de una sola vez, y cada integrante de la Corte puede votar únicamente por tres candidatos. Esto dificulta las votaciones “negociadas” o “en bloque” y promueve una decisión más imparcial.

La Corte puede llevar adelante la remoción del fiscal general, a requerimiento del presidente de la República, la Cámara de Diputados o diez de sus miembros, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. Para decidirlo, deberá reunir el voto conforme de cuatro séptimos de sus miembros en ejercicio.

En **Brasil**, el procurador general es nombrado por el presidente entre los fiscales de carrera de más de 35 años de edad, y debe ser aprobado por la mayoría del Senado. Dura 2 años en su cargo y puede ser reelegido. Su destitución debe realizarla el presidente con la aprobación de la mayoría del Senado. Por un lado, vemos que se necesita una mayoría simple para la designación y para la remoción del procurador general; por el otro, la calidad de fiscal de la persona que se designe le brinda legitimidad para ostentar el cargo.

Además, se destaca como novedad que, a partir de 2001, la Asociación Nacional de Procuradores de la República (ANPR) incorporó un mecanismo informal de selección que significó un paso político importante por su carácter democrático. Este proceso respondió a la necesidad de los fiscales de elegir al más preparado para guiar la institución.

Así, por medio del voto directo, los procuradores eligen a uno de los aspirantes, que debe ser procurador de carrera y tener más de 35 años. Los procuradores que se postulan participan de debates públicos en distintas ciudades del país y responden preguntas que

³⁰⁰ <https://inecip.org/wp-content/uploads/2020/10/Inecip-MPF-1.pdf>.

el público les formula. La lista que conforman los tres aspirantes más votados se presenta ante el presidente, para que escoja al candidato. La costumbre ha sido que el presidente eligiera al candidato más votado, a excepción de la procuradora Dodge, que fue la segunda de la lista.

En 2003, el entonces presidente Lula da Silva reconoció este procedimiento y le dio prestigio. Desde ese momento, si bien no se trata de una práctica obligatoria, es una tradición que se sostuvo por casi dos décadas, debido a que asegura la independencia del Ministerio Público Fiscal, la deliberación y el liderazgo de la persona elegida por sus colegas³⁰¹.

No obstante, en 2019, el presidente Bolsonaro propuso como fiscal general de Brasil a Augusto Aras –fiscal desde 1987–, ignorando para ello la lista de tres candidatos elegidos por la ANPR.

Para finalizar, advertimos que ningún sistema es ideal, ya que todos tienen sus pros y sus contras. A nuestro modo de ver, las mayorías especiales tanto para el nombramiento como para la remoción del cargo garantizan la independencia, pues se precisan consensos políticos amplios. Por eso, insistimos en que nuestros dirigentes, en lugar de buscar debilitar la autonomía de los fiscales, debieran bregar por implementar sistemas que les den mayor independencia, de manera tal de asegurar que realicen su trabajo alejados de toda presión económica, mediática y política.

6.1.1.5. Fortalecimiento de la Justicia

Frente a lo que se viene exponiendo, es necesario repensar la cuestión y desarrollar un plan global genuino, que contemple métodos eficientes y novedosos para descongestionar los tribunales atestados de expedientes –en su gran mayoría, por delitos menores–, y permitir que se aboquen a la investigación de los hechos que más daño provocan a la sociedad, como los actos de corrupción.

En definitiva, se trata de emprender las acciones necesarias para mejorar realmente la calidad del servicio de justicia. Si es esto lo que se pretende, como un primer paso, es imprescindible contar con un diagnóstico serio sobre la problemática y sobre el

³⁰¹<https://dplfblog.com/2019/05/27/la-eleccion-del-procurador-general-de-la-republica-en-brasil-una-costumbre-a-prueba/#more-4728>.

funcionamiento de los tribunales y las fiscalías a cargo de investigaciones por corrupción en los diferentes distritos.

El cuadro real de situación en todo el país permitirá establecer necesidades, prioridades, y hasta diseñar soluciones concretas.

Sin duda, este análisis deberá realizarse en forma conjunta y coordinada, no solo con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Consejo de la Magistratura de la Nación y la Procuración General de la Nación, sino también con los otros poderes del Estado.

Solo a partir de ello será posible trazar las estrategias correspondientes e implementar un plan de fortalecimiento serio, que incluya objetivos a corto, mediano y largo plazo, una reforma que asegure la independencia del Poder Judicial, así como la capacitación obligatoria de jueces y fiscales, funcionarios y empleados, con el fin de dotarlos de conocimientos técnico-jurídicos y de las herramientas necesarias para las investigaciones eficientes, enfatizando especialmente en la sensibilidad social.

En definitiva, se debería diseñar un plan estratégico acorde con los postulados de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que debería incluir a diversos actores para el desarrollo sostenido y para la elaboración de procedimientos de educación ciudadana en materia de corrupción.

6.1.2. INCORPORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE BANGALORE

Una cuestión que consideramos dirimente es reconstruir la confianza de la sociedad en sus instituciones. Concretamente, es fundamental que los órganos encargados de llevar adelante investigaciones vinculadas a casos de corrupción lo hagan con imparcialidad y alejados de cualquier compromiso o subjetividad. Esto se logra cuando realizan su misión sin comprometer su independencia ni afectar su imparcialidad.

En este sentido, en abril de 2004, al llevarse a cabo el informe 60 del período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, el relator especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de magistrados, Dr. Leandro Despouy, señaló:

A la Comisión le preocupa la frecuencia y alcance del fenómeno de la corrupción en todo el mundo. Este fenómeno (...) puede afectar a la administración interna del poder judicial (falta de transparencia, sistema de prebendas) o adoptar la forma de intervención tendenciosa en los procesos y resoluciones como consecuencia de la politización de la judicatura, de la afiliación política de los jueces o de cualquier forma de clientelismo judicial (...). Más allá

de los hechos, lo más inquietante es que en algunos países la percepción generalizada que se tiene del poder judicial es la de que está corrompido: la falta de confianza en la justicia es un auténtico veneno para la democracia y el desarrollo, además de favorecer la perpetuación de la corrupción (...) Como subraya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los jueces no solo deben satisfacer criterios objetivos de imparcialidad, sino que además debe verse que son imparciales; la cuestión de fondo es la confianza que debe inspirar los tribunales a las personas que recurren a ellos en una sociedad democrática... (Naciones Unidas, 2013).

La pregunta que surge es cómo puede lograrse la transparencia y la imparcialidad, o evitar la politización de la Judicatura, para elevar la confianza pública en la independencia de los tribunales. Sin dudar, se consigue estableciendo estándares altos de integridad en la conducta judicial para que la imparcialidad de los jueces no se vea socavada por nada ni por nadie.

El papa Francisco, en la Cumbre Internacional de Jueces y Fiscales contra el Tráfico de Personas y el Crimen Organizado, que tuvo lugar en el Vaticano el 3 de junio de 2016³⁰², marcó el camino correcto. Allí dejó sentada no solo la misión insustituible de los jueces frente a la corrupción, sino también la importancia de que sean libres de los Gobiernos, los poderes concentrados y las estructuras del pecado.

Aseguró además que, “sin esta libertad, el Poder Judicial de una nación se corrompe y siembra corrupción”. Por eso, pidió a los jueces y a los fiscales: “realicen su vocación y misión esencial: establecer la justicia sin la cual no hay orden, ni desarrollo sostenible e integral, ni tampoco paz social” (Francisco, 2018).

Las palabras del santo padre dan muestras claras de la importancia de que los jueces, tanto individualmente como de forma colectiva, respeten y honren sus funciones jurisdiccionales como un mandato público, y luchen por incrementar y mantener la confianza en el sistema judicial.

Los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, cuya génesis tuvo lugar a partir del trabajo realizado por el Grupo de Integridad Judicial en la reunión celebrada el 15 y 16 de abril de 2000 en la Oficina de las Naciones Unidas de Viena, se erigen en una guía ética para todos los Poderes Judiciales.

En esa reunión, se reconoció la necesidad de elaborar una declaración universalmente aceptable de los estándares judiciales, que, en armonía con el principio de independencia

³⁰² En la que expusimos como oradores en representación de la delegación argentina.

judicial, pudiesen ser respetados y puestos en práctica por la Judicatura en el plano nacional, sin intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Los valores que se reconocieron como fundamentales para un magistrado son la independencia, la imparcialidad, la integridad, la corrección, la equidad, la competencia y la diligencia. Todos estos principios son esenciales para el desempeño adecuado de las funciones y para el enaltecimiento de la misión que tienen los jueces.

Nos interesa detenernos en dos de ellos: la integridad y la corrección, que para nosotros son centrales, pues hacen a la confianza de la sociedad en los magistrados.

La UNODC conceptualiza la integridad de la siguiente forma:

...el atributo de la rectitud y probidad. Sus componentes son la honestidad y la moralidad judicial. Un juez debe siempre, no solo en el desempeño de sus obligaciones judiciales, actuar honradamente y en forma adecuada para las funciones jurisdiccionales, ser ajenos a todo fraude, engaño y falsificación; y ser bueno y virtuoso en su comportamiento y carácter (...)
En la judicatura, la integridad es más que una virtud, es una necesidad (Naciones Unidas: 2013).

Por esa razón, a los magistrados se les exigen estándares elevados de conducta en la vida privada y en la vida pública, por cuanto su comportamiento debe estar por encima de cualquier reproche a los ojos de un observador razonable. Debe tenerse en consideración que su conducta personal no solo los afecta individualmente, sino que perturba el sistema judicial en su conjunto. Esto responde a que un juez, por un lado, ha prometido estar al servicio de los ideales de justicia y de verdad, en que se afirman el imperio de la ley y los fundamentos de la democracia; por el otro, también se ha obligado a representarlos.

La sociedad espera una conducta virtualmente irreprochable de los jueces, fuera de toda duda, porque la confianza en la Judicatura se basa en su integridad y su rectitud moral (Naciones Unidas, 2013).

Íntimamente relacionado con este valor se encuentra el de corrección, que exige que un juez lleve una vida ejemplar dentro del tribunal y fuera de él. Un juez debe comportarse en público con sensibilidad y con el autocontrol que exige el desempeño de las funciones jurisdiccionales, porque la exhibición de un temperamento inadecuado es dañina para el proceso de justicia y no cuadra con la dignidad de las funciones jurisdiccionales (Naciones Unidas 2013).

Para que la Judicatura lleve adelante un papel activo en el reforzamiento de la integridad judicial, para que queden patentizados estos valores y sirvan de guía para los magistrados,

es imprescindible la redacción de un código de conducta judicial, de conformidad con las Reglas de Bangalore.

Recordemos que se confía en el juez el ejercicio de un poder que puede limitar o restringir principios, garantías y derechos fundamentales, pues la ley le confiere la tarea de administrar justicia. Así, es factible que su decisión produzca efectos en la vida y en las libertades de la sociedad, lo que lo obliga a cumplir fielmente su mandato.

Ningún ciudadano desea que ese poder esté en manos de personas que no son honorables o cuyos estándares personales son cuestionables.

Si la justicia es un servicio esencial y un principio moral que obliga a obrar y a juzgar respetando la verdad y dando a cada uno lo que corresponda, los magistrados que tienen el privilegio de practicarla deben cumplir con estándares elevados de conducta judicial y deben mantener inmaculado el cargo que ejercen.

La fortaleza de las instituciones y los altos niveles de integridad de sus magistrados permitirán transmitir confianza y credibilidad a la sociedad acerca de la intervención oportuna de la Justicia en los actos de otros poderes del Estado. Principalmente, las resoluciones que emanen de un Poder Judicial sano y realmente independiente repercutirán en el bienestar y en la paz social.

6.1.3. CONTROL JUDICIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Una de las formas por las cuales la Administración pública puede intentar eludir el correspondiente control del Poder Judicial es sostener que la política pública en materia de contrataciones no es revisable por la Justicia. Entonces, se asegura que ningún poder del Estado (entre ellos, el Ministerio Público Fiscal y el Poder Judicial) debiera inmiscuirse en ese tipo de decisiones.

Es difícil estar de acuerdo con esta afirmación sin más, pues bajo el ropaje de una supuesta política pública suelen esconderse designios criminales de los funcionarios y de los particulares, tendientes a defraudar el patrimonio del Estado. Es decir que nadie estaría de acuerdo en que la Justicia mirara hacia otro lado, cuando los funcionarios persiguen finalidades alejadas de la misión que se les encomendó.

Así, cuando no se respetan los principios de concurrencia, publicidad y transparencia, cuando se determina un beneficio inadmisibles para uno de los oferentes, cuando se establecen canales preferenciales para una de las partes, cuando existen sobrepagos en las contrataciones y cuando se carteliza la obra pública, la intervención del Poder Judicial no solo es necesaria, sino que es obligatoria, porque es el único poder del Estado capaz de hacer cesar las condiciones de un posible delito.

Y esta intervención activa debe realizarse porque lo que está en juego es el patrimonio del erario, que sirve para disminuir la pobreza, brindar un servicio de salud adecuado, mejorar las condiciones de vida de los más vulnerables, tener un crecimiento económico sostenible.

Por supuesto, antes de llegar a la actuación judicial, existen caminos alternativos para prevenir el delito y minimizar los riesgos. En especial, pueden establecerse mecanismos que permitan, de un lado, garantizar la concurrencia de licitadores con medidas de publicidad adecuadas, y, de otro, lograr la independencia de los órganos de contratación, para detener o, al menos, afectar la influencia de intereses particulares en las decisiones de compra pública.

Nadie pone en duda que la independencia y la separación de los poderes públicos son trascendentales para el Estado de derecho. Para que el sistema funcione y para que la Justicia pueda controlar la legalidad y la legitimidad de las decisiones políticas, deben interactuar y entrar en diálogo –tal como lo sostiene la teoría americana del *checks and balances*–.

El contenido de esa interdependencia integra cuestiones nucleares en la importancia de los controles y limitaciones al poder, para proteger las garantías y libertades individuales y sociales. Así, la historia de la estatalidad occidental dio lugar a la promesa de una institución judicial reconocida, independiente e imparcial, capaz de no tomar partido en el ámbito político, y de funcionar como instrumento al servicio de los derechos de los ciudadanos y de las leyes fundamentales. La estabilidad del sistema judicial es ciertamente necesaria para la paz social y el orden público (Fuchs, 2017).

La pretensión de que los actos de la Administración estén exentos de control judicial ha sido la excusa casi perfecta para que durante años pudieran cumplirse planes delictivos sin mayores entorpecimientos y sin importar demasiado el avasallamiento de la norma constitucional contemplada en el artículo 36, que establece que atentará contra el sistema

democrático quien incurra en grave delito doloso contra el Estado, que conlleve enriquecimiento.

Este patrón de actuación es, al decir de Gordillo (2014), un círculo vicioso y una jurisprudencia carente de fundamentación legal o constitucional, sencillamente porque todo acto del Poder Ejecutivo debe ser revisable y porque la decisión del juez de no entender en la cuestión no parte de principios jurídicos, sino de consideraciones políticas subjetivas.

Como lo advierte el autor, el problema está planteado bajo la forma de una petición de principios. Primero se afirma que un grupo de actos del Poder Ejecutivo, a los que se denominará "de gobierno", "políticos" o "institucionales", no son impugnables ante la Justicia, no son revisables judicialmente o son "no justiciables".

El siguiente paso es tratar de encontrar un supuesto fundamento para esa afirmación apriorística. Entonces se dirá que tales actos no son justiciables porque tienen un fin político, porque hacen a las relaciones entre los poderes, porque involucran razones de Estado, etc. Finalmente, se deducirá cuáles son los actos que, por su contenido político o institucional, caen en esa categoría.

Para el autor, el planteo es falso porque no se ha demostrado primero la razón por la cual cierto tipo de actos no son impugnables por la Justicia; se dice tan solo que no son revisables y luego se trata de hallar una justificación para esa "no revisabilidad".

Se dice que sería una "anomalía", un "grave entorpecimiento de la marcha del Estado", "un conflicto de poderes", "una intromisión del Poder Judicial en asuntos exclusivos del Poder Ejecutivo", "una tiranía de los jueces", etc. Sin embargo, no se comprende que ninguna de esas argumentaciones contesta ni resuelve el problema principal: que no existe un fundamento jurídico serio para excluir la revisión de toda una categoría de actos por parte de los jueces.

Por el contrario, esta teoría es un refugio más de quienes preservan un cerco de inmunidades del poder en desmedro del orden jurídico democrático. Así, cuando el Poder Ejecutivo dicta actos excediéndose del marco constitucional, transgrediendo algún principio, alguna norma consagrada en la ley fundamental y fuera de toda razonabilidad, el juez debe revisar si ese acto es inconstitucional y, por lo tanto, antijurídico y pasible de anulación por ilegitimidad.

Afirmar que el juez debe hacer otra cosa es trastocar el sistema de la división de poderes y el de la jerarquía de las normas. Entonces, coincidimos con el autor en que no puede admitirse en el derecho argentino una categoría de actos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo que no sean susceptibles de revisión judicial. Nuestro sistema constitucional exige que los habitantes tengan siempre acceso a una instancia judicial en la cual ventilar sus reclamos.

En definitiva, si el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo pudieran dictar actos no revisables por un tribunal, estos tendrían la misma fuerza normativa que las sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada, en el sentido de que un juez no puede alterarlas. Obviamente eso es un absurdo y llevaría a invadir atribuciones propias de los órganos judiciales (Gordillo, 2014).

También llevaría a renunciar a todo tipo de control, es decir, a omitir los frenos y contrapesos lógicos de un Estado de derecho, cuando se sabe que es sustancial la existencia de mecanismos de control vertical y horizontal, reconducibles a una suerte de *accountability*, término semánticamente próximo a la “rendición de cuentas”. De hecho, se ha sostenido que el término *accountability* es intraducible y que está relacionado con la responsabilidad y la rendición de cuentas. Por eso, se afirma que el Poder Judicial debe monitorear, planear, mejorar su producto, para cumplir así con su responsabilidad frente el público. De ahí que sea indispensable pugnar por la modernización del funcionamiento del Poder Judicial, para, entre otros objetivos, proporcionar un mejor servicio al sistema democrático (Bazán, 2018).

6.2. GOBIERNO ABIERTO

Un Gobierno abierto se caracteriza por una gestión transparente, en la que se ofrece información sobre las acciones concretas, se rinden cuentas, se promueve la participación ciudadana y se tiene en cuenta la opinión de la sociedad en la gestión de asuntos públicos.

Este concepto se sustenta en tres pilares básicos. El primero de todos es la **transparencia**, ya que la Administración debe poner a disposición del ciudadano toda la información sobre la gestión pública y la manera en que la lleva adelante. El segundo es la **colaboración**, para facilitar el trabajo conjunto entre la sociedad civil, las empresas y la Administración. Finalmente, se encuentra la **participación**, directa o indirecta, de la

ciudadanía, que requiere un acceso a una información que las Administraciones públicas deberán poner a su disposición (Cordero Valdavida, 2019).

En 2011, se creó la **Alianza para el Gobierno Abierto** (AGA u OGP, por sus siglas en inglés), que ha buscado de manera sostenida que los Gobiernos sean más transparentes, rindan cuentas y mejoren la calidad de respuesta hacia sus habitantes.

Desde su incorporación formal a OGP (noviembre de 2012), el Poder Ejecutivo Nacional se comprometió a adecuar sus actos de gobierno a los **cuatro pilares básicos** que rigen la Alianza para el Gobierno Abierto, a saber:

- **Rendición de cuentas.** Los Estados deben tener reglas, normas y mecanismos para que los actores gubernamentales justifiquen sus acciones, respondan a críticas o requerimientos y acepten responsabilidad por omisiones en lo referido a leyes y compromisos.
- **Tecnología e innovación.** Los Gobiernos reconocen la importancia de proveer a los ciudadanos un acceso abierto a la tecnología; además, reconocen las nuevas tecnologías como impulsoras de la innovación, y la importancia de aumentar la capacidad de los ciudadanos para utilizar tecnologías.
- **Participación ciudadana.** Los Gobiernos procuran que sus ciudadanos se involucren en debates públicos, provean insumos y contribuyan a un régimen más innovador, efectivo y receptivo.
- **Transparencia.** En lo que concierne a la información sobre las actividades y las decisiones gubernamentales, esta debe estar actualizada, ser exhaustiva y cumplir con los estándares de datos abiertos (por ejemplo, datos legibles, sin procesar).

En Argentina, la asunción de un nuevo Gobierno en diciembre de 2015 trajo consigo, desde lo discursivo, diferentes propuestas y programas vinculados a la modernización del Estado y al Gobierno abierto. Así, a principios de 2016, se anunció el lanzamiento de un Plan de Modernización del Estado, que no solo propuso digitalizar los trámites administrativos, sino también efectivizar el acceso abierto a la información pública.

Cierto es que, durante esos años, se produjeron algunos cambios interesantes en la materia, pero de ningún modo se instalaron como una política de Estado. Tampoco se convirtieron en una tendencia sostenida para asegurar el acceso a la información y la plena transparencia; aún quedan desafíos por afrontar, si la Argentina realmente pretende considerarse un Gobierno abierto (Berazategui - Brusco, 2017).

Justamente, una premisa fundamental para fortalecer la transparencia y evitar la corrupción en un Estado de derecho es que los Gobiernos abran sus puertas a la opacidad de sus prácticas, de manera que la ciudadanía pueda hacer un seguimiento e involucrarse con la cosa pública.

Los males de la corrupción podrían evitarse en buena medida si la ciudadanía tuviera posibilidades reales de acceder, de forma rápida y sencilla, a la información que ostentan los poderes públicos, ya que habría millones de ciudadanos “controlando” la gestión pública. La transparencia es crucial. El mejor control y el más democrático es el que pueden realizar millones de ciudadanos, si tienen acceso a la información relativa a la gestión de los asuntos públicos, y si puedan denunciar casos de corrupción o malas prácticas sin temor a sufrir represalias o consecuencias negativas (Blanes Climent, 2017).

Por esa razón, el Gobierno abierto puede resultar un instrumento útil para luchar contra la corrupción en la contratación pública y para prevenirla.

Por supuesto, la manera de lograr esto es a través de la difusión de datos relativos a los contratos, en formatos que faciliten su reutilización y, por lo tanto, la participación ciudadana en el análisis de dichos datos. En otras palabras, el Gobierno se abre a la colaboración de la ciudadanía en el monitoreo y la supervisión de la contratación pública, para identificar situaciones que escondan casos de corrupción y para denunciarlas ante las autoridades competentes (Cerrillo i Martínez, 2016).

A la hora de desarrollar políticas públicas y establecer prioridades para un país, la opinión ciudadana es fundamental para decidir qué es más necesario. Por ejemplo: construir una nueva ruta o reparar las existentes, construir un nuevo hospital o destinar mayores recursos a los que ya están en funcionamiento.

Es sano –y hace a la transparencia del sistema– que las decisiones se tomen con el mayor de los consensos, ya que, por lo general, la dirigencia menosprecia los gastos de operación y mantenimiento, que representan un costo menor.

Debe tenerse en cuenta que, por lo general, los proyectos de inversión pública son más costosos, y que, por ello, los empresarios de las firmas contratistas pueden estar dispuestos a pagar “comisiones” a los funcionarios del Gobierno que los ayuden a ganar los contratos. Cuando la corrupción juega un rol importante en la selección de proyectos y de contratistas, el resultado es un presupuesto de capital muy distorsionado, con

“elefantes blancos” y “catedrales en el desierto”. Algunos proyectos se completan y los políticos los explotan en ceremonias pomposas de inauguración de nuevas obras, sin importar si luego se utilizan o no. Otros terminan siendo más grandes y complejos que lo necesario; otros son de tan baja calidad que requerirán de reparaciones continuas, y su capacidad de producir estará muy por debajo de las expectativas (Bour, 2012), todo lo cual daña el erario y la confianza ciudadana.

Para que estas situaciones disvaliosas no se repitan, la sociedad debe tener conocimiento para poder reclamar mayor cuidado de los recursos del Estado, así como compromiso, transparencia y generosidad política para emprender las reformas necesarias. En fin, para tener un Gobierno abierto, que permita fortalecer las relaciones entre las Administraciones públicas y la ciudadanía, y facilitar la prevención y la lucha contra la corrupción.

La historia indica que los partidos políticos no lo van a hacer *motu proprio*, pues son parte del problema y se han adaptado a la situación propiciada por las fracturas del sistema. Es la ciudadanía la que debe forzar estas reformas para, de una vez por todas, abandonar la indiferencia y luchar democráticamente en favor de una Administración pública saludable y cuidadora de los recursos estatales.

Como veremos, algunas de las medidas que se pueden implementar para fomentar los principios del Gobierno abierto son el acceso efectivo a la información y la transparencia pública, que podría implementarse, por ejemplo, con la contratación pública electrónica.

6.2.1. ACCESO A LA INFORMACIÓN POR PARTE DE LA CIUDADANÍA (LEY 27.275)

Para que la sociedad se involucre en la gestión pública, es necesario garantizar el derecho de acceso a la información pública y a la transparencia de la gestión estatal, que promueve la apertura del Gobierno, la transparencia en todos los niveles estatales y en las políticas públicas, así como la participación ciudadana.

En este sentido, es sumamente auspiciosa la sanción de la Ley 27.275³⁰³ de Acceso a la Información Pública, que tiende a garantizar a la ciudadanía el derecho de conocer las

³⁰³ Sancionada en septiembre de 2016, reglamentada parcialmente por el Decreto 206/17 (publicado en el *Boletín Oficial* el 28 de marzo de 2017), cuya entrada en vigencia tuvo lugar el 29 de septiembre de 2017.

decisiones políticas y públicas, y de involucrarse en ellas. Asimismo, asegura la facultad de ejercer un control sobre los diferentes poderes del Estado³⁰⁴.

La norma obliga a los tres poderes y a otras instituciones del Estado a brindar datos a cualquier persona que lo requiera. Además, introduce obligaciones de transparencia activa para los sujetos obligados por la ley. Estos deben publicar de manera accesible, gratuita, actualizada y en formato procesable información sobre su nómina salarial, el personal contratado, las declaraciones juradas de funcionarios, la ejecución de partidas presupuestarias y las contrataciones, entre otras cuestiones.

Para que la ley cumpla con su fin de lograr el máximo de transparencia, información, rendición de cuentas, evaluación de políticas públicas, diseños organizativos más fluidos y menos burocráticos, es necesario el esfuerzo mancomunado de todos los poderes del Estado y una firme decisión de adaptar su actividad a estos postulados.

Recordemos que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho de acceso a la información pública es una herramienta fundamental para el control ciudadano del funcionamiento del Estado y para la lucha contra la corrupción³⁰⁵.

Con base en tales postulados, el derecho de acceso a la información pública debe concebirse como una política de Estado y no como un mero principio de garantía del Gobierno abierto. En este sentido, es importante destacar que el acceso a la información no se asegura exclusivamente con la creación de portales de datos, a los cuales solo acceden personas con conocimientos sobre internet e informática. Debiera incluir a toda la ciudadanía, de manera de garantizar que el acceso a la información sea asequible, rápido, fácil y universal (Berazategui - Brusco, 2017).

Por eso, debe realizarse un esfuerzo enorme para la instauración efectiva de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, como garantía de la transparencia de las instituciones públicas.

Por supuesto, esto solo será posible si se cuenta con el compromiso de todas las Administraciones, un sistema de sanciones eficaz ante incumplimientos, la capacitación

³⁰⁴ Esta normativa tuvo un impacto concreto en la garantía de derechos del ciudadano y en el desempeño de los funcionarios públicos, pues, con la vigencia de la nueva Ley del Derecho de Acceso a la Información Pública, se presentaron más de 4900 solicitudes de información.

³⁰⁵ Corte IDH, Caso “Claude Reyes y otros v. Chile”, sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrafos 86 y 87.

y formación de los agentes que tendrán a su cargo el manejo de esta herramienta, un presupuesto adecuado, y –esto es fundamental– si se asegura la integridad de los funcionarios a cargo.

6.2.2. COMPROMISO DE LOS GOBIERNOS PARA EVITAR LA CORRUPCIÓN

Como ya lo mencionamos, el Índice de Percepción de la Corrupción 2019 de Transparencia Internacional refiere que los constantes cambios políticos y los escándalos de corrupción de alto perfil hacen necesario que los líderes luchen contra este delito y fortalezcan la democracia.

Allí, se enumeran una serie de medidas: *i)* garantizar nombramientos judiciales no políticos e independientes; *ii)* empoderar a los denunciantes, la sociedad civil y los medios de comunicación para monitorear y denunciar la corrupción; *iii)* reconocer la sextorsión (la extorsión sexual) como una forma de corrupción, y garantizar que los sistemas de justicia tengan las herramientas adecuadas para abordar estos casos; *iv)* implementar e informar el progreso hacia el Compromiso de Lima, adoptado en la VIII Cumbre de las Américas³⁰⁶.

Este último tuvo lugar el 14 de abril de 2018, cuando todos los jefes de Estado y de Gobierno del hemisferio aseveraron que la prevención y el combate a la corrupción eran fundamentales para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho.

Asimismo, reafirmaron el compromiso inquebrantable con los tratados en materia de lucha contra la corrupción –la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)–, y se comprometieron a *i)* fortalecer la autonomía e independencia del Poder Judicial; *ii)* desarrollar una cultura de transparencia y participación ciudadana; *iii)* promover la adopción de medidas que prevengan los conflictos de intereses; *iv)* promover códigos de conducta de los servidores públicos, que contengan estándares de ética, probidad, integridad y transparencia; *v)* consolidar la autonomía e independencia de los órganos de control; *vi)* proteger a los denunciantes, testigos e informantes de actos de corrupción frente a las acciones intimidatorias y a las represalias; *vii)* proteger el trabajo de los

³⁰⁶https://www.transparency.org/news/feature/what_people_think_corruption_in_latam_the_caribbean.

periodistas y personas que investigan casos de corrupción; *viii*) proteger a los servidores públicos involucrados en hacer cumplir la ley, el enjuiciamiento y la sanción de los actos de corrupción; *ix*) impulsar y fortalecer medidas que promuevan la transparencia, la rendición de cuentas de partidos políticos, especialmente en campañas electorales.

En concreto, en cuanto a la prevención de la corrupción en los ámbitos más riesgosos, como el de las obras públicas, contrataciones y compras públicas, se comprometieron a las siguientes acciones:

- Promover el uso de sistemas electrónicos para compras gubernamentales, contrataciones de servicios y obras públicas, para asegurar la transparencia, la publicidad, la veeduría ciudadana y la rendición de cuentas.
- Promover la inclusión de cláusulas anticorrupción en todos los contratos del Estado y de las asociaciones público-privadas, y establecer registros de personas naturales y jurídicas vinculadas con actos de corrupción y lavado de activos, para evitar su contratación.
- Fomentar la transparencia en la gestión de la infraestructura y de los recursos públicos.
- Implementar medidas para la reducción de la burocracia y la simplificación de trámites en todos los niveles de gobierno, para la prevención de la corrupción.

Todas las medidas a las que los presidentes del hemisferio se comprometieron forman parte de un programa de la Agenda 2030. Es aconsejable que puedan transformarse en una política de Estado constante, independientemente del partido político que gobierne, y que se logren los objetivos trazados.

6.2.3. ALGUNOS CAMBIOS POSITIVOS

Tal como adelantamos, en los últimos años, se han producido algunos cambios tenues en la materia, que se exhiben como alentadores.

En primer lugar, observamos una ciudadanía más activa, que se involucra con la cosa pública, reclama y se manifiesta cuando considera que alguna acción concreta de los funcionarios de los distintos poderes del Estado puede menoscabar o poner en peligro los recursos del Estado.

Esto es loable, pues muestra, por un lado, que ganar las elecciones en las urnas no es un “cheque en blanco” para que los funcionarios hagan lo que quieran, y, por el otro, que la sociedad vigila a sus administradores.

En segundo lugar, debe decirse que, durante los años 2016 a 2020, se comenzaron a cimentar lentamente las bases relevantes en materia de lucha contra la corrupción, pues se sancionaron algunas normas interesantes para la prevención, la investigación y la represión de casos de corrupción.

6.2.3.1. Ley 27.304 del Arrepentido

Se aprecia como altamente positiva la sanción de la Ley 27.304 (aprobada en octubre de 2016), que extiende la figura del arrepentimiento a los casos de corrupción y asociación ilícita.

Si bien los orígenes de este régimen se remontan a 1995, cuando la figura del arrepentido se incorporó a la Ley de Estupefacientes y, con el tiempo, a otros casos (secuestros extorsivos, trata de personas, etc.), la modificación provocó una fuerte resistencia de ciertos sectores (especialmente de abogados defensores de funcionarios investigados por hechos graves de corrupción, que, por supuesto, tienen intereses contrapuestos claros). Estos últimos, camuflados entre los que genuinamente consideran que esta figura podría vulnerar garantías constitucionales, se oponen a renovar el formalismo legal estático de los métodos investigativos vetustos.

Así, se niegan a incorporar herramientas que permitan mayor eficacia a la hora de investigar y sancionar los actos de corrupción, con reparos infundados, e insisten en mantener el *statu quo* reinante, conservar la apatía, evitar la reacción de la sociedad y seguir permitiendo que los corruptos llenen sus bolsillos con dinero del Estado.

El profesor Spolansky (2004), en su trabajo *El llamado arrepentido en el proceso penal*, no solo descartó hace varios años todos esos reparos y críticas, sino que defendió el instituto, por considerarlo un instrumento relevante para el avance de las investigaciones complejas. Sostuvo el autor que la fórmula del arrepentido tiene un significado diferente al moral o religioso, pues se refiere a quien ha participado en la ejecución de un acto prohibido por la ley y luego aporta pruebas para esclarecer los hechos delictivos y para individualizar a los otros intervinientes responsables ante la ley penal.

En este sentido, explicó que los pactos de silencio entre delincuentes no están protegidos por ninguna regla constitucional. Además, afirmó que la lealtad entre criminales podrá tener sus propias reglas, pero que el Estado no las reconoce como válidas, ni tampoco protege su incumplimiento.

Así, cuando se ofrece al posible arrepentido la opción de decir lo que sabe (que puede ser útil y eficaz para la investigación) a cambio de una pena más leve, se le está mostrando que puede tener un tratamiento más benévolo, que, desde ya, puede aceptar o rechazar.

Compartimos plenamente las consideraciones expuestas por el distinguido maestro Spolansky. Sus fundamentos dejan en evidencia que este instituto, de neto corte utilitario, representa tan solo una forma establecida legalmente de invitar a quien participó de un delito tan grave a brindar –si lo desea– la información que conoce y que puede ser útil para la investigación. Todo ello, según Spolansky, se produce sin afectar garantías constitucionales.

En igual sentido, el Dr. Wortman Jofré (2017) sostiene que el país ha dado un gran paso en la lucha contra la corrupción, al introducir la figura del cooperador eficaz o arrepentido en su cuerpo normativo. Gracias a su regulación, junto con la nueva Ley de Acceso a la Información Pública, la Argentina ha mejorado sus resultados en el *ranking* de Transparencia Internacional.

No obstante, el autor augura que la herramienta va a demandar un gran trabajo de implementación de parte de todos los operadores judiciales. Es decir, su sola vigencia normativa no va a generar cambios en la materia, pues se producirán controversias interpretativas en los pronunciamientos judiciales. Esto se debe a que es un instituto que atraviesa diversas ciencias y que conlleva cuestionamientos ideológicos profundos sobre algunos aspectos, tales como los alcances de las libertades individuales, las concepciones sobre la Justicia y el poder punitivo del Estado.

En definitiva, se avecinan tiempos de debates intensos y apasionados. La vida del instituto de la cooperación en el proceso penal tiene un final abierto e incierto (Wortman Jofré - Sánchez Rodríguez, 2017). Es de esperar que las buenas prácticas del instituto y su correcta aplicación permitan que se inserte en el sistema jurídico como una herramienta de enorme utilidad en la lucha contra la corrupción.

6.2.3.2. Prevención en el ámbito administrativo

Otro de los avances en el Poder Ejecutivo son las decisiones administrativas (resoluciones, decretos, etc.) destinadas a prevenir acciones corruptas en ámbitos sensibles, y a ordenar cuestiones básicas en la actuación de los funcionarios.

En concreto, en el marco del Plan de Modernización (Decreto 434/2016) y del Plan de Tecnología y Gobierno Digital, se suscribió, entre el Estado nacional y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, un Convenio Marco de Colaboración y Asistencia Técnica (Convenio N° 3/2016), que tiene como objetivo promover e introducir el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en la gestión administrativa, para responder con mayor rapidez y efectividad a las demandas de la sociedad.

Un avance tecnológico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional fue la sustitución del sitio *argentinacompra* por el portal para contratación electrónica, denominado *compr.ar* (Disposición ONC 65/2016).

Se dispone que, por medio de *www.comprar.gob.ar*, se efectúen todos los procedimientos prescriptos en el reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto N° 1030/16.

También se destaca, dentro de los desarrollos tecnológicos, el Sistema Informático de Gestión, de la Secretaría de Obras Públicas. Este tiene como objeto integrar la información relativa a las obras públicas que se gestionan en las subsecretarías dependientes de la Secretaría de Obras Públicas, de manera tal de obtener información segura para incrementar los niveles de eficacia y transparencia en la administración de los recursos.

A continuación, realizaremos una mención breve de otras innovaciones que, a nuestro criterio, merecen destacarse, por ser sumamente útiles y atinadas a efectos de prevenir la corrupción en ámbitos sensibles, a saber:

- Decreto N° 202/17³⁰⁷, que obliga a las personas que deseen participar de una contratación, concesión, autorización o habilitación del Estado a declarar la existencia o no de vinculación con el presidente de la nación, el vicepresidente,

³⁰⁷ Del 21 de marzo de 2017.

el jefe de Gabinete de Ministros, los ministros y las autoridades de igual rango, o los titulares de cualquier organismo o entidad del sector público nacional con competencia para contratar.

En los fundamentos de dicho decreto, se establece que las contrataciones públicas de suministros, servicios y obras públicas deberán ejecutarse en un marco de transparencia e integridad, publicidad de los actos e igualdad de tratamiento entre oferentes y proveedores competidores. Por eso, se promueve la adopción de normas dirigidas a la preservación de la integridad en la función pública, y de sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y los criterios objetivos en la toma de decisión.

- Decreto N° 72/18³⁰⁸, que modificó el sistema de designación y remoción de auditores internos dentro del ámbito de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN). Este organismo, como ya hemos visto, es responsable de llevar adelante el control de la Administración pública nacional mediante auditorías propias, y la supervisión del trabajo de las distintas unidades. Con esta reforma se facultó a la SIGEN para determinar las pautas de conformación de estructura e integración de las unidades de auditoría interna, y se consolidó el funcionamiento de los comités de control interno como herramienta esencial para el fortalecimiento del sistema de control.
- Decreto Antinepotismo (Decreto N° 93/18)³⁰⁹, que estableció que, en todo el sector público nacional, no se podrán efectuar designaciones, bajo cualquier modalidad, de personas que tengan algún vínculo de parentesco tanto en línea recta como en línea colateral hasta el segundo grado con el presidente, el vicepresidente de la nación, el jefe de Gabinete de Ministros, ministros y demás funcionarios con rango y jerarquía de ministros, incluidos los unidos por matrimonio o unión convivencial. Esta normativa se creó para mejorar la institucionalidad, la integridad y la transparencia de todas las políticas públicas. Si bien el nuevo Gobierno que asumió en diciembre de 2019 no lo derogó formalmente, en los hechos, ha habido nombramientos de familiares del jefe de

³⁰⁸ Del 23 de enero de 2018.

³⁰⁹ Del 30 de enero de 2018.

Gabinete, ministros y secretarios, que fueron cuestionados públicamente, debido a que no se acataba aquella normativa.

- Decreto N° 1169/18³¹⁰ de Reorganización y Fortalecimiento del Sistema de Contrataciones Públicas. La finalidad del decreto es fortalecer el sistema de contrataciones y ejecución de obras públicas, y atenuar el riesgo de la mala administración, los sobrecostos y la corrupción. Para ello se establece lo siguiente: *i)* incorporar las contrataciones de obra pública al sistema electrónico implementado; *ii)* actualizar el portal nacional de datos públicos sobre procedimientos de selección y ejecución de contrataciones de obra pública; *iii)* elaborar y publicar un programa de gobernanza del sistema de contrataciones de obra pública, entre otras medidas.
- Implementación del sistema *contrat.ar*, que es un procedimiento electrónico de contrataciones para obras públicas, que se puso en práctica en enero de 2017 y es de uso obligatorio desde el 20 de diciembre de 2018.

Esta herramienta permite el monitoreo y la gestión de contratos para obras públicas que han sido licitadas en la plataforma electrónica. Al centralizar las licitaciones y los datos de los contratos, *contrat.ar* incrementó la transparencia y mejoró la rapidez de los procedimientos.

Se siguen, en este sentido, los lineamientos de OCDE³¹¹, en el que se sostiene que la contratación electrónica ayuda a reducir los riesgos de colusión, al eliminar la necesidad de que los oferentes estén presentes físicamente en el mismo lugar, en el momento en que presentan ofertas. Además, es probable que la contratación electrónica reduzca los costos de las licitaciones para los oferentes potenciales, lo que fomentaría la participación e incrementaría la competencia.

6.2.3.3. Plan Nacional Anticorrupción

También es encomiable el Plan Nacional Anticorrupción (PNA), de abril del 2019, elaborado y coordinado por la Secretaría de Fortalecimiento Institucional de la Jefatura

³¹⁰ Del 21 de diciembre de 2018.

³¹¹ OCDE (2019). *Combate a la colusión en contrataciones de obras públicas en Argentina*.

de Gabinete de Ministros y la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el que participaron todos los ministerios y gran cantidad de agencias descentralizadas³¹².

Este plan, que involucra a todos los organismos de la Administración pública, establece una serie de prioridades del Poder Ejecutivo Nacional en materia de lucha contra la corrupción, en consonancia con el Compromiso de Lima, la Declaración de Líderes del G20, adoptada durante la Cumbre de Buenos Aires³¹³, y las convenciones internacionales contra la corrupción y el crimen organizado de la ONU³¹⁴, la OEA y la OCDE³¹⁵.

Está conformado por más de 250 propuestas que deberían implementarse entre 2019 y 2023, en concordancia con los objetivos prioritarios y los lineamientos estratégicos establecidos en la estrategia anticorrupción. Cada una de ellas contempla un plazo de ejecución, así como la identificación del organismo responsable en cada caso, lo cual permite el seguimiento de los avances y los cumplimientos de manera periódica.

Entre las iniciativas que conforman el PNA, se encuentran mecanismos para mejorar la transparencia y la eficiencia de las contrataciones públicas –en especial de la obra pública–, diversas plataformas para asegurar el acceso de la ciudadanía a la información pública para el ejercicio de sus derechos, como mapas interactivos de los bienes del Estado, proyectos y obras públicas, incluidas las obras viales, y medidas orientadas a las poblaciones más vulnerables.

Por supuesto, nuevamente, para lograr estos objetivos se requiere una política de Estado dirigida a la transparencia. Esto implica, tal como ya lo mencionamos, que los Gobiernos abran el Estado a la ciudadanía, faciliten su acceso a la Administración y permitan la colaboración y participación ciudadana en las distintas etapas de las políticas públicas. Se

³¹² Firmado por Laura Alonso, de la Oficina Anticorrupción, y Fernando Sánchez, secretario de Fortalecimiento Institucional.

³¹³ Que tuvo lugar el 30 de noviembre y el 1° de diciembre 2018. Allí, los jefes de Estado participantes asumieron el compromiso de prevenir y luchar contra la corrupción. El Grupo de Trabajo Anticorrupción produjo, además, una serie de estándares, guías y compendios, para avanzar colectiva y globalmente en la lucha contra este flagelo.

³¹⁴ Esta organización impulsó la denominada Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, conformada por diecisiete (17) objetivos que incluyen desde la eliminación de la pobreza hasta el combate al cambio climático. El objetivo 16 se vincula con la promoción de sociedades justas, pacíficas e inclusivas, y parte de la idea de que “...la corrupción, el soborno, el robo y la evasión impositiva cuestan alrededor de U\$S 1,26 billones [de dólares estadounidenses] para los países en desarrollo por año...”.

³¹⁵ En 2017, la OCDE adoptó una nueva Recomendación sobre Integridad Pública, en la que propone a los responsables de políticas públicas el diseño de una estrategia, de acuerdo a un enfoque basado en el riesgo, poniendo énfasis en cultivar una cultura de integridad. La Argentina adhirió formalmente a la recomendación y fue invitada a participar del Grupo de Trabajo de Oficiales Superiores de Integridad Pública.

apunta a generar instituciones sólidas, abiertas y transparentes, que respondan a las demandas de la sociedad.

Un Estado moderno, que incorpore innovación y tecnología en su proceso de elaboración de políticas públicas, poniendo a disposición de la ciudadanía los datos públicos de manera asequible, fortalece el proceso democrático, el desarrollo de políticas públicas y, principalmente, eleva los estándares de integridad.

6.3.OBLIGACIÓN DE PRODUCIR UN CAMBIO PARADIGMÁTICO

6.3.1. REVISIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA PARA UNA PREVENCIÓN MÁS EFICAZ

Como ya hemos analizado largamente, los principios de transparencia en la contratación pública son de vital importancia para un Estado de derecho sano. Estos valores tienen como finalidad prevenir supuestos focos de corrupción; no obstante, esos principios y las medidas que se han instrumentado de manera aislada no alcanzan para ahuyentar los actos de corrupción.

En efecto, las arbitrariedades, las ilegalidades y los abusos siguen sucediendo, y se constituyen en una práctica que acompaña a la Administración pública en Argentina. Hasta podríamos decir que existe, por parte de los Gobiernos, una suerte de apología de las irregularidades detectadas en la contratación de la obra pública, que permitieron el enriquecimiento ilegal de funcionarios públicos, particulares, secretarios privados presidenciales, empresarios amigos del poder, así como el desapoderamiento de recursos del Estado y el financiamiento de campañas políticas.

Todo esto debilita las instituciones y la economía del país, puesto que los actos ilegales en las compras y las contrataciones afectan la eficiencia del Estado (Gilli, 2014).

Frente a esta secuencia, los altos mandatarios de un Estado no pueden desentenderse de la problemática, y tienen el deber de adoptar medidas idóneas. La realidad adversa que atraviesa la Argentina desnuda, aun en pandemia, más tramas secretas y la falta de compromiso de impedir la corrupción.

Los nuevos escándalos relacionados con la adjudicación de contratos públicos en Argentina y en el mundo, además de exponer la responsabilidad de los partidos políticos y de los gobernantes que, por acción o por omisión, permiten prácticas corruptas,

vislumbran una ineptitud supina en la gestión del dinero público, con los perjuicios económicos colosales que ello conlleva.

Pero también exhibe que esta sigue siendo una de las áreas más fértiles para la proliferación de prácticas corruptas. Es decir, no se ha modificado el cuadro grave de situación advertido en el año 2007 por OCDE, cuando afirmaba que “la contratación pública ha sido considerada como la actividad gubernativa más vulnerable a la corrupción”, y relacionaba este fenómeno con la ubicación de la contratación pública, por el hecho de estar inserta entre el sector público y el sector privado³¹⁶.

Unos años después de esa declaración, la directora del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Anne Peters (2018), aseveró que las licitaciones públicas son el sector económico más propenso a la corrupción. La UE estima que pierde cerca del 13 % de todos los gastos del presupuesto para las adquisiciones públicas.

En concreto, el informe ejecutivo de OCDE del 2019, titulado *Combate a la colusión en contrataciones de obras públicas en Argentina*, expone de manera gráfica las vulnerabilidades del sistema de contratación. A partir de allí, realiza recomendaciones o cursos de acción para alinear la regulación argentina a nivel nacional con la contratación de obras públicas y diversas prácticas de contratación. Entre las medidas sugeridas se destacan las siguientes:

- Diseñar procedimientos de contratación, apoyados en información apropiada sobre la base de inteligencia de mercado sólida y el intercambio de información.
- Maximizar la participación de oferentes genuinos y reformar el Registro Nacional de Constructores, que incluye crear una versión electrónica del registro, para que sea interactivo con la aplicación *contrat.ar*.
- Las entidades contratantes deben instaurar procedimientos de contratación estandarizados.
- Mejorar los términos de las licitaciones y los criterios de adjudicación de los contratos; limitar las adjudicaciones de contratos que no estén completamente determinados.

³¹⁶ Informe de OCDE, 2009, p. 17.

- Definir las especificaciones de las licitaciones de manera funcional, utilizar la relación calidad-precio –y no solo el precio– como criterio de adjudicación; adoptar regulaciones claras que limiten la capacidad de la Administración pública y de los contratistas para modificar los contratos de obras públicas una vez que se hayan adjudicado.
- Mayor transparencia, divulgación e integridad al someter ofertas.
- Generar conciencia acerca de los riesgos de colusión, implementando un programa exhaustivo de capacitación sobre el combate a la colusión en contrataciones públicas.
- Detectar y castigar acuerdos colusorios, con procedimientos anónimos y confidenciales para denunciar sospechas de colusión, el desarrollo de una herramienta de filtro de datos para la detección de colusión, y la creación de un registro de compañías declaradas culpables por haber infringido la Ley de Competencia.

Todas estas medidas y otras más –a las que nos referiremos a continuación– constituyen el piso para luchar contra la colusión en las obras públicas, lograr mejores resultados del proceso de adquisición, evitar la manipulación, las malas prácticas y el oscurantismo en la contratación pública.

Máxime cuando, según OCDE³¹⁷ (2019), los beneficios generados favorecerán a los contribuyentes argentinos y la economía general, en forma de ahorros y mejor prestación de proyectos de infraestructura.

Para desterrar prácticas oscuras, se necesita algo más que medidas aisladas con un mero efecto simbólico. Entendemos, por lo tanto, que es imperioso explorar caminos alternativos y construir nuevas reglas apegadas a los valores de la ética, la integridad moral y la transparencia.

Hace falta trascender la mirada e introducir al ordenamiento jurídico interno medidas que demuestren la voluntad férrea de los legisladores y los gobernantes de brindar las herramientas para prevenir la corrupción en la contratación pública. Se trata de generar consensos políticos para crear un sistema anticorrupción centrado en líneas organizativas

³¹⁷ *Combate a la colusión en contrataciones de obras públicas en Argentina.*

y de acción encaminadas a prevenir posibles ilícitos y prácticas viciosas. En definitiva, urge eliminar los riesgos de conductas no transparentes o criminalmente relevantes.

No queda duda de que el enfoque preventivo es, por lejos, la mejor acción, y donde debe centrarse la mayor inercia política: una vez ocurrido el delito, el perjuicio se hace inevitable y lo único que resta esperar es que, luego de un proceso judicial, se pueda recuperar algo de lo desapoderado.

El papel del Congreso y de los administradores es clave para emprender ese cambio de paradigma, que sienta las bases de un sistema sólido, coordinado y eficaz para luchar contra la corrupción en el sector de la contratación pública, y para dejar atrás, de una buena vez, las prácticas colusorias.

Para ello, inevitablemente, será necesario revisar las leyes vigentes, establecer sus debilidades, los puntos más críticos en cuanto a seguridad e integridad de la información. Luego hará falta mejorarlos con métodos innovadores para que sean eficientes, transparentes, y para que no puedan desviarse de los principios rectores de esta materia.

Como se ha dicho, es fundamental robustecer la transparencia en los procesos de compras públicas y de contrataciones de obra pública, contando con información indispensable sobre presupuestos, compras y contrataciones, auditorías, dotación de personal, beneficiarios de subsidios y transferencias. Esto es así porque la transparencia es un principio básico de la contratación pública, que sirve para evitar el favoritismo y la arbitrariedad.

Se destaca lo expuesto por Martínez Fernández (2017), quien postula un conjunto de medidas para mejorar la materialización efectiva del principio de transparencia en los contratos públicos y en todas las fases del proceso.

En concreto, en la **fase de preparación** del contrato, propone: *i)* informar anticipadamente sobre las previsiones de contratación del organismo, esto es, publicar anualmente los contratos que se prevea celebrar; *ii)* motivar adecuadamente la necesidad y la idoneidad del contrato; *iii)* redactar con precisión y claridad toda la información necesaria para participar en la contratación pública; *iv)* utilizar un sistema electrónico para contratar; *v)* establecer prescripciones técnicas que garanticen la competencia efectiva; *vi)* realizar consultas previas al mercado para determinar el objeto de los

contratos de modo transparente; *vii*) adoptar medidas para la prevención de los conflictos de interés.

En la **fase de licitación**, señala: *i*) promover la concurrencia y la publicidad; *ii*) plazos amplios para presentar ofertas; *iii*) establecer con precisión y claridad criterios de valoración de las ofertas; *iv*) garantizar el carácter público de las mesas de contratación y la motivación precisa; *v*) la apertura de una fase de alegaciones a todas las actuaciones de la mesa de contratación.

Finalmente, en la **fase de ejecución**, sugiere: *i*) regular de manera precisa e interpretar restrictivamente las modificaciones de los contratos; *ii*) controlar la eficiencia y vigilar el cumplimiento de las obligaciones sociales y tributarias; *iii*) regular de manera específica las obligaciones en la fase de ejecución, especialmente las medidas coercitivas para asegurar el cumplimiento de lo contratado; *iv*) la comprobación material de la ejecución adecuada del contrato; *v*) publicar toda la información de la actividad contractual.

A lo expuesto habría que agregar la implementación de una serie de medidas, tales como *i*) estandarizar las condiciones generales de contratación para todas las áreas de la Administración; *ii*) incorporar cláusulas de integridad en contrataciones de obra pública y bienes y servicios, que disminuyan la posibilidad de que existan pliegos dirigidos o colusión de ofertas; *iii*) fortalecer los controles internos, que deberán ser independientes y objetivos, y permitir auditar la información con libertad y en tiempo oportuno, priorizando sus recomendaciones.

Esto último se logra reforzando la independencia de los funcionarios encargados del control interno, algo difícil de concretar, si se tiene en cuenta que sus retribuciones dependen de la voluntad del órgano al que tienen que controlar. Además, la mayoría de los puestos en las grandes Administraciones públicas se cubren por medio de procesos de designación libre. Así, priman más la confianza o la afinidad política que los méritos profesionales acreditados (Blanes Climent, 2017).

En definitiva, sin un sistema integral de control preventivo rápido, eficaz e independiente, no podrá avanzarse en la nueva cultura del buen gobierno, ni poner en marcha el *big-bang* anticorrupción. Los legisladores deberán entender este mensaje, y, frente a las inercias tradicionales y a cierta tendencia a la autocomplacencia, deberán avanzar en la línea indicada (Gimeno Feliú, 2016).

Sobre todo, se deberán motorizar los medios necesarios para la aplicación efectiva de innovaciones tecnológicas, a través de un apego estricto a los principios de integridad, transparencia y debido control por parte de la ciudadanía.

En suma, una sociedad atenta y vigilante de los recursos del Estado obliga a los gobernantes y a los legisladores a que no se desvíen del camino de la rectitud.

6.3.2. PACTO DE INTEGRIDAD DE LAS FUERZAS POLÍTICAS

Como derivación lógica de todo lo expuesto, proponemos, como piedra angular de la política de Estado, la ejecución de un gran pacto de integridad y de ética entre todas las fuerzas políticas. Este permitiría garantizar que el agente incorpore valores ineludibles en el seno de la organización.

No se trata simplemente de repetir lo que dice la ley, sino de precisar aquello que el agente no debe hacer. Se debe contar con criterios específicos que orienten el comportamiento concreto de cada miembro hacia la evitación del riesgo de prácticas corruptas. En suma, es necesario postular una tolerancia “cero” en materia de corrupción (García Cavero, 2016).

La comunidad autónoma del País Vasco presenta una trayectoria particular en este sentido, que merece ser objeto de análisis tanto en sí misma como en relación con la precondition que la hizo posible.

La precondition no es otra que la unanimidad de las fuerzas políticas en torno a la necesidad de que un código ético añadiera a los compromisos políticos y jurídicos las exigencias morales que una sociedad democrática exige. Este fue el antecedente inmediato del Código Ético y de Conducta (aprobado por el Consejo de Gobierno e incorporado como Anexo a la Resolución 13/2013, del 28 de mayo) y de la Ley 1/2014, del 26 de junio, reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos (Pérez Vera, 2016).

De igual manera, en el Reino Unido, existe un código general de conducta para los funcionarios públicos, que se ha reproducido en las Administraciones a las que se han transferido competencias con códigos similares para sus funcionarios. Este código exige un comportamiento que comprenda el tipo de conducta que se espera de los funcionarios

encargados de gestionar la contratación pública. Se aplica a todos los aspectos del trabajo de los funcionarios –que en gran parte implica gestionar lo público, el dinero– o en ámbitos en los que es esencial tratar a todos de manera justa. Todos los departamentos del Gobierno informan a sus empleados de la existencia de este código³¹⁸.

En Argentina, el cambio de Gobierno producido a fines de 2019 no ha afianzado ni ha consolidado las políticas de integridad y transparencia en la gestión pública. Esto interpela al Gobierno actual –y a los que vendrán– sobre la necesidad de incorporar en la agenda política las buenas prácticas éticas en la gestión, especialmente en la contratación pública.

Y, en este sentido, se impone como necesaria la demarcación de las “reglas del juego”, de manera tal que el funcionario sepa de antemano y claramente qué puede hacer y qué le está vedado. Hace falta fijar límites estrictos, un régimen de compatibilidades completo y exhaustivo, que no permita margen de error.

Justamente, las normas de ética pública tienen como objetivo principal promover conductas honestas, probas y rectas, pero también sirven para delimitar taxativamente el ámbito de actuación del agente y del particular, para así distinguir qué conductas se ajustan a las normas legales y cuáles no.

Un ejemplo puede graficar esta idea: por regla general, le está absolutamente vedado al funcionario público recibir un regalo o una atención de parte de un particular, cuando se realiza en razón de su cargo, su ocupación o su función. Con esto se pretende preservar la objetividad del funcionario y que ninguna acción pueda poner en duda su imparcialidad.

Ahora bien, que se le regale una caja de bombones a un empleado o funcionario de la Administración como agradecimiento por su atención diligente no es equiparable a que se le gire una suma de dinero a una cuenta bancaria, o a que se obsequie un vehículo o un departamento. Se trata de situaciones diferentes que, en rigor de verdad, no pueden analizarse bajo un mismo patrón. De allí que una buena normativa debiera establecer con precisión no solo qué conductas se reprueban y cuáles no, así como el grado de reprochabilidad de estas.

³¹⁸ *Guía práctica de detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de las acciones estructurales*, para los responsables de la gestión, elaborada por un grupo de expertos de los Estados miembros, coordinado por la unidad D2 de Prevención del Fraude de la Oficina Europea de Lucha contra el fraude (OLAF).

Por supuesto, es imperioso el cumplimiento estricto de esos estándares, pues, de lo contrario, los ordenamientos administrativos se transforman en meros enunciados que no se respetan. En este sentido, se podrá tener una normativa brillante, pero, si no se aplica efectivamente o no se cumple, se transforma en letra muerta.

Cierto es, que en los últimos años ha aumentado la sensibilización hacia un consumo ético, social y ambientalmente responsable por parte de la comunidad en general. Sin embargo, esta tendencia ha sido ajena a la Administración pública, en particular, en las contrataciones públicas, donde la falta de ética y de integridad puede transitar desde la evaluación de la necesidad y la gestión del contrato hasta el pago y recepción del objeto contractual.

Uno de los hechos que corrompen el sistema –además del secretismo, la falta de idoneidad de los funcionarios, los conflictos de intereses, la falta de libre competencia e igualdad de oportunidades para los participantes, los sobrepagos, las modificaciones y las ampliaciones contractuales innecesarias, la falta de rendición de cuentas claras, los requisitos dirigidos a favorecer a determinadas empresas, la excesiva discrecionalidad del contrato, la falta de información y control en el proceso de contratación– es la legislación dispersa y elástica, susceptible de múltiples interpretaciones. Las normativas en materia de contratación son muy dispersas en cantidad y en calidad, de acuerdo con el alcance territorial e institucional (Saiach, 2016).

Cierto es, que en los últimos años ha aumentado la sensibilización hacia un consumo ético, social y ambientalmente responsable por parte de la comunidad en general. Sin embargo, esta tendencia ha sido ajena a la Administración pública, en particular, en las contrataciones públicas, donde la falta de ética y de integridad puede transitar desde la evaluación de la necesidad y la gestión del contrato hasta el pago y recepción del objeto contractual.

Uno de los hechos que corrompen el sistema –además del secretismo, la falta de idoneidad de los funcionarios, los conflictos de intereses, la falta de libre competencia e igualdad de oportunidades para los participantes, los sobrepagos, las modificaciones y las ampliaciones contractuales innecesarias, la falta de rendición de cuentas claras, los requisitos dirigidos a favorecer a determinadas empresas, la excesiva discrecionalidad del contrato, la falta de información y control en el proceso de contratación– es la legislación dispersa y elástica, susceptible de múltiples interpretaciones. Las normativas en materia

de contratación son muy dispersas en cantidad y en calidad, de acuerdo con el alcance territorial e institucional (Saiach, 2016).

6.3.3. INSTAURACIÓN DE UN TRIBUNAL DE INTEGRIDAD O DE REVISIÓN DE CONTRATOS CON EL SECTOR PÚBLICO

Como derivación lógica de este gran pacto político, proponemos la creación de un tribunal de integridad con competencia en todo el país. Así, las provincias que participen consentirán someterse a la jurisdicción de un tribunal nacional que revise casos sospechosos de corrupción exclusivamente en los procesos de contratación pública.

A él podrán recurrir tanto los perdedores de las licitaciones que alegan arbitrariedad como aquellos funcionarios que se sientan compelidos a aceptar el soborno. Esta puede ser una buena forma de reclutar empresas con un alto grado de integridad y gobernantes que pretenden un cambio real en la materia.

Para ello, desde luego, será necesario unificar legislaciones en pos de establecer estándares elevados de transparencia en todos los procesos de contratación, reforzar los instrumentos de control interno y externo, endurecer los regímenes sancionadores, así como incrementar su efectividad.

Este tribunal de integridad o de revisión de contratos en el sector público se anclará como un órgano administrativo colegiado, interdisciplinario, de carácter especializado, que deberá ejercer su función con independencia, objetividad e imparcialidad. Por supuesto, la selección de sus integrantes tendrá que ser rigurosa, para que accedan los más idóneos, a través del concurso público. Está claro que este tribunal no deberá estar sujeto a vínculo jerárquico alguno; tampoco deberá recibir instrucciones ni permitir intromisiones de ningún tipo de los órganos de las Administraciones públicas.

En suma, los particulares, las empresas y las Administraciones podrán acceder a ese tribunal para que revise cuestiones vinculadas a la contratación pública y para que se expida sobre la razonabilidad y la justificación de los pliegos de bases y condiciones; la discrecionalidad técnica de las prescripciones y las condiciones de la licitación; los criterios de valoración de las ofertas y la adecuación de los requisitos a la normativa vigente; la vulneración de los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y competencia efectiva; el cumplimiento de la publicidad adecuada; la

existencia de actos que indiquen el direccionamiento hacia alguna empresa; la valoración de las ofertas y sus costos; la solvencia técnica, profesional y económica de la empresa ofertante seleccionada; la legalidad de los procedimientos de preadjudicación y adjudicación del contrato; las condiciones de ejecución del contrato; las prórrogas, las modificaciones de obra y la aplicación de multas.

Un buen ejemplo para imitar es el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público ³¹⁹, que ejerce sus funciones en el ámbito de la Administración de la Generalidad, las entidades y organismos dependientes, las Administraciones locales y las entidades y organismos de la Administración local. A este organismo se le asigna competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación, las reclamaciones de los sectores especiales, y para decidir sobre la adopción de medidas provisionales.

6.3.4. USO DE ADELANTOS TECNOLÓGICOS EN LOS PROCESOS CONTRACTUALES

Ya hemos establecido que, para evitar la corrupción en las contrataciones públicas, es necesario garantizar a cualquier licitador un trato igualitario, evitar el favoritismo y la arbitrariedad, y asegurar un alto grado de publicidad. A la par, se requiere controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

Para ello, es vital que se instaure definitivamente la innovación tecnológica aplicada a las contrataciones públicas, cuya implementación permita una mayor transparencia y control para que las Administraciones públicas rindan cuentas de su gestión.

La incorporación de innovaciones tecnológicas y medios electrónicos eleva los estándares de seguridad en la contratación pública y produce un salto de calidad en la Administración pública.

En especial, los medios electrónicos, los portales virtuales y la digitalización en la contratación pública hacen posible visibilizar indicadores inobservables en las contrataciones públicas usuales. Al mismo tiempo, permiten a la ciudadanía conocer las acciones que emprenden las Administraciones, tales como los contratos de obra pública, lo que brinda una mayor transparencia a la gestión.

³¹⁹ <https://contractacio.gencat.cat/ca/contacte/tccsp/> (consultada 26 de mayo de 2021).

Por otra parte, los avances tecnológicos aplicados a las gestiones administrativas son fundamentales para el crecimiento de un país y, hoy en día, sirven para mitigar los efectos de la pandemia y la crisis económica que se vive en todo el mundo.

Entre los beneficios de las innovaciones tecnológicas, se señalan los siguientes: *i*) una mayor eficiencia, integridad y transparencia; *ii*) volumen de datos en las contrataciones en beneficio de las empresas; *iii*) mejora en la toma de decisiones y en los servicios; *iv*) lucha contra el fraude y la corrupción, y *v*) un mayor acceso público, participación ciudadana y rendición de cuentas.

A estas ventajas hace referencia el Reglamento 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de febrero de 2021, que establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, para aumentar la respuesta y la preparación ante la crisis. Ciertamente, la normativa está estructurada en seis pilares básicos, entre ellos, la transformación digital, la innovación y el crecimiento inteligente (artículo 3). Se sostiene que las reformas e inversiones tecnológicas, la infraestructura y los procesos digitales reforzarán la competitividad de la Unión a nivel mundial, y contribuirán a aumentar su capacidad de innovación.

En efecto, las tecnologías de inteligencia artificial dirigidas a prevenir la corrupción o a fomentar principios de integridad son capaces de captar situaciones que los medios tradicionales legales o formales no pueden detectar.

La ineficacia demostrada durante tantos años para detectar de manera temprana las malas prácticas que suelen darse en el marco de las contrataciones públicas (direccionamiento a empresas elegidas, pliegos y especificaciones técnicas realizadas a medida para un oferente, publicidad inadecuada o insuficiente, trato desigual respecto de los oferentes, conflictos de interés con funcionarios públicos, beneficios indebidos a empresas, incumplimiento de plazos, prórrogas inadmisibles, etc.) exige producir cambios urgentes en la materia.

Si la corrupción es un ruido de fondo difícil de visibilizar en las formas tradicionales de contratación, las nuevas tecnologías aplicadas a contrataciones públicas se erigen en uno de los antídotos posibles contra este mal, dado que ofrecen mayor transparencia en el procedimiento. Además, permiten obtener datos de calidad para realizar informes estadísticos y análisis.

6.3.4.1. Portal de contratación pública de Cataluña

En la comunidad autónoma de Cataluña, la Administración General ha creado un portal de contratación pública digital³²⁰ con muy buenos resultados preliminares. Las diferentes pestañas poseen información para oferentes y para la ciudadanía; allí se explica cómo contratar de manera digital con la Administración, gestionar la contratación, los trámites, los principios rectores y la difusión.

Cada una de estas pestañas tiene, a su vez, diversas secciones que sirven de guía para el usuario³²¹; a saber: clasificación empresarial, registro público de contratos, registro electrónico de empresas, acreditación de aptitud, regulaciones, informes de gobierno y de la junta consultiva, transparencia, compra centralizada, contratación programada, contratación electrónica de empresas.

Lo interesante de este portal es que la información está centralizada, y que se accede fácilmente y de manera didáctica a todos los datos del Registro Público de Contratos. Esto brinda mayor transparencia, pues uno puede ver el recorrido del expediente (oferentes, trámite, modificaciones, etc.). Asimismo, permite la trazabilidad de plazos y evita las trampas, al quedar absolutamente todos los movimientos registrados.

Concretamente, en la pestaña “Transparencia”, se expone información de calidad sobre “adjudicaciones contractuales de plataforma de servicios de contratación pública”, “adjudicaciones de contratos de mayor importe”, “contratación menor”, “contratación programada”, “contratos por año y cuantía adjudicada a los adquirentes principales”, “modificaciones y prórrogas de contrato”, “empresas adjudicatarias de las principales obras públicas”, “empresas adjudicatarias y participantes en las licitaciones de obras públicas”, “volumen de contratación por adjudicatarios” y “contratos de obras: complementarios, prórrogas y modificaciones”.

Se destaca que una unidad específica será la encargada de extraer la información (el sistema permite la lectura de documentos en pdf), lo que facilita el análisis posterior para confeccionar estadísticas, detectar problemas o inconvenientes y establecer estrategias

³²⁰ Se sugiere consultar en https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/es_ES/search.pscp?reqCode=start (consultada el 25 de mayo 2021).

³²¹ <https://contractacio.gencat.cat/ca/inici> (consultada el 25 de mayo de 2021).

para mejorar la contratación. El sistema está en evolución permanente para optimizar el rendimiento y para controlar los riesgos de corrupción.

A su vez, como algo novedoso en el sector público, se creó una comisión ética de la contratación pública, conformada por expertos en contratación, datos e integridad, para resolver las consultas de ese tenor.

Además, se habilitó un canal de consulta anónima, que permite brindar datos, denunciar conflictos de interés o la contratación con familiares. Este buzón ético, que tiene carácter corporativo, posee un sistema de cifrado que hace imposible conocer quién hace esa queja, de manera de incentivar denuncias de empleados, funcionarios o particulares, y de preservar la seguridad del denunciante.

El anonimato de la denuncia obedece a que, por lo general, quienes tienen información de situaciones irregulares, opacas o ilícitas son las personas que trabajan dentro de la Administración, en cargos inferiores o en líneas medias (empleados, funcionarios, etc.). Así, este canal anónimo se habilita justamente para quienes deban delatar a un superior jerárquico, sin correr el riesgo de perder su trabajo.

De ahí que debamos dejar establecido que la primera medida de protección de los denunciantes de corrupción es el anonimato. Por esa razón, el estado de Cataluña –con su buzón ético codificado– se transforma en un ejemplo para el resto de las Administraciones.

En esta cuestión nos explayaremos al abordar la Directiva de la UE 2019/1937, referida, justamente, a la protección de denunciantes.

6.3.4.2. Tecnología de cadenas de bloques o *blockchain*

En los últimos tiempos, se ha incorporado la tecnología *blockchain* para transparentar los procesos opacos de contratación con los Gobiernos, modernizar la Administración pública, evitar las prácticas nocivas frecuentes en toda contratación pública y mejorar la integridad y la trazabilidad de las contrataciones públicas.

La cadena de bloques o *blockchain* es considerada una de las tecnologías más disruptivas desde la llegada de internet en la agenda de los administradores públicos. En efecto, se caracteriza por generar confianza en la información y en los procesos, dado que crea

trazas que facilitan el control y que permiten saber quién hizo algo, qué hizo y cuándo lo hizo.

En concreto, se ha sostenido que el *blockchain* es una base de datos que está distribuida entre diferentes participantes, protegida criptográficamente y organizada en bloques de transacciones relacionados entre sí matemáticamente; además, no puede ser alterada (Preukschat, 2017). Esta base de datos registra bloques de información y los entrelaza para facilitar la recuperación de la información y para verificar que esta no ha sido cambiada.

Los bloques de información se enlazan mediante apuntadores *hash*, que conectan el bloque actual con el anterior, y así sucesivamente. Según Cordero Valdavidia (2019), la imposibilidad de alterar la información viene dada por un único código *hash*, que se calcula a partir de la información del bloque y del *hash* del bloque previo, generando una secuencia de códigos encadenados. Si se altera el contenido de una transacción, aunque sea mínimamente, se cambiará completamente el código *hash* del bloque. Esto ocasiona efectos cascada en todos los bloques subsiguientes conectados: los nodos se dan cuenta inmediatamente.

La autora citada afirma que el registro de todos los documentos digitalizados que presentan las empresas que licitan podría hacerse a través de una cadena de bloques que garantizaría la hora y la exactitud de cada elemento del contenido, y cualquier añadido o modificación no serían reconocidos por la cadena. De la misma forma, pueden registrarse otras etapas del proceso, incluyendo los mensajes que se intercambien entre la Administración y las empresas en este contexto. Los beneficios son múltiples: reducción de los riesgos de falta de conformidad con el proceso, aumento de la seguridad y la transparencia, automatización de la confirmación de fechas y plazos, eliminación de la necesidad de una verificación por terceras partes, etc.

En el caso de licitaciones sencillas, la atribución puede automatizarse utilizando la tecnología de contratos inteligentes en la fase de licitación y en todos los documentos generados en el proceso: facturas, documentos de aceptación, entregas y otras fases.

Como se dijo, esta tecnología comenzó a utilizarse en diversos países para tareas de gestión de servicios, a los fines de obtener mayor eficiencia, seguridad y transparencia.

En el Reino Unido, sirvió para pagar y monitorizar becas de investigación. También se abrió un área gubernamental específica para otorgar subsidios por desempleo y seguro social, garantizando la transparencia en la adjudicación. En Australia, se implementó para las comunicaciones gubernamentales; en Suecia, para migrar los registros de la propiedad y para experimentar en la compraventa de tierras (Bitcoin Argentina, 2017).

Ciertamente, en el *Informe 2016/2017* de Poder Ciudadano sobre corrupción y transparencia (2017), Bitcoin Argentina (Caso 10) hizo referencia a los usos posibles de la tecnología *blockchain*. Así, señaló que es aplicable a las licitaciones públicas, dado que asegura la transparencia en la convocatoria pública, la fecha de presentación de propuestas, la inmutabilidad de los pliegos presentados y la privacidad.

En Colombia³²², se investigó sobre la tecnología *blockchain* y se identificó la contratación pública como uno de los puntos más críticos en lo que se refiere al desvío de recursos y al mal manejo por parte de los gobernantes. En consecuencia, se elaboró un esquema de licitación pública para pliegos de bases y condiciones. A través de ese proyecto, se logró presentar un programa inicial que utiliza la red *blockchain*, en el que se pueden gestionar las licitaciones, conservando la integridad de la información.

Las ventajas están a la vista, pues, al ser los datos publicados en el sistema y al llevar un sello de tiempo, todos los documentos que deben presentar los interesados para concurrir a una licitación son inalterables. Además, se ofrece la seguridad de que las ofertas digitales sean realmente privadas hasta la apertura de los sobres.

Esto, sin duda, mejora los tiempos de presentación y atenúa la desconfianza de los oferentes con relación a las irregularidades durante el proceso. Este último se automatiza de manera transparente, permitiendo aceptar propuestas o rechazar aquellas que no cumplan con los requerimientos de la Administración. Además, facilita el proceso de auditoría, lo cual es fundamental para el control.

En México, también se está trabajando con la tecnología basada en *blockchain* para las licitaciones públicas. Se prevé que, en la licitación digital, con esa tecnología, se asignará un contrato inteligente (*smart contract*) para cada etapa de la contratación; a saber: *i*) el primer contrato inteligente actúa como el registro de la “unidad del comprador”, es decir,

³²² Estudio realizado por la ingeniera María Elena Vásquez y el ingeniero Harold Daniel Pantoja, de la Universidad Católica de Colombia.

se publicarían una convocatoria y las prescripciones técnicas que deben cumplirse; *ii*) el siguiente contrato inteligente registra los datos de los que participan en *blockchain*; *iii*) el tercero verifica la reputación de los licitadores y proveedores con base en subastas previas; *iv*) este contrato inteligente guarda la información de todos los proyectos (ofertas), desde el registro hasta la adquisición; *v*) el quinto contrato inteligente evalúa todas las respuestas de los registrados, para asegurarse que cumplan los requerimientos técnicos, y le da al proyecto ganador el aviso de que ganó³²³.

También el Gobierno del estado de Bahía, Brasil, anunció el lanzamiento de licitaciones públicas con tecnología *blockchain*, con el objetivo de ofrecer más transparencia a los procesos locales de contratación pública.

En Europa, podemos mencionar el caso del Gobierno vasco, que lanzó, a principios de 2018, una licitación pública cuyo objeto de contratación fue el uso de la cadena de bloques en el Registro de Contratistas. Por su parte, el Gobierno de Aragón hace uso del *blockchain* en la compra pública, al generar un registro descentralizado de ofertas de contratos públicos, que permita, posteriormente, una valoración automatizada de las ofertas a través de contratos inteligentes³²⁴.

En Argentina, si bien la cadena de bloques se ha aplicado para certificar ediciones digitales y rúbricas de los libros contables digitales, algunos municipios han comenzado a realizar pruebas piloto de transparencia en los procesos de gobierno. A modo de ejemplo, en los portales web de la Secretaría de Modernización y Gobierno Abierto del Municipio de Bahía Blanca, pueden encontrarse diferentes políticas de transparencia activa (Portal Transparencia-Portal Datos) y de transparencia pasiva (Acceso a la Información Pública), como también la publicación de procesos de gobierno con esta tecnología.

Como se viene observando, estas iniciativas tecnológicas de bloques pueden convertirse en grandes aliadas para prevenir la corrupción. Por ende, debieran comenzar a incorporarse progresivamente en todos los procesos de contratación, dadas las ventajas

³²³ <https://www.vivepolanco.mx/blockchain/> (consultada el 25 de mayo 2021).

³²⁴ <https://www.austral.edu.ar/derecho/2019/04/01/adopcion-de-tecnologias-disruptivas-en-la-contratacion-publica-blockchain-como-herramienta-de-eficiencia-transparencia-y-aliado-contra-la-corrupcion/> (consultado el 25 de mayo de 2021).

que este sistema ofrece en cuanto a la alta calidad de los datos, la inmutabilidad y la mayor integridad en el proceso de contratación.

Según se puede apreciar, en la práctica, una licitación pública con esta tecnología permitirá que, cuando se dé a conocer el pliego de bases y condiciones, los términos de la convocatoria sean públicos e inalterables. En otras palabras, no podrán modificarse de ninguna manera, lo que asegura que ningún cambio subrepticio pueda variar la base de la convocatoria.

Los oferentes deberán comprar el pliego de licitación de manera digital, por lo cual el día y la hora de la adquisición quedarán registrados en el sistema. La presentación de la oferta será secreta; por ello, nadie podría tomar conocimiento de la oferta técnica y económica por los oferentes. Algo sumamente interesante es que el ya mencionado *smart contract* (acciones preestablecidas y ejecutadas automáticamente) deja de aceptar ofertas en una fecha determinada. Así, el sistema impediría que un ofertante intentara realizar una presentación en una fecha posterior a la estipulada. Eso asegura la transparencia y la confidencialidad del proceso hasta la apertura de los sobres.

En la evaluación de las ofertas, el sistema es capaz de descalificar automáticamente toda aquella presentación que no cumpla con los recaudos legales o con los requerimientos exigidos en el pliego de bases y condiciones.

Por último, la adjudicación puede ser notificada automáticamente, y se permite ejecutar de esa manera los procesos administrativos subsiguientes. Por ende, prácticamente se elimina la participación humana, la manipulación y el intercambio personal entre particulares y funcionarios, que muchas veces es funcional a las prácticas colusorias o venales.

Todo este proceso puede ser fiscalizado fácilmente tanto por los interesados como por el público en general. Estos últimos también podrán verificar el cumplimiento de las etapas de ejecución por parte del adquirente del contrato, desde el inicio hasta su culminación.

En definitiva, a través de la automatización de los procedimientos administrativos, se facilitan los controles públicos y privados. Así, las Administraciones públicas rinden cuentas de los resultados obtenidos; en consecuencia, puede evaluarse el fiel acatamiento de los principios de imparcialidad, legalidad y buen desempeño de la función, evitando la trampa y el condicionamiento externo.

6.4. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PRIVADOS Y ESTATALES

En un sentido amplio, se ha definido el *compliance* penal como la puesta en marcha de un sistema programado de cumplimiento de valores éticos y disposiciones legales, que asume como responsabilidad la identificación de riesgos para la prevención, la detección, la corrección, la denuncia de irregularidades, corrupción e ilícitos (mayormente económicos, ambientales, por defectos de productos, secretos profesionales, que afecten derechos humanos e incluso de terrorismo) desarrollados por una persona jurídica o grupo, o en su ámbito de injerencia (Zysman Quirós, 2018).

Como ya hemos adelantado, en el ámbito empresarial, se han incorporado programas completos de cumplimiento –*compliance*– y de integridad, como una buena práctica para evitar fraudes y actividades corruptas.

Cada vez es más nítida la obligación de las empresas de contribuir en la lucha contra la corrupción. El surgimiento de este deber es producto de la conjunción de varios factores; entre ellos: *i*) el consenso internacional sobre la necesidad de reprimir los actos de corrupción de funcionarios públicos, realizados por las empresas, *ii*) el principio de buen gobierno corporativo, y *iii*) la tendencia legislativa de regular la responsabilidad de las personas jurídicas (García Caverro, 2016).

Puede afirmarse que esta estrategia de política criminal tiene su origen en la Foreign Corrupt Practices Act de 1977. Luego las empresas han ido desarrollando y estableciendo un buen número de controles internos destinados a la prevención de la corrupción. Así, las medidas anticorrupción se han globalizado, al menos en las grandes empresas transnacionales (Nieto Martín, 2014).

En España, la introducción del *compliance* en el ordenamiento jurídico, como política de cumplimiento normativo, tuvo lugar con la modificación de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal (del 23 de junio de 2010) y con la Ley Orgánica 2/2010, que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su artículo 31 bis.

Con motivo de la ley mencionada, a partir de 2010, la mayor parte de las grandes empresas españolas han implementado un nuevo instrumento de gestión: los denominados programas de cumplimiento, cuyo objeto principal es prevenir los comportamientos ilícitos en la organización.

Estos lineamientos van en sintonía con el escenario mundial y, específicamente, con la normativa de la Unión Europea, que ha establecido la obligación de los Estados miembros de declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 5 de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, del 22 de julio, relativa a la Lucha contra la Corrupción en el Sector Privado).

Las directrices determinaron que las empresas se obligaran a mantener un buen gobierno interno, que implica, ni más ni menos, la promoción de conductas éticas, la equidad, la transparencia y la responsabilidad de las empresas. Desde una perspectiva estricta, podríamos decir que se trata del conjunto de métodos y procedimientos que adoptan las empresas para mejorar la dirección y la gestión de las sociedades, con la finalidad de satisfacer los intereses de los accionistas. Estos intereses no se satisfacen únicamente con la obtención de beneficios, sino que habría que añadir el cumplimiento de fines de interés social. El *compliance* se configura, por lo tanto, como un sistema de buenas prácticas que permite clasificar los riesgos legales a los que se enfrentan las empresas, y establecer mecanismos internos de prevención, gestión y control, así como valores éticos (García-Herrera, 2017).

Para Caro Coria (2016), este tipo de normas³²⁵ tienen los siguientes objetivos: *i*) que las empresas adopten medidas internas de prevención de la corrupción; *ii*) coadyuvar al Estado en el establecimiento de los casos de corrupción, y *iii*) la prohibición de sobornar tanto a los funcionarios públicos como a los directivos o empleados de otras empresas. Dado que se coloca el foco en las empresas y en sus agentes, la corrupción pasa de ser un asunto de los funcionarios públicos o políticos improbables a ser un asunto que incumbe, sobre todo, a los particulares.

En este contexto, se podría afirmar que los programas de cumplimiento, que incluyen códigos éticos internos y pactos de integridad para con las empresas, son un medio para desarrollar una cultura de respeto de la ley. Si esto es así, y si se verifican buenos

³²⁵ Afirma el autor que el germen del *compliance* y la lucha contra la corrupción se remonta a EE. UU. en la década de los setenta, con el escándalo político Watergate, que ocurrió en 1972 durante el mandato de Richard Nixon, y con la constatación de que la mayoría de las grandes empresas norteamericanas pagaban sobornos considerables de sumas de dólares. En ese contexto, nace la ley Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Esta se constituyó en el primer cuerpo legislativo en realizar una incursión global contra la corrupción extraterritorial. La FCPA trajo consigo una nueva política que afianzaba los programas de cumplimiento como instrumento preventivo, exigiendo al sector privado que se hiciera cargo también de la lucha contra la corrupción.

resultados en la materia, es de vital importancia incorporar estas prácticas a la Administración pública.

De lo contrario, se incurriría en una franca contradicción: por un lado, el Estado exige a las empresas programas eficaces para prevenir la corrupción; por el otro, dentro de las Administraciones, por no exigirse la formación de tales programas, los controles para evitar la corrupción siguen siendo absolutamente débiles, ineficaces y laxos.

En este aspecto medular, el punto de partida de la agencia antifraude italiana (ANAC) –que describiremos más adelante– se centró en la obligación que pesa sobre los organismos públicos italianos, respecto de contar con un modelo de organización o programa de cumplimiento.

Muy sintéticamente, los elementos de este programa consisten en que cada entidad pública debe establecer quiénes son sus responsables, realizar un análisis de riesgo, elaborar sus controles y normas de conducta. En el sistema italiano, cada organización pública, a partir de las indicaciones legales y las ofrecidas por la ANAC, debe elaborar su propio plan de cumplimiento, tal como ocurre con las empresas. Básicamente, la función principal de la ANAC es asegurar que los organismos públicos cumplan con esta obligación de manera eficaz (Nieto Martín, 2021).

6.4.1. PROGRAMA DE INTEGRIDAD PARA EMPRESAS EN ARGENTINA (LEY 27.401)

Al igual que en España, en Argentina, la promulgación de la Ley 27.401³²⁶ –que estableció un nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos relacionados con actos de corrupción– impuso a las empresas la obligación de implementar programas de cumplimiento eficaces.

El artículo 1° de la normativa en cuestión establece la responsabilidad penal de la persona jurídica por la comisión de los delitos de cohecho y tráfico de influencias (258 y 258 bis del CP), negociaciones incompatibles (265 del CP), concusión (268 del CP), enriquecimiento ilícito (268 del CP) y balances e informes falsos (300 del CP).

De esta manera, se obliga a la persona jurídica a implementar un programa eficaz de integridad, a fin de prevenir los hechos de corrupción en las contrataciones públicas con el Estado nacional. Para clarificar, no solo se exige que la empresa ejecute un programa

³²⁶ Publicada en el *Boletín Oficial* el 1° de diciembre de 2017.

de cumplimiento, sino que este debe ser eficiente para prevenir la comisión de delitos, a tal punto que las empresas que no cumplan con este sistema pueden ser sancionadas severamente.

Esta exigencia tiene una doble función: los códigos de buen gobierno, por un lado, pueden constituir un instrumento útil para la prevención; por el otro, sirven para que las empresas incorporen a sus actividades cotidianas principios, valores y los sistemas de gestión empresarial tendientes a la consecución de la mejora social, económica, ambiental, y al respeto de los derechos humanos, la seguridad y la salud laboral.

Obviamente, para que la ley tenga un valor real en la práctica, se deberá velar por su aplicación concreta. Y, en este sentido, entendemos que deberá seguirse el ejemplo español, que, a través de las regulaciones comentadas, instauró –en 2010– y luego reforzó –en 2015– un sistema amplio de responsabilidad penal de las personas jurídicas en su Código Penal.

Más allá de los inconvenientes dogmáticos que plantea la responsabilidad penal de las personas jurídicas, además del debate académico que suscita, la Ley 27.401 representa un avance necesario para reforzar la prevención y la lucha contra la corrupción en el sector privado y en el estatal.

Nótese que el artículo 22 prevé el establecimiento de programas de integridad, consistentes en un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos de las personas jurídicas.

El artículo siguiente establece las pautas mínimas que debe contener ese programa de integridad, a saber: *i)* un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los integrantes, independientemente del cargo o la función; *ii)* reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de los concursos y los procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público, y *iii)* capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad.

También se contempla la posibilidad de que el programa contenga un análisis de riesgo, canales internos de denuncia de irregularidades –abiertos a terceros–, una política de protección de denunciantes contra represalias, un sistema de investigación interna que

respete el derecho de los investigados y que imponga sanciones efectivas ante la violación del código de ética o de conducta, el monitoreo y la evaluación continua de la efectividad del programa de integridad, etc.

Vale recordar que, por medio de la Resolución 27/18 de la Oficina Anticorrupción, se publicaron los *Lineamientos de Integridad para el Mejor Cumplimiento de lo Establecido en los Artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*, destinados a suministrar una guía técnica para el diseño, la implementación y la autoevaluación de programas de integridad. De esta manera, se proporcionó una herramienta para que las personas jurídicas adecuaran su ordenamiento interno a los fines fijados por la ley.

Como se señaló, tan relevantes son estas normativas que a las empresas que no tengan un programa de integridad adecuado a la ley se les veda la posibilidad de contratar con el Estado nacional³²⁷. Entonces, sin un programa de integridad serio, las empresas no podrán ser contratadas por las Administraciones del Estado para la realización de obras públicas, cuando la operación se encuentre incurso en alguno de los supuestos enumerados. Esta es una medida que, en principio, es apropiada para evitar prácticas irregulares, siempre y cuando esos programas de integridad realmente se adecuen a la ley y no sean una mera pantalla o simulacro.

Para evitar malas prácticas, los controles que se ejerzan deben ser efectivos y serios. En otras palabras, la obligación legal por la cual las empresas que quieran contratar con el Estado deben contar con un programa eficiente de cumplimiento tiene que ir acompañada de controles externos, objetivos e imparciales.

Solo de esta forma podrá convertirse en una herramienta poderosa de prevención de actos de corrupción.

6.4.2. IMPEDIMENTO DE CONTRATAR CON OFERENTES NO FIABLES

En algunos Estados en los cuales estos mecanismos se encuentran aceptados, especialmente en los países anglosajones, el funcionamiento de un programa de

³²⁷ Se refiere a los siguientes contratos: “a) Según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro; y b) Se encuentren comprendidos en el artículo 4° del decreto delegado N° 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.3128 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos” (artículo 24).

compliance también es condición *sine qua non* para contratar con las Administraciones públicas.

En Europa, las directivas europeas sobre contratación pública del año 2014 incorporan instrumentos normativos dirigidos a prevenir y enfrentar los delitos cometidos por las empresas, a través de los programas de cumplimiento y de las llamadas medidas autocorrectoras o de *self-cleaning*, sobre las cuales profundizaremos en este apartado.

Mientras que los programas de cumplimiento anticorrupción operan ordinariamente antes de la contratación, incluso como requisitos para presentarse a la licitación, el autosaneamiento o *self-cleaning* se concreta en supuestos relativos a empresas condenadas por corrupción, que están dispuestas a rehabilitarse a través de medidas de cumplimiento creíbles y fiables. Es decir que los programas de cumplimiento son una medida general de prevención de la corrupción, mientras que el autosaneamiento consiste en actos administrativos de rehabilitación a favor del empresario incurso en corrupción, para evitar conductas ilícitas futuras, tras una rigurosa evaluación de las medidas adoptadas por el contratista (Rodríguez Arana Muñoz, 2016).

En concreto, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014 brinda a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables. Esta situación se configura cuando han cometido una falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial, que ponen en tela de juicio la integridad del operador económico, no apto para ser adjudicatario de un contrato público³²⁸.

No obstante, también se establece la posibilidad de que los operadores económicos adopten medidas de cumplimiento destinadas a reparar las consecuencias de las infracciones o las faltas que hayan cometido, así como a establecer una estrategia para evitar de manera eficaz que vuelvan a producirse conductas ilícitas.

En este sentido, se proponen las siguientes medidas: *i*) la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participen en las conductas ilícitas; *ii*) pautas adecuadas de reorganización del personal; *iii*) la implantación de sistemas de información y control; *iv*) la creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el

³²⁸ Considerando 101 Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014.

cumplimiento y la adopción de normas internas de responsabilidad. Cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se deberá dejar de excluir de los contratos públicos al operador económico de que se trate.

Esto responde a que los operadores económicos deben tener la posibilidad de solicitar que se examinen las medidas de cumplimiento adoptadas, con miras a su posible admisión en el procedimiento de contratación³²⁹.

De esta manera, podrá dejarse sin efecto la prohibición de contratar con el Estado, cuando se pruebe que los candidatos o licitadores excluidos de participar en la licitación han adoptado medidas eficaces para corregir las consecuencias de un comportamiento ilícito, evitando que se repita³³⁰.

Medina Arnáiz (2016) denomina este modelo “de palos y zanahorias”. Este se caracteriza por combinar la presión sobre las empresas incumplidoras (palo) con el apoyo para aquellas que demuestran su compromiso con el cumplimiento (zanahoria).

A su criterio, estas prácticas comparten propósitos con las medidas de *self-cleaning*, en cuanto incorporan a la contratación una opción de política criminal para lograr uno de los objetivos perseguidos con las prohibiciones de contratar, esto es, promover la integridad, pero sin la pérdida de competitividad que implica tener que excluir a ciertos operadores económicos de los procedimientos de adjudicación.

La puesta en práctica de estas medidas supone un derecho para el operador económico de excepcionar la aplicación de una prohibición de contratar con el Estado, cuando pueda probar que ha adoptado mecanismos eficaces para corregir las consecuencias de su comportamiento inadecuado, y para impedir, de manera efectiva, que se repita. Además, atenúa la responsabilidad penal de la empresa contratista, ante los daños causados por su personal, en nombre y por cuenta de la empresa (Rodríguez - Arana Muñoz, 2017).

6.4.3. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO ESTATAL (*PUBLIC COMPLIANCE*)

El término “cumplimiento público” (*public compliance*) designa una estrategia de prevención de delitos de corrupción en la Administración pública, cuyo elemento esencial

³²⁹ Considerando 102 Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014.

³³⁰ Artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE y artículo 38.9 de la Directiva 2014/23/UE.

reside en trasladar a las organizaciones públicas la metodología que durante años se ha ido generando en torno al cumplimiento normativo en las organizaciones empresariales o, más genéricamente, privadas (Nieto Martín, 2014).

Como venimos alertando, en Argentina, desde hace tiempo, los mecanismos de control internos y externos imperantes en la contratación pública han sido deficientes y han estado alejados de los intereses públicos. En efecto, estos se limitan a visualizaciones formales, poco profesionales, y son incapaces de detectar situaciones irregulares en tiempo oportuno, ya sea por inexperiencia o a causa de pactos venales oscuros.

La falta de controles preventivos efectivos en las Administraciones públicas ha contribuido a generar un lodo ideal para los agentes corruptos. El traslado de las prácticas de buen gobierno impuestas legalmente a empresas privadas hacia el sector público sin dudas puede constituir un método eficaz para prevenir hábitos ilegales y para promover una cultura de integridad.

Como se expresó, atenta contra el sentido común que el Estado incentive a las empresas privadas para promover programas internos de cumplimiento, y que esas medidas de control no se practiquen en el ámbito de la Administración pública. Constreñir a las corporaciones privadas a elaborar programas de cumplimiento eficaces y no hacer lo propio desde el Estado es un mensaje errático, que no ayuda en nada a pregonar una cultura de integridad en la ciudadanía.

En términos generales, existe consenso en admitir que una sociedad no puede superar la corrupción recurriendo únicamente al derecho penal. De ahí que la estrategia contra la corrupción necesite de técnicas que permitan aminorar las oportunidades delictivas, y del diseño de controles para que aquellas se cumplan efectivamente.

Entonces, la prevención del delito puede orientarse a reducir las oportunidades para delinquir, por medio del “diseño de personas”, el “diseño de lugares” y el “diseño de objetos”. Para el “diseño de personas”, es necesario un programa que coordine, controle y gestione las oportunidades delictivas, y, en la Administración, este programa se llama *public compliance*. Este estaría conformado por un mapa o un análisis de riesgos, un procedimiento o canal de denuncias apropiado y organismos de control interno y externo. Para lograr esa finalidad, se pretende importar elementos e instituciones propias de los programas de cumplimiento de las empresas a las estructuras de las Administraciones públicas (Gutiérrez Pérez, 2018).

Por supuesto, esto no es nada sencillo.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que indefectiblemente se superpone con figuras vetustas ya existentes en la Administración, lo que trae aparejados posibles conflictos de competencia con el *public compliance*. En segundo lugar, para evitar cualquier interferencia o intromisión en su rol, las personas a cargo del programa deben ser dotadas de una independencia real y efectiva, que abarque el modo de designación, la forma en que desarrollarán la función, y que se mantenga durante su permanencia en el cargo.

La doctrina señala algunas características esenciales y funciones que debe tener el *public compliance*; a saber: *i*) evaluar las conductas desplegadas por los funcionarios a la luz de los valores de integridad; *ii*) diseñar e implementar un código de cumplimiento en el que se establezca claramente qué se puede hacer y qué no se puede hacer en materia de integridad; *iii*) ostentar la facultad de denunciar conductas que no se ajustan al código ético, recibir denuncias internas y externas; *iv*) concientizar sobre los valores éticos y formar a los agentes en la importancia de mantener conductas de integridad (Queral, 2016).

En el ámbito de la Administración pública, la estructura más común es la existencia de oficinas centrales de ética pública, a las que se añaden, en algunas Administraciones, comités de ética particulares, tal como lo establece la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en sus artículos 6 y 36.

En concreto, esta normativa impone la obligación de los Estados parte de garantizar la existencia de órganos encargados de formular y mantener en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción, que promuevan la participación de la sociedad y que reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos y bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas. Además, se les exige fomentar prácticas eficaces y la evaluación periódica tanto de los instrumentos públicos contra la corrupción como de las medidas administrativas, a efectos de determinar si son adecuadas para combatir la corrupción.

Este órgano o grupo de personas especializadas en la lucha contra la corrupción, según prevé la convención, recibirá formación adecuada y recursos suficientes para la aplicación de las políticas, la supervisión, la coordinación en la puesta en práctica de esas políticas y en la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción. Por

supuesto, para desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas, debe ser dotado de la independencia necesaria.

En Europa, el Consejo de Europa sobre corrupción, en sus artículos 20 y 21, alude a la necesidad de crear autoridades centrales, independientes, que establezcan y coordinen políticas anticorrupción. Así, la implantación de órganos de prevención o agencias de corrupción –que diseñen una política anticorrupción y que asesoren a las distintas Administraciones públicas para instaurarla– es clave para desarrollar una cultura de integridad.

Si bien, como dijimos, esta fórmula ha sido aplicada en el terreno de la organización de empresas, no siempre las piezas del funcionamiento de una empresa pueden ser extrapolables al campo de la Administración pública. La máxima de esta teoría requiere de un principal (Administración pública que defiende intereses públicos), un agente (empleados públicos o funcionarios) y la relación con los clientes (la ciudadanía). La estrategia se orientaría a la reducción de los incentivos que se encuentran a disposición de los sujetos que interactúan en las Administraciones públicas (Gutiérrez Pérez, 2018).

En España, se han creado diferentes agencias antifraude en comunidades autónomas, como las de Galicia, Valencia, Baleares, Aragón, Navarra, Madrid y Cataluña.

Es interesante destacar el trabajo de la Oficina Antifraude de Cataluña (conocida con las siglas OAC), creada en 2008, ya que fue pionera en el seno de la Administración pública y la única en funcionar durante años –téngase en cuenta que recién entre 2016 y 2018 se produjo la eclosión de las agencias–.

Como bien se señala, la primera característica que debe tener una agencia anticorrupción es la independencia. En efecto, las normas reguladoras establecen un conjunto de garantías para asegurar la independencia y la objetividad de su director: necesidad de mayorías cualificadas para su designación, régimen de incompatibilidades, imposibilidad de recibir órdenes, no afiliación a partidos políticos, etc. Asimismo, la independencia sirve de muy poco si la agencia no cuenta con recursos suficientes, por lo cual debe ostentar autonomía financiera y debe poder proyectar su propio presupuesto. La denominación de las agencias nos indica que su ámbito de actuación es, por un lado, la prevención del fraude y la corrupción, y, por el otro, la investigación de casos irregulares (Nieto Martín, 2021)

En el caso de la OAC, su actividad se circunscribió a la corrupción producida en las adjudicaciones de obra pública. El período de actividad de esta oficina permite afirmar que se trata de un buen modelo de *public compliance*, y que se ha erigido en una herramienta formativa y de sensibilización potente para la Administración pública.

A modo de ejemplo, en 2015, la oficina recibió y tramitó un total de 153 denuncias: el 64 % sobre asuntos municipales, el 18 % sobre la Administración autónoma, el 3 % sobre Consejos Comarcales, el 1 % sobre las Diputaciones, otro 1 % sobre fundaciones, el 10 % sobre entes semipúblicos y un 3 % sobre otros entes y Administraciones. La OAC, además, realizó una gran labor a través de estudios, barómetros y recomendaciones de mejora de los diversos organismos (Gutiérrez Pérez, 2018).

Los buenos resultados de la agencia y el impulso que dieron las Directivas del año 2014 han hecho que, en Europa, los Estados incorporaran y sancionaran normativas tendientes a alinear los modelos de gestión pública, en la búsqueda de mayor integridad dentro del sistema.

Algunas normas internas ponen en cabeza de los órganos de contratación adoptar medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación (Folguera Fondevila, 2017).

Concretamente, en España, la sanción de la Ley 9/2013 (9/12/2013) de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno inauguró una tendencia saludable en esta materia. Tras la aprobación de la normativa estatal básica, las comunidades autónomas siguieron esa línea y aprobaron distintos instrumentos regulatorios.

Campos Acuña (2017) destaca el despliegue normativo realizado en el ámbito de la Generalidad Valenciana: *i*) la Ley 2/2015, del 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana; *ii*) el Decreto 56/2016, del Consell, del 6 de mayo, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de la Generalidad, para dotar a los altos cargos de un instrumento que guíe sus actuaciones, con el objetivo de hacer Administraciones públicas íntegras, eficaces y eficientes; *iii*) la Ley 8/2016, del 28 de octubre, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos no Electos; *iv*) la Ley 11/2016, del 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana.

A este conjunto de leyes se une la Ley de Inspección General de Servicios y del Sistema de Alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalidad y su sector público instrumental, que, a la sazón, representa un verdadero sistema de integridad institucional y una técnica de traslación de las políticas de *compliance* al sector público.

Además, la Ley 9/2017, en su artículo 64, recoge novedades significativas en el modelo de integridad y transparencia en la contratación pública. Se regulan, de un modo específico, los conflictos de intereses, imponiendo a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, así como para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitaciones (Campos Acuña, 2017).

Se observa que el legislador comienza paulatinamente a imponer obligaciones a las Administraciones públicas, que antes estaban exentas de este marco normativo. Además, les exige adoptar medidas para garantizar políticas adecuadas de prevención de la corrupción, tal como sucede en el sector privado.

Esta tendencia cada vez es más habitual y se puede encontrar en diferentes normas mundiales, ya que limita las oportunidades de que se produzcan conductas corruptas. En particular, la posición del legislador español en ciertos casos hasta supera el ámbito de la ética personal, al entender también que la participación de operadores económicos con lazos estrechos de consanguinidad o afinidad con los miembros del órgano de contratación puede comprometer su imparcialidad y su independencia (Arnaiz, 2016).

Las oficinas anticorrupción de Italia y de Francia son las agencias con carácter preventivo que más interés internacional han despertado. En particular, la ya referida ANAC, creada por la Ley 190/2012, se ha considerado un éxito. Por un lado, se reconoce el carisma de su director, Raffaele Cantore; por el otro, se destaca el diseño del organismo, ya que las competencias de prevención que aglutina han ido en aumento.

Así, en 2014, asumió la competencia en materia de contratos públicos, mientras que en 2016 sumó la relativa a la transparencia. Al mismo tiempo, las autoridades administrativas son independientes y se las elige tras un riguroso proceso de selección. La importancia de la ANAC radica en los recursos de los que dispone: alrededor de 300

empleados y un presupuesto de que se sitúa en torno a 80 millones de euros (Nieto Martín, 2021).

En el Reino Unido, el Committee on Standards in Public Life se ocupa de fijar los objetivos de estrategias generales. Para ello, formula recomendaciones periódicas al Gobierno y a las instituciones públicas o privadas, a fin de que mejoren sus estándares de cumplimiento (Nieto Martín, 2014).

Recordemos que el Gobierno del Reino Unido ha sostenido que su experiencia sobre malas prácticas e irregularidades tiene su base en la falta de procedimientos de control adecuados. Por consiguiente, el control permite dar un espacio a mejorar y avanzar, dejando de tropezarse con los mismos obstáculos habituales. Todo control en las contrataciones públicas debe preocuparse tanto por las causas que propician la corrupción como por los aspectos que mejoran su gestión interna, entendiendo que gran parte de los primeros problemas son derivados de un trabajo deficiente de los segundos, además de la ausencia transversal de controles internos y evaluaciones efectivas (Robinson, 2017).

Si no se comprende eso, seguirá rigiendo la informalidad; y esta alimenta la desconfianza, el oscurantismo, la ineficiencia. Así, toda laguna legal seguirá siendo aprovechada por agentes sin escrúpulos, que buscan asegurar el funcionamiento de la apatía tradicional del Estado.

Obviamente, de la misma manera que un plan de cumplimiento no será idéntico en una PYME que en una empresa multinacional, tampoco se puede pretender realizar un plan homogéneo con las Administraciones públicas, ya que existen múltiples estructuras con singularidades que requieren controles especializados. No solo debe diferenciarse el nivel de la Administración; incluso en distintas zonas geográficas los riesgos pueden ser diferentes (Gutiérrez Pérez, 2018).

No obstante, podemos mencionar características principales de un diseño a imagen y semejanza de los programas de cumplimiento privados, entre ellos: *i)* la elaboración de un mapa de riesgos de actividades susceptibles de control y supervisión; *ii)* el establecimiento de protocolos y procedimientos para la adopción de decisiones y su ejecución, *iii)* la existencia de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos; *iv)* la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar; *v)* el establecimiento de un modelo disciplinario frente al incumplimiento, *vi)* la verificación periódica del modelo y su

eventual modificación. Estas medidas, complementadas con un sistema como el SALER –que se describirá en el siguiente apartado–, son herramientas prácticas interesantes para prevenir la corrupción, detectar conflictos de interés y reutilizar los datos al servicio de la prevención de la corrupción (Campos Acuña, 2017).

A la par, sirven como técnicas especiales de control, que permiten menguar las oportunidades delictivas y desterrar del seno de las Administraciones públicas escenarios proclives a la corrupción.

6.4.4. PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO COMBINADO CON SISTEMA DE ALERTAS (SALER)

El 6 de noviembre de 2018, la Comunidad Valenciana sancionó la Ley 22/2018, que crea, en el marco de la Inspección General de Servicio, un sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración y el sector público, denominado SALER.

En el preámbulo de la ley, se consigna lo siguiente:

[Las] malas prácticas, entendidas como aquellas actuaciones de la administración que puedan propiciar el incumplimiento de los principios de legalidad, objetividad, imparcialidad, eficacia y eficiencia, así como las posibles irregularidades administrativas, afectan no solo al prestigio y la legitimidad de cualquier organización, sino que también merman de manera sustancial la eficacia y eficiencia de sus actuaciones. Por eso, cada vez más instituciones, administraciones públicas y empresas desarrollan acciones, programas y estrategias con la finalidad de disponer de un marco instrumental sólido que permita la gestión del riesgo de esas prácticas y que mejore sus niveles de integridad (...).

[En la ley se incluyen] instrumentos avanzados para la gestión del riesgo de irregularidades y malas prácticas, desde un enfoque preventivo y transversal, basado en la colaboración entre órganos y el aprovechamiento de los datos y prácticas que genera la misma administración (...) la sofisticación cada vez mayor de los procesos de obtención, almacenamiento y análisis de datos representa una importante oportunidad para la prevención de irregularidades y malas prácticas...

Específicamente, en el artículo 17 en adelante, se describen los elementos del sistema de alertas. Este se articula a través de un conjunto de herramientas cuya interacción permite detectar posibles irregularidades y malas prácticas administrativas, a partir del análisis de la información obtenida y de la evaluación de factores de riesgo (que será verificable o auditable de acuerdo con el procedimiento reglamentariamente establecido).

El sistema está integrado por la base de datos de la Administración de la Generalidad y los entes de su sector público instrumental; el sistema lógico e informático de procesamiento de datos, dependiente de la Consejería competente en materia de tecnologías de la información y de las comunicaciones; las evaluaciones, el mapa de

evaluación de riesgos para la prevención de posibles irregularidades, y las autoevaluaciones individuales de riesgos. También se retroalimenta de los informes, conclusiones y recomendaciones de cada actuación, y de las reseñas de evaluación del sistema.

Entonces, los componentes esenciales del SALER son los siguientes: *i)* una gran base de datos; *ii)* el sistema lógico e informático de análisis de datos, y *iii)* la identificación de riesgos, mapas de riesgos. El sistema se nutre de información interna (expedientes de contratación, registro de contratos, portal de transparencia, altos cargos, etc.) y externa (acceso mercantil, organismos públicos, etc.).

Con estas herramientas, los expertos y especialistas en esta tecnología diseñaron un verdadero órgano de control interno de carácter preventivo. Este se apoya en un sistema de alertas y mapas de evaluación de riesgos, que tiene como función principal evitar prácticas ilegales e irregularidades, y fomentar una cultura de integridad desde las cabezas del Estado.

La idea que subyace siempre es la misma: los métodos habituales –ya sean denuncias, fiscalizaciones o auditorías– han sido insuficientes para detectar irregularidades de manera temprana. Por eso, se propone un sistema que navega y controla en tiempo real, a partir de los datos que genera la gestión.

El Tribunal de Cuentas Europeo, en el *Informe especial N° 6/2019*, sobre lucha contra el fraude en el gasto de cohesión de la Unión Europea, destacó expresamente, como ejemplo de buenas prácticas, este sistema informático de alertas de la Generalidad Valenciana. Al respecto, ponderó:

...el organismo intermedio encargado de ejecutar una gran parte del programa operativo “Comunidad Valenciana”, en colaboración con instituciones de educación superior, ha desarrollado un sistema informático de alerta rápida (SALER) en el que se combina cuatro bases de datos distintas a nivel nacional y regional para identificar riesgos de fraude...

Así, en una licitación pública, se puede verificar si los licitadores que participan tienen una relación entre ellos, poniendo rápidamente al operador en conocimiento de esta situación. También permite análisis transversales; no solo en la licitación de arriba hacia abajo, sino también en la comparación de otros expedientes, pudiendo hacer foco en los adjudicatarios, el objeto de licitación, el órgano licitador, la capacidad de contratación, la documentación presentada por los oferentes, los posibles conflictos de intereses y la

cantidad de contratos otorgados a un mismo oferente en un determinado período de tiempo.

A partir de tres pilares básicos –la materia prima, los algoritmos (inteligencia y lógica: preguntas que se le pueden hacer al sistema sobre el proveedor, los contratos, los conflictos de interés, los fraccionamientos de contratos a un mismo proveedor, con indicadores de riesgos) y la tecnología para realizar y generar este tipo de alertas–, los operadores del sistema SALER pueden colocar la lupa en cualquier parte del proceso de licitación. Esto facilita el análisis de las licitaciones, los adjudicatarios, los órganos de contratación, los importes, los objetos, los altos cargos, las relaciones entre personas y entidades, las titularidades reales y las relaciones con otras empresas o personas.

En fin, el SALER posee un gran potencial para avisar con una alerta roja cuándo se está incumpliendo alguno de los criterios, ítems o requisitos legales previamente determinados entre los órganos de control interno y el órgano competente en materia de tecnologías de la información y de la comunicación, en aquellos procedimientos administrativos más susceptibles de albergar las llamadas “malas prácticas” (Blanes Climent, 2017).

Como se consigna en el preámbulo de la ley, este sistema de alertas, junto con la elaboración de un mapa de evaluación de riesgos, los planes individuales de autoevaluación y la publicación de un código de buenas prácticas para la prevención y detección de irregularidades, constituyen los instrumentos básicos de carácter preventivo que permitirán reducir los riesgos de irregularidades o malas prácticas en las contrataciones con el Estado.

Se pondera positivamente que la ciudadanía pueda acceder a los datos que se difunden sobre la contratación pública, y que pueda participar en su análisis para supervisar y hacer un seguimiento de la actividad contractual de las Administraciones públicas. Esta participación ciudadana permite la identificación de situaciones que esconden irregularidades, conflictos de intereses o casos de corrupción (Cerrillo i Martínez, 2016).

6.4.5. DIRECTIVA 2019/1937 DE LA UE (PROTECCIÓN DE DENUNCIANTES)

El 23 de octubre de 2019, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea emitieron la Directiva 2019/1937, relativa a la protección de las personas que informen sobre las infracciones del derecho de la Unión. La directiva tiene por objeto reforzar la

aplicación del derecho y las políticas de la Unión en ámbitos específicos, en particular, en el de contratación pública. Para ello, se prevé el establecimiento de normas mínimas comunes que proporcionen un nivel elevado de protección a los denunciantes.

En los considerandos de esta normativa, se destaca lo siguiente:

[Las personas que] trabajan para una organización pública o privada (...) son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto. Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por *whistleblowers*) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad. Sin embargo, los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, es cada vez mayor el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes³³¹.

De esta manera, la normativa internacional reconoce la importancia de la información que pueden proporcionar las personas que trabajan dentro de la función pública o privada para la prevención de irregularidades y el cuidado de los bienes, así como la necesidad de incentivar las denuncias de acciones que pongan en peligro el bienestar de la sociedad en un sentido amplio. A tal fin, se establece la necesidad de aplicar normas mínimas comunes que garanticen una protección efectiva de los denunciantes, en aquellos actos y ámbitos en los que sea necesario reforzar la aplicación del derecho³³².

Como bien señala la directiva citada, desde hace tiempo, estas exigencias se imponen en los programas de cumplimiento en el sector privado. Las empresas, al fijar pautas y directrices, deben establecer mecanismos de denuncias internas (*whistleblowing*), al alcance de cualquier particular –ya sea el empleado de rango más alto, el de cargo más bajo o el representante de las empresas– que detecte conductas ilícitas o incumplimientos graves de los programas de *compliance*.

La idea proviene de Norteamérica, concretamente, de la Ley Sarbanes-Oxley Act 2002 (Ley Sox), promovida a partir de los escándalos financieros protagonizados por los casos Enron y WorldCom, que llevaron al Gobierno estadounidense a adoptar medidas para combatir la corrupción. Una de ellas es la obligación de las empresas de implementar un sistema de recepción y tramitación de denuncias internas que garantice protección a los denunciantes frente a posibles represalias de las compañías (Calcina Hanco, 2016).

³³¹ Considerando (1).

³³² Considerando (5).

En el caso de los empleados que denuncian prácticas ilícitas en las que pueden haber incurrido la empresa para la que trabajan o sus superiores jerárquicos, dicho temor suele asociarse con la posibilidad de ver frustradas sus expectativas de promoción profesional. Además, puede concretarse en el riesgo de un posible despido laboral. Por eso, cada vez es más frecuente que las empresas cuenten con procedimientos específicos para que sus propios trabajadores o los terceros –proveedores o clientes– puedan denunciar irregularidades a través de una línea telefónica o un buzón *online*, que aseguren la confidencialidad y el anonimato (Ragués I Vallés, 2016).

Si se hace un repaso de los hechos más conocidos de corrupción en España, en todos existe un patrón común: denunciar la corrupción no es rentable o el costo de efectuarlo es muy elevado. No se trata de una situación aislada; por lo general, el que denuncia sabe que está renunciando a un futuro profesional. Por eso, una de las demandas más reiteradas de Transparencia Internacional se centra en la necesidad de legislar en torno a la protección de los denunciantes (Gutiérrez Pérez, 2018).

En concreto, en el considerando (6) de la directiva, se afirma que se necesita la protección de los denunciantes para mejorar la aplicación del derecho de la Unión en materia de contratación pública³³³. Especialmente, se declara que es necesaria para prevenir y detectar el fraude y la corrupción en la contratación pública en el contexto de la ejecución del presupuesto de la Unión y para “abordar la insuficiente ejecución de las normas en esta materia por los poderes adjudicadores nacionales y las entidades adjudicadoras en relación con la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”.

Respecto de los efectos que las infracciones de esas normas pueden tener, dispone que “falsean la competencia, incrementan los costes para las empresas, vulneran los intereses

³³³ Específicamente el artículo 2, apartado 1, letra a), inciso i), establece normas mínimas de protección de las personas que informen dentro del ámbito de la contratación pública. Y la parte 1 del Anexo se refiere específicamente a “1. Normas de procedimiento aplicables a la contratación pública y la adjudicación de concesiones, a la adjudicación de contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y a la adjudicación de contratos por parte de entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y cualquier otro contrato, establecidas en: i) la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO L 94 de 28.3.2014, p. 1), ii) la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO L 94 de 28.3.2014, p. 65), iii) la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO L 94 de 28.3.2014, p. 243), iv) la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (DO L 216 de 20.8.2009, p. 76)”.

de inversores y accionistas y, en general, hacen menos atractiva la inversión y sitúan en una posición de desigualdad a todas las empresas de la Unión, lo que repercute en el correcto funcionamiento del mercado interior”.

Esta manifestación deja al descubierto la gran preocupación de la Unión Europea por la corrupción en la contratación pública y por las consecuencias nefastas que genera. Ello refuerza la imperiosa necesidad de adoptar medidas innovadoras e inteligentes en pos de cuidar el buen funcionamiento público en este ámbito tan riesgoso.

Sobre la base de todo lo expuesto, se insta a las entidades privadas y públicas a que prevean canales de denuncia interna y mecanismos eficientes de protección de los denunciantes frente a cualquier represalia.

En cuanto a las denuncias dentro de la órbita de las contrataciones públicas, las autoridades y las entidades contratantes a nivel local, regional y nacional deben aplicar canales de denuncia interna³³⁴. En especial, se les exige garantizar la confidencialidad sobre la identidad del denunciante, y facilitar que las personas puedan denunciar: *i*) por escrito (por correo, a través de un buzón físico destinado a recoger denuncias, o por medio de una plataforma en línea –ya sea en intranet o en internet–); o *ii*) verbalmente (por una línea de atención telefónica o por otro sistema de mensajería vocal, o ambos)³³⁵.

Como lo señalan los considerandos 63 y 64, la falta de confianza en la eficacia de las denuncias es uno de los principales factores que desalientan a los posibles denunciantes. En consecuencia, urge imponer una obligación clara a las autoridades competentes para que establezcan canales adecuados de denuncia interna y externa, y para que investiguen con diligencia la verosimilitud de cada uno de los hechos, con el fin de dar respuesta a los denunciantes en un plazo razonable.

Finalmente, entre las medidas de protección, se destaca la obligación de los Estados miembros de adoptar las reglas necesarias para prohibir las represalias –incluidas las amenazas de represalias y las tentativas de represalia– que a continuación se enumeran:

...*a*) suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes; *b*) degradación o denegación de ascensos; *c*) cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo; *d*) denegación de formación; *e*) evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales; *f*) imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias; *g*)

³³⁴ Considerando 52.

³³⁵ Considerando 53.

coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo; *h*) discriminación, o trato desfavorable o injusto; *i*) no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; *j*) no renovación o terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal; *k*) daños, incluidos a su reputación, en especial en los medios sociales, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos; *l*) inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, informal o formal, que pueda implicar que en el futuro la persona no vaya a encontrar empleo en dicho sector; *m*) terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios; *n*) anulación de una licencia o permiso; *o*) referencias médicas o psiquiátricas³³⁶.

Estas medidas son básicas para que el trabajador que pretenda realizar una denuncia se sienta tranquilo, seguro y cubierto frente a cualquier venganza futura, pues la práctica ha mostrado que, cuando se realizan este tipo de denuncias, los castigos no se hacen esperar. Estos correctivos pueden presentarse de manera directa hacia quien denuncia (coacciones, intimidaciones, amenazas, acoso, etc.), o pueden adoptar una metodología más sutil, que no sea perceptible a los ojos de otros trabajadores, como en los casos señalados anteriormente.

Para evitar estas prácticas aviesas, se establecen diferentes medidas de protección frente a represalias³³⁷ y medidas para la protección de personas afectadas³³⁸. Así, se cubre un amplio abanico de posibles situaciones que pueden presentarse a partir de denuncias por irregularidades.

6.4.6. UNIDADES ÉTICAS ESPECÍFICAS DENTRO DE LOS ORGANISMOS DE RIESGO

En Argentina, a partir del Convenio de Colaboración celebrado en 2016 entre la Oficina Anticorrupción, el Ministerio de Transporte y la Dirección Nacional de Vialidad, se acordó la creación de un área específica con competencias en asesoramiento, prevención e investigación en materia de corrupción, políticas de integridad, transparencia y ética pública.

Consecuentemente, en junio de ese año, a través de la resolución DNV N° 705/16, se creó la Unidad de Ética y Transparencia (UET), en el ámbito interno de la Dirección Nacional de Vialidad, que aprobó un Código de Ética (Resolución N° 1492/16), compuesto de un catálogo de pautas de comportamiento, destinado al personal de la DNV.

³³⁶ Artículo 17.

³³⁷ Artículo 21.

³³⁸ Artículo 22.

El objetivo del Código de Ética fue promover valores en la Dirección de Vialidad, precisar el comportamiento ético deseable, reducir las subjetividades en las interpretaciones personales sobre principios éticos, brindar mayor seguridad al personal respecto de las normas que regulan la actividad, fomentar la cultura ética como herramienta de prevención y detección de posibles hechos de corrupción, fortalecer la imagen y la reputación de la DNV, y consolidar su identidad de compromiso con la ética pública.

Este código fue aprobado también por el personal del organismo y por el Sindicato de Trabajadores Viales en el Acta Paritaria 4/17³³⁹, que se suscribió con la finalidad de mejorar el contenido del Código de Ética, y de fijar adecuadamente los derechos y obligaciones de los empleados de Vialidad. En particular, estos se comprometieron a mantener ciertos valores de guía, tales como la honestidad y la transparencia (integridad), el trabajo en equipo (cooperación), el profesionalismo (eficiencia) y la ejemplaridad pública (compromiso).

También se establecieron ciertas pautas de comportamiento: *i)* desempeñar funciones de acuerdo con los intereses de Vialidad; *ii)* actuar con eficacia y diligencia; *iii)* comprometerse en contra de la corrupción y del abuso de poder (denunciar en la Unidad de Ética y Transparencia lo que estuviera mal); *iv)* cuidar los recursos asignados para el cumplimiento de las funciones; *v)* ser transparentes en el manejo de la información y en las decisiones; *vi)* ser conscientes de que los “conflictos de interés” son un problema (deber de abstenerse cuando existan intereses particulares); *vii)* no aceptar regalos, promesas o beneficios para hacer o dejar de hacer algo propio de la competencia funcional; *viii)* cuidar la integridad personal y la de los compañeros; *ix)* cumplir con las leyes y las normas internas vigentes³⁴⁰.

La creación de la Unidad de Ética y Transparencia, que depende en forma directa de la máxima autoridad de Vialidad, es un ejemplo claro de adaptación de las herramientas utilizadas por el *compliance* en el sector privado al ámbito del sector público.

Una de las principales acciones llevadas a cabo por la unidad fue el establecimiento de canales seguros de denuncia, que habilitan a los agentes, las empresas contratistas, los oferentes y el público en general a reportar hechos de corrupción e irregularidades en

³³⁹ Se suscribió el 24 de mayo de 2017.

³⁴⁰ https://www.sindicatoviales.org.ar/Uploads/CoPar/Actas_CoPar_GPMEAR44LU_8-1-2018_121923.pdf (consultada el 16 de junio de 2021).

procedimientos, en lo que concierne a su competencia en materia investigativa³⁴¹. Así surge del *Informe sobre irregularidades en obras públicas viales* (2019):

...a través de dichos instrumentos se buscó que los Estados trabajen para prevenir, detectar y sancionar hechos de corrupción, a fin de garantizar el ejercicio ético y transparente en la función pública y un adecuado manejo de los recursos del Estado. La tendencia actual de los organismos públicos en la lucha contra la corrupción, toma muchas de las características propias del Compliance privado, a fin de diseñar y adoptar políticas públicas orientadas a la prevención, el control, y la sanción de aquellos actos. En efecto, la función del Compliance privado asume las tareas de prevención, detección y gestión de riesgos de Compliance, mediante la operación de uno o varios programas contribuyendo a promover y desarrollar una cultura de cumplimiento en el seno de una organización...

Con relación al *public compliance*, cada sector del Estado, agencia o dependencia podría contar –dentro del marco conceptual definido por la Ley de Ética en la Función Pública– con sus propias políticas y con su propio programa de integridad, en función de su actividad, sus riesgos y sus objetivos.

Precisamente, en el *Informe de avance de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción* (MESICIC)³⁴², el comité de expertos ponderó:

...la aprobación de un Código de Ética a través de la Resolución N° 1492/16, compuesto de un catálogo de pautas de comportamiento destinado al personal de la DNV y que tiene en cuenta la particularidad de dicho organismo. Asimismo, se incorporó a los pliegos una cláusula de integridad destinada a empresas licitantes y proveedores del organismo. Finalmente, se implementó un sistema de recepción de denuncias y consultas consistente en canales de atención, un protocolo de recepción y la difusión en los pliegos de licitaciones y compras destinado a contratistas y proveedores <http://www.vialidad.gov.ar/transparencia>.

De acuerdo con lo que se desprende del *Informe del 2019 de la Unidad Ética sobre Irregularidades en Obras Viales*, durante el período comprendido entre 2016 y diciembre de 2018, la unidad emitió 14 informes vinculados a irregularidades administrativas, con indicios de la potencial comisión de delitos por parte de funcionarios y representantes de empresas, en los procesos de selección de contratistas y en la ejecución de las obras públicas. Asimismo, se instó el inicio de acciones sumariales ante faltas éticas y disciplinarias.

Cabe destacar que el mismo Comité de Expertos de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción también ponderó una iniciativa

³⁴¹ Ver *Informe sobre irregularidades en obras públicas viales. Diagnóstico de posibles escenarios de corrupción y propuestas para su prevención e investigación de la Unidad ética y transparencia de la Dirección Nacional de Vialidad* (2019), ya citado.

³⁴² Del mes de marzo de 2017, que informa el período de marzo de 2016 a marzo de 2017 (http://www.oas.org/juridico/PDFs/Mesicic5_InfoAva_Argentina.pdf).

similar del Municipio de Pilar, que firmó, el 13 de diciembre de 2016, un Convenio Marco de Cooperación y Asistencia con la Oficina Anticorrupción (OA), con el propósito de elaborar programas de prevención de la corrupción, y de colaborar recíprocamente en iniciativas, proyectos y acciones que promuevan medidas de transparencia y anticorrupción en la gestión pública.

Se destaca que, a través del mencionado instrumento, el municipio, “con la asistencia técnica de la Oficina Anticorrupción, se comprometió a adoptar una serie de medidas que promuevan la transparencia en la gestión pública”, tales como “estrategias de sensibilización orientadas a involucrar a los actores locales en las temáticas vinculadas a la transparencia, ética y lucha contra la corrupción; publicar en forma proactiva datos actualizados (...); transparentar la información referida a la ejecución presupuestaria en forma periódica”.

Asimismo, se acordó:

...intercambiar experiencias en regulaciones y mecanismos de transparencia de la información pública de: actos de gobierno; regímenes de compras y contrataciones públicas; malversación y uso indebido de recursos públicos; detección de conflictos de intereses e incompatibilidades de funcionarios públicos; publicidad y control patrimonial de las declaraciones juradas; estándares de conducta y responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos; y regulaciones y mecanismos que favorezcan la participación de organizaciones de la sociedad civil en el control de los actos de gobierno...³⁴³

En definitiva, las medidas señaladas resultan sumamente útiles para promover la implementación de políticas de transparencia y control de la corrupción en diferentes organismos riesgosos, provincias y municipios, así como para identificar riesgos y depurar los mecanismos de prevención de la corrupción en la contratación pública, en particular, en la obra pública y en el régimen de contrataciones a nivel nacional.

Si se pretende una Administración sana y correcta en materia de contratación pública, se impone la necesidad de promover el cumplimiento de las buenas prácticas, a efectos de asegurar un mercado íntegro y con igualdad de trato.

6.5. ¿DESINTERÉS POR LA INTEGRIDAD O INTERÉS EN LA IMPUNIDAD?

En los últimos dos años, venimos asistiendo a un gran deterioro de las instituciones del Estado. La lucha contra la corrupción pasó a ser un tabú, algo de lo que no hablan los

³⁴³ http://www.oas.org/juridico/PDFs/Mesicic5_InfoAva_Argentina.pdf (consultada el 13 de junio de 2021).

altos mandatarios del Estado; mucho menos, los dirigentes políticos oficialistas. Tampoco se han desarrollado estrategias tendientes a la concientización, la sensibilización o la prevención de este delito. Por el contrario, la cuestión del “combate” a la corrupción fue borrada de la agenda política, lo cual implica un retroceso inadmisibles.

En Argentina, lo más grave es que, más allá de la falta de acciones concretas y de que ni siquiera desde lo discursivo se hace referencia a este fenómeno, con la llegada del nuevo Gobierno, a fines de 2019, se produjo una fuerte crítica por parte del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo hacia el Poder Judicial. En particular, se hostigó a los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que confirmaron condenas de corrupción de exfuncionarios afines al Gobierno. También se hizo lo propio respecto de jueces y fiscales que llevaron adelante casos graves de corrupción seguidos contra esos mismos funcionarios.

Estas acciones inéditas no hacen más que evidenciar la inexplicable presión que se intenta ejercer sobre la Justicia para que, en definitiva, los procesos penales por casos gravísimos de corrupción no sigan avanzando, o para obtener impunidad.

Tanto es así que el índice de capacidad para combatir la corrupción en América Latina 2021³⁴⁴, publicado por Americas Society/Council of the Americas³⁴⁵ y Control Risks³⁴⁶, arrojó resultados desalentadores –y preocupantes desde el punto de vista institucional– para Argentina.

En esta oportunidad, en comparación con otros años, la puntuación global experimentó un descenso. Se afirmó que la “percepción de un aumento de la politización del poder judicial y de las instituciones anticorrupción durante la administración del presidente Alberto Fernández contribuyó a una caída del 7 % en la puntuación de la capacidad legal de Argentina”.

Concretamente, el informe señala:

³⁴⁴<https://www.as-coa.org/articles/indice-ccc-2021-revela-los-efectos-del-covid-19-en-la-lucha-contra-la-corrupcion-en> (consultada 15/06/2021).

³⁴⁵ Es el principal foro dedicado a la educación, el debate y el diálogo en las Américas. Su misión es fomentar el entendimiento de los asuntos contemporáneos políticos, sociales y económicos que enfrentan América Latina, el Caribe y Canadá.

³⁴⁶ Es una empresa global de consultoría especializada en riesgos que ayuda a construir organizaciones seguras, en regla y resilientes en una época de riesgos cambiantes y conectividad. Los expertos, repartidos en 36 oficinas, ayudan a investigar irregularidades y a resolver crisis, y proporcionan la visión estratégica.

[Se] produjeron las reducciones más significativas en la independencia tanto de la fiscalía general como de los organismos anticorrupción. En octubre de 2020, la Oficina Anticorrupción se retiró como litigante en los casos penales que involucran a funcionarios y ex funcionarios del gobierno. Los organismos de control internacionales siguen expresando su preocupación por la supuesta influencia que la ex presidenta y actual vicepresidenta Cristina Fernández de Kirchner, imputada en múltiples investigaciones relacionadas a la corrupción, ejerce sobre el poder judicial.

Se destaca también que, en 2020, “15 funcionarios anticorrupción de la Unidad de Información Financiera (UIF) fueron destituidos, poniendo en duda la independencia de la UIF –la mayoría de estos funcionarios desempeñaron un papel en las investigaciones de corrupción que implicaban a la vicepresidenta–”.

Sin embargo, no todo es desalentador, pues el informe señala que se vislumbra una “mejora del 8 % en la categoría de sociedad civil y medios de comunicación, en la que Argentina supera la media regional en todas las variables, indica la persistente vigilancia de la opinión pública en materia de corrupción”.

Esto es positivo, ya que la puntuación de Argentina en la variable que mide la calidad de la prensa y el periodismo de investigación aumentó desde 2020, y el país se sitúa en segundo lugar, solo por detrás de Uruguay.

Entre otros temas críticos, se advierte de la falta de recursos –y de personal– para los organismos anticorrupción y para los encargados de hacer cumplir la ley. Asimismo, se destaca una cuestión, ya referida en este trabajo, vinculada a que el Gobierno actual ha presentado una propuesta de reforma judicial controvertida, que, de ser aprobada, permitiría al Gobierno nombrar a más de 300 nuevos jueces, fiscales y defensores públicos en los próximos dos años. Si bien, como se señaló, este proyecto se aprobó en el Senado en agosto de 2020, el informe indica que “se ha estancado por falta de apoyos en la Cámara baja y por otras prioridades que tiene el legislativo”.

Algunas de las cuestiones publicadas en el informe fueron denunciadas el 9 de abril de 2021, ante el secretario general de la Organización de los Estados Americanos, Dr. Luis Almagro, por el exministro de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina (2015-2019), Dr. Germán Garavano, y por la exembajadora ante la OEA (2018-2019), Paula Bertol.

En concreto, estos últimos describieron ciertos actos de las autoridades del Gobierno que les resultaron preocupantes por “reflejar una situación de deterioro significativo (...) de los principios republicanos democráticos” y una “clara afectación de la Constitución

Nacional y los estándares de derecho internacional sobre democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos”.

La presentación aludida expone diferentes acciones coordinadas que muestran una política que busca concentrar poder, así como afectar la independencia judicial y la libertad de expresión. Según se afirma, esa política es funcional al objetivo de “brindar protección y garantizar la impunidad de quienes –resultando funcionarios o aliados políticos del actual Gobierno– se encuentran acusados, y en muchos casos condenados, de ser responsables de graves casos de corrupción”. En ese sentido, manifiesta que, mediante la excusa del *lawfare*, que carece de sustento fáctico, se ataca al Ministerio Público Fiscal y al Poder Judicial, así como a fiscales y jueces que trabajan o que han desempeñado funciones importantes en casos de corrupción.

A continuación, se mencionan los actos concretos que, según los presentantes, muestran esa intencionalidad: *i*) la criticada reforma judicial y otros ataques que buscan generar inestabilidad en los jueces, así como “cooptar al Poder Judicial en el corto plazo”; *ii*) la reforma de la Ley de Ministerio Público Fiscal, que, además de afectar la independencia de los magistrados, busca cooptar el Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público, al proponer incrementar la participación de los representantes de los sectores políticos para someter de hecho al Ministerio Público a los avatares del oficialismo de turno, y, con ello, someter a los magistrados; *iii*) la conformación de una comisión especial formada para asesorar al presidente en la modificación de la composición y el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de la Magistratura y el Ministerio Público Fiscal. La comisión carece de representación e independencia, pues la preside el abogado defensor de la expresidenta y actual vicepresidenta de la nación (a quien se le siguen diferentes procesos de corrupción), y de otros imputados por casos graves de fraude tributario. Esto se concatena con solicitudes de juicio político a integrantes de la Corte Suprema de Justicia, promovidas por senadores y diputados oficialistas; *iv*) el intento, por parte del Consejo de la Magistratura, de retrotraer traslados de jueces encargados de juzgar casos graves de corrupción, cuya decisión fue declarada inconstitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (4/11/2020); *v*) intimaciones indebidas a jueces para jubilarse; *vi*) discursos del presidente en los que critica la actuación de la Justicia (y señala directa y personalmente a jueces y fiscales) en casos de corrupción, sin respetar los principios republicanos de división de poderes; *vii*) interferencias en los concursos de selección de jueces; *viii*) ataques a los periodistas de investigación

independientes, para acallar voces críticas, y la formación del observatorio de la desinformación (NODIO), que atenta contra la libertad de expresión; *ix*) debilitamiento de las instituciones, como el caso de la Oficina Anticorrupción, que, por decisión de su titular, desistió de diferentes querellas en casos de corrupción; entre otras acciones que demuestran un desinterés por el combate de la corrupción.

A criterio de los presentantes, cuando se analizan todos los casos en conjunto, es claro que “la concentración del poder y el desvío de las funciones de los organismos del Estado” buscan “lograr la impunidad de ‘los amigos del poder’ que se encuentran acusados (...) de haber cometido gravísimas exacciones del patrimonio público”.

La realidad actual confirma que trabajar para desterrar los abusos que ejercen los dirigentes de cualquier arco político sobre las instituciones aún es una deuda pendiente. Estos aprovechan sus mayorías aritméticas para conseguir que los instrumentos de control sobre el Gobierno resulten inútiles, y para no exigir las dimisiones o ceses inmediatos de los cargos públicos, cuando estos aparecen señalados en procedimientos judiciales, bien como imputados o como procesados (Rodríguez Blanco, 2014).

Así, queda la sensación de que se pretende que el veredicto popular para ungir a una persona en un cargo se tome como una inmunidad que la pone a salvo de cualquier investigación sobre el uso y la disposición del dinero público. En el mundo, Gobiernos populistas fueron juzgados por los tribunales, y sus líderes no intentaron evadir la investigación ni su responsabilidad (Aquino Britos, 2021).

Por esa razón, entendemos fundamental instar un nuevo “pacto social” en el cual la corrupción no se consienta ni se admita, sino que se la rechace con vehemencia. Como se dijo, se trata de lograr un cambio cultural radical, que se levante contra cualquier manifestación de la corrupción, guiado por una intención férrea de custodiar al máximo los recursos del Estado.

No hay que olvidar que los altos cargos políticos no pertenecen a ninguna “casta” especial que se desarrolla al margen de la sociedad que los elige y los juzga después. Los políticos, de cuya corrupción nos hemos ocupado, forman parte de esa misma sociedad y tienen, como regla general, sus mismas virtudes y sus mismos vicios. Por eso, para potenciar la lucha contra la corrupción, hemos de insistir en la importancia de la batalla que se libra en las escuelas y en los medios de comunicación. En las escuelas, porque es en ellas donde se empieza a edificar la conciencia ciudadana de los valores éticos. A su vez, los medios

de comunicación son decisivos en la formación de la conciencia de la sociedad (Pérez Vera, 2016).

Además, se necesita promover un gran pacto nacional entre los Gobiernos, los partidos políticos más importantes y las organizaciones sindicales y empresariales, por la integridad y la transparencia, en el que se integren medidas clave para prevenir la corrupción (Villoria, 2014).

También se debe mejorar la independencia del Poder Legislativo y la rendición de cuentas de los legisladores, sin caer en la tentación de votar de acuerdo a la dependencia política o el apoyo al Gobierno, sino luego de realizar un estudio criterioso de los candidatos.

Para regenerar la democracia, se impone revisar el sistema de rendición de cuentas de los representantes ante sus representados. Al mismo tiempo, debe instaurarse un código ético de los congresistas, en el que se contemplen claramente las incompatibilidades y los conflictos de interés de los legisladores. En especial, debería facilitarse el acceso a los estudios e informes que motivan las propuestas de ley. Asimismo, deberían publicarse las agendas de trabajo de los diputados y senadores, e informarse las reuniones que estos mantienen con terceras partes (Villoria, 2014).

En suma, la situación descrita demanda la adopción de una serie de medidas que se extienden a todos los poderes del Estado, dirigidas, en particular, a los funcionarios y los particulares que intervienen en las contrataciones públicas. Recordemos que, en estas, se requieren altos grados de transparencia, integridad y ética, para poder resistir la tentación inducida por quienes buscan corromper las estructuras estatales.

En definitiva, para contener las trampas de la corrupción en un Estado de derecho, se requiere un control ciudadano exhaustivo, plena transparencia en la gestión y niveles elevados de integridad.

CONCLUSIÓN

Es sabido que la corrupción se encuentra instalada en el seno de la sociedad: tanto la pequeña corrupción como la que se lleva a cabo a gran escala, que compromete montos siderales de dinero e involucra a altos funcionarios del Estado (nacional, provincial, municipal), provocan daños inmensos y consecuencias lamentables.

En el presente trabajo, nos centramos en la contratación pública y, en particular, en la obra pública, por ser uno de los ámbitos más riesgosos y proclives a la corrupción. Las oportunidades que ofrece para las arbitrariedades y las irregularidades la erigen en un terreno fértil para la sucesión de malas prácticas.

A partir de las dificultades propias en el ejercicio del ministerio público como fiscal general de juicio en casos complejos de corrupción, nació la necesidad de profundizar en el estudio del problema, exponerlo en todo su esplendor y buscar soluciones no solo para reprimir con eficacia estas conductas, sino también para prevenirlas.

Así, los objetivos trazados se lograron sobre la base del estudio teórico de fuentes bibliográficas nacionales e internacionales destacadas en la materia, y del análisis concreto de casos jurisprudenciales relevantes, que graficaron cómo esta práctica se encuentra enquistada en la sociedad. En consecuencia, planteamos medidas anticipadas y eficaces frente a la corrupción, que incluyen cambios en las instituciones, las leyes y los sistemas de control.

En el **capítulo I**, asumimos que la cotidianeidad y la reiteración de estos actos han permeado el tejido social y han creado hábitos relajados. Ciertamente, la corrupción se convirtió en algo natural, hasta tal punto que constituye una costumbre nociva y una práctica habitual en las transacciones comerciales y financieras, los contratos públicos y toda negociación que incluya a los agentes del Estado.

De la mano de la corrupción propiamente dicha proliferan las prácticas clientelares, esto es, el intercambio discrecional de favores (concesiones privilegiadas, prestaciones ilegales, etc.) a cambio de apoyo electoral o económico. Ello deteriora los principios democráticos, rompe el sistema y la igualdad de oportunidades y crea dependencia en los sectores sociales más desprotegidos.

Por lo general, los recursos que se vuelcan en este intercambio provienen de prácticas ilegales, como sobrepagos en las contrataciones con el Estado, o de licitaciones

otorgadas de manera anómala. En esas condiciones, la corrupción es doble por los recursos mal habidos y porque, con estos, se intenta captar la voluntad de los más vulnerables.

Sin embargo, la corrupción es una costumbre de antaño, una práctica recurrente que se ha desarrollado a lo largo de la historia. Esto se ha podido constatar a partir de recorrer las ideas e inquietudes de los grandes pensadores de diferentes épocas (Sócrates, Platón, Aristóteles, San Agustín, Tomás Moro, Montesquieu, Beccaria, entre otros), y de situarnos en momentos concretos de la historia (etapa final de la república en Roma).

Sin duda, la corrupción está enraizada en las estructuras centrales de todas las sociedades y ha sido objeto de discusión en diferentes épocas. En particular, la puja entre la corrupción y los valores de integridad, ética y moral es una cuestión que invariablemente ha estado presente en la historia de la humanidad. Por esta razón, afirmamos que esos ideales deben orientar a la ciudadanía y a los agentes públicos.

Además, consideramos que deben aplicarse a las Administraciones públicas y deben integrar todas las definiciones de corrupción. Recordamos que no hay un concepto unánime ni mayoritario de “corrupción”, y esto se debe a que en su definición confluyen tanto elementos sociales como aspectos económicos, jurídicos y culturales.

Sin embargo, al estudiar pormenorizadamente las conceptualizaciones esbozadas y las diferentes convenciones y normativas internacionales, logramos concebir la corrupción como “un abuso del poder público, prohibido por las normas de las instituciones, cuyo sujeto activo tiene la finalidad de obtener para sí o para un tercero un beneficio ilegal –que puede ser económico o de otra índole–, en contraposición a los valores de la ética y de la integridad pública y privada”.

El mérito de la definición radica en que, por su amplitud, puede aplicarse a diferentes situaciones. Asimismo, deja establecida una cuestión crucial: el beneficio no deberá ser solo de índole patrimonial, ya que las ventajas pueden incluir cualquier forma de gratificación no necesariamente medible en dinero (por ejemplo, en el caso de la “sextorsión”, que concebimos como la acción de abusar de una posición de autoridad para extorsionar con sexo).

No obstante, por lo general, las consecuencias más visibles son de carácter económico. Por ello ahondamos en los efectos de la corrupción y en la cuantificación del daño;

además, establecimos cuáles son sus costos. A partir de esta premisa, advertimos que los daños también involucran la violación de los derechos humanos, la pérdida de derechos civiles, la privación inequitativa de recursos para cubrir necesidades básicas, la pobreza, la precariedad, la desigualdad y la falta de oportunidades. Es decir, la corrupción perjudica gravemente a los sectores sociales más frágiles.

A las consecuencias señaladas se suma la falta de credibilidad en los sistemas políticos y en los gobernantes, lo que da lugar a una pérdida de capital social. Esto implica que, cuanto mayor sea la corrupción, peor será la percepción social y mayor será la desconfianza en el sistema.

Para finalizar ese apartado, dejamos sentado que tanto la gran corrupción como las redes clientelares que se establecen en la Administración pública en favor de intereses particulares influyen de manera decisiva en el nivel de capital social y generan consecuencias perniciosas para el Estado.

En el **segundo capítulo**, se dejó en evidencia que una de las causas del desequilibrio institucional de Argentina ha sido la conformación de un sistema hiperpresidencialista. En este, el presidente de la nación absorbe funciones que deberían corresponder a otros poderes del Estado. Consecuentemente, se produce el debilitamiento del Congreso, la sumisión de la Justicia y la dependencia de las provincias respecto del Estado nacional.

Esta circunstancia deteriora el sistema de controles interno y externo que deben ejercer recíprocamente los diferentes poderes del Estado. Al mismo tiempo, permite que la corrupción política prevalezca en todos los ámbitos gubernamentales y, con más fuerza, en el ejercicio de la función administrativa, especialmente en materia de contrataciones públicas.

Al exhibir los diversos procesos penales emblemáticos de corrupción en Argentina desde la década de los 90 hasta la actualidad, pudimos demostrar que esos actos presentan un rasgo común: todos se realizaron desde las esferas más altas de la Administración pública nacional (es decir, involucraron a presidentes, vicepresidentes, ministros, funcionarios jerarquizados, etc.).

Además, en la inmensa mayoría de los casos, se trató de contrataciones públicas millonarias que se conocieron a partir de investigaciones periodísticas. Sobre la base de

lo anterior, planteamos la necesidad de que los gobernantes respeten de manera estricta la más amplia libertad de prensa, evitando cualquier tipo de limitación.

La necesidad de afianzar estos valores esenciales en un Estado de derecho se hace visible a partir de las medidas impulsadas por el Gobierno argentino para coartar la libertad de expresión (proyectos legislativos para limitar la información, la creación del observatorio de la desinformación –NODIO–, entre otras). Alertamos también sobre algo de mayor gravedad: ciertos medios han sido capturados por el poder político, ya sea para amparar a funcionarios y a particulares investigados por actos graves de corrupción, para manipular la información o para ayudar a crear un supuesto clima de arbitrariedad judicial e instalar el concepto de *lawfare* (persecución política).

Ciertamente, como parte del entramado tendiente a desacreditar investigaciones penales por procesos graves de corrupción, limitar el acceso a la información y controlar los medios de comunicación, en los últimos tiempos, ha empezado a circular pública y mediáticamente el concepto de *lawfare*, que, a nuestro modo de ver, constituye una falacia para evitar que avancen las investigaciones penales por casos graves de corrupción.

Paradójicamente, los políticos y los empresarios se escudan en el *lawfare*, en lugar de rendir cuentas ante la Justicia y ejercer su derecho de defensa en el ámbito adecuado. Es claro que el ejercicio de la jurisdicción, cuando media una sospecha de comisión de un delito, nunca puede constituir una persecución política, porque consiste en el ejercicio regular del rol de los jueces. Por cierto, se trata de funciones constitucionalmente asignadas que suponen uno de los pilares esenciales del régimen republicano de gobierno.

Contrariamente a lo que se intenta instalar, el análisis de diferentes informes actuales sobre percepción de la corrupción en Argentina nos llevó a considerar que la sociedad percibe como un problema muy grave la corrupción política en las instituciones del sector público. En efecto, hay un desencanto respecto de los políticos, los gobernantes, los partidos políticos y los sistemas de selección.

De ahí que propugnemos la obligación de los partidos políticos de ejecutar una democratización interna, con estándares éticos elevados y con métodos de autocontrol y de supervisión. En suma, se requiere aumentar la transparencia, así como evitar la financiación ilícita e irregular de los partidos políticos.

En el **tercer capítulo**, mostramos la importancia económica que tiene la contratación pública para la economía de los Estados, en razón de la movilización de recursos, las fuentes de trabajo y las mejoras en los servicios públicos. A la par, esa dimensión económica explica el avance de prácticas corruptas en este sector y obliga a la Administración pública a ser muy diligente en la contratación y en el control de los fondos.

Sobre la base de lo anterior, analizamos las directivas europeas más relevantes para prevenir y combatir el fenómeno de la corrupción en las adquisiciones públicas. Describimos también el marco regulatorio argentino, poniendo énfasis en la obra pública, por ser, como comprobamos, uno de los ámbitos propensos a la arbitrariedad y a la corrupción.

Tal como señalamos anteriormente, estudiamos en detalle todo el procedimiento de la licitación pública. El análisis incluyó los principios rectores nacionales e internacionales a los que todas las Administraciones deben ajustarse para prevenir manejos irregulares que den lugar a actos de corrupción. Estos son la publicidad, la igualdad, la concurrencia y la razonabilidad para cumplir con el interés público comprometido.

El estudio de las diferentes fases que componen la licitación (etapa previa al llamado, pliegos de bases y condiciones, adjudicación y desarrollo del contrato) permitió conocer las vicisitudes que se pueden generar, así como la laxitud del sistema normativo, que facilita las oportunidades para llevar adelante los actos de corrupción con total impunidad.

Asumimos que, en Argentina, la falta de detección de actos de corrupción en tiempo oportuno se debe, en parte, a la forma en que se han concebido los controles internos y externos. Ello motivó que profundizáramos en los órganos de control de la obra pública (SIGEN, AGN, Tribunales de Cuentas provinciales), los tipos de control existentes y las leyes que los regulan. Entre las falencias detectadas, señalamos la falta de independencia y objetividad, el modo de designación, la inexperiencia y la falta de profesionalidad de los controlantes, la inestabilidad del cargo y la escasez de recursos.

Lo expuesto hizo patente que el diseño de control público (establecido por la Ley 24.156) es tan ineficaz e inepto que parece ideado para generar oportunidades de corrupción o, por lo menos, para sortear con facilidad los obstáculos que se puedan interponer. En definitiva, se evidenció el fracaso de los controles en prevenir la discrecionalidad y la

arbitrariedad de la Administración pública en perjuicio de los ciudadanos, lo que, sin duda, amerita una inmediata modernización.

En el **capítulo IV**, mostramos cómo esa falta de controles eficientes repercute de manera directa en la cantidad de irregularidades que se suelen cometer en las contrataciones públicas y, en particular, en la obra pública.

A lo largo de esa sección, nos centramos en el análisis de las situaciones anómalas e ilegales que se ejecutan en las distintas etapas de la contratación pública, como resultado de acciones y omisiones determinantes. Entre ellas: no evaluar de forma periódica los riesgos de corrupción en la contratación pública, la ausencia de estándares elevados de transparencia y la debilidad de los instrumentos de control interno y externo.

El estudio de las irregularidades apuntó a conocer la metodología de las diversas acciones desplegadas, para detectarlas y, de ese modo, prevenirlas. Con esa finalidad, recurrimos a las recomendaciones y advertencias internacionales emitidas por organismos especializados, y a lo que ocurre en la práctica nacional e internacional cuando se contrata con el Estado.

En ese sentido, se propuso una guía de preguntas iniciales que el operador podrá efectuar para detectar rápidamente algún indicio de manipulación o un vicio en el proceso licitatorio. Asimismo, entendimos necesario indagar si se respetaron o no los principios generales que deben rodear toda contratación pública con el Estado, enumerados taxativamente en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

En concreto, concluimos que se deberá profundizar en la razonabilidad del gasto. Ello se vincula con la necesidad de la convocatoria o con el interés general que representa la obra para el conjunto de la sociedad. De lo antedicho se infiere que la falta de motivación o de explicitación de los motivos del acto administrativo evidencia un caso de arbitrariedad o de discrecionalidad.

A su vez, otro elemento que deberá tenerse en cuenta es la efectividad de la contratación, que consiste en determinar si la Administración ha seleccionado al mejor de los candidatos, si se abrió la contratación a una competencia plena, si se llevó a cabo conforme los principios de transparencia y publicidad adecuada, todo lo cual podría indicar o no algún tipo de favorecimiento o direccionamiento. En conclusión, los

parámetros delineados orientarán primigeniamente sobre las acciones y las motivaciones que se esconden detrás de las contrataciones públicas amañadas.

Con todo, pudimos advertir que una indagación efectiva para detectar situaciones anómalas dentro del proceso de licitación deberá realizarse en el expediente administrativo. Esto se debe a que, a lo largo de todo el proceso de decisión que atraviesa la contratación pública, se presentan múltiples oportunidades para abusar del poder y para tomar decisiones arbitrarias, que inexorablemente dejan su huella en el legajo administrativo.

El estudio aludido nos permitió reconocer diferentes entornos que favorecen las malas prácticas y las conductas delictivas en materia de contrataciones públicas. Su individualización fue útil para alertar sobre las diversas situaciones abusivas y para brindar herramientas aptas de prevención.

Claro está que no pretendimos confeccionar un catálogo taxativo. Por el contrario, enunciamos algunas de tantas irregularidades que se evidencian frecuentemente, tales como la facilitación de información, las convocatorias poco claras o por urgencia, la falsedad en las mediciones, las arbitrariedades en los tiempos de publicidad, las limitaciones groseras o sutiles de la competencia, el uso indebido de circulares, el direccionamiento específico, la cartelización, los sobrepuestos y la cotización deficiente (uso de facturación apócrifa para ocultar sobrepuestos).

El análisis de las posibles irregularidades se extendió también a la ejecución del contrato, a partir de lo cual desarrollamos algunas de ellas: traspaso fraudulento del contrato, falseamiento del plan de trabajo, prórrogas infundadas del contrato, modificación de obras simuladas, falsedad de los certificados de obra, entre otras.

Al final del capítulo mencionamos las recomendaciones, las observaciones y los informes de las auditorías internas o externas de los organismos de control en los procesos de contratación. Apuntamos al respecto que la intervención oportuna de esos organismos debe ser decisiva, si se pretende adoptar medidas inmediatas para sanear, modificar o subsanar las falencias advertidas.

La ausencia de contrapesos reales para detener la concusión, los arreglos, la defraudación sistémica en perjuicio del Estado y la transgresión de las normas que rigen la contratación pública hace aplicables el derecho administrativo y el derecho penal. En otras palabras,

luego de producido el acto ilícito, debe determinarse, en primer lugar, si la conducta encaja en una infracción administrativa o en un tipo penal. En este último caso, habrá que establecer responsabilidades, el grado de participación, e instar el resarcimiento del daño provocado.

En el **capítulo V**, expusimos la incidencia directa de las conductas señaladas en los diferentes encuadres típicos aplicables. Así, analizamos dogmáticamente la figura de asociación ilícita: estudiamos casos nacionales e internacionales, especialmente de España, y verificamos que es perfectamente posible y adecuado encuadrar en la figura de asociación ilícita las conductas endémicas de corrupción en la contratación pública.

Al respecto, inferimos que, cuando existen acuerdos espurios entre empresarios y funcionarios públicos que perduran en el tiempo con el fin de manipular, direccionar y avasallar la rectitud de las licitaciones públicas –con el consecuente saqueo de las arcas del Estado–, es muy fácil observar las notas características de una asociación ilícita (una estructura conformada por tres o más personas que, de manera organizada y permanente, se asocian para la comisión de diversos delitos, con el fin de perjudicar económicamente a la Administración pública).

Seguidamente, describimos otras figuras penales en las que pueden enmarcarse las arbitrariedades descritas. Si bien no se pretendió realizar un análisis exhaustivo del gran abanico de delitos que se pueden cometer con motivo de las irregularidades enunciadas, sí pudimos señalar las características salientes de cada uno y explicar cómo la doctrina y la jurisprudencia han entendido que estas conductas irregulares merecen un reproche penal.

En concreto, analizamos los siguientes tipos penales: fraude en perjuicio de la Administración pública por administración desleal, cohecho y tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, exacciones ilegales, abuso de autoridad, incumplimiento de los deberes de funcionario público, falsedades instrumentales, prevaricato (o, para España, prevaricación) y utilización de información reservada.

Para ello, se abordaron tanto cuestiones generales de los tipos penales como consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales. En particular, nos nutrimos del derecho comparado en la jurisprudencia y la doctrina de España, que presenta notas distintivas, en

virtud de recientes modificaciones legislativas de las figuras penales, y de las decisiones interesantes de sus tribunales en casos de corrupción.

En este marco, se hizo necesario estudiar el tipo de lavado de dinero, pues cualquiera de los delitos que se enumeran puede constituir un ilícito precedente de esta figura. Así, los casos jurisprudenciales nacionales y españoles emblemáticos vinculados a contrataciones públicas sirvieron para graficar los elementos del tipo penal.

Finalmente, dadas las dificultades de imputación que se plantean en algunos de estos comportamientos complejos, investigamos si resulta aplicable el dominio de aparato organizado de poder –propuesto por Roxin– tanto para los casos de corrupción sistemática o endémica como para aquellos en que intervienen una gran cantidad de sujetos (funcionarios y particulares), a los que se les asignan diferentes roles, jerarquías y cargos. Es decir, cuando existe una estructura en la cual se dividen las tareas que deben desarrollarse, sin necesidad de que todos intervengan en la ejecución.

A partir de un examen meticuloso de la teoría del dominio de la organización, reparamos en que esta es perfectamente aplicable a la corrupción, cuando se trata de estructuras estatales, con un poder de mando fuerte, altamente sistematizadas y organizadas en la búsqueda del fin delictivo (corrupción sistemática). En este tipo de organizaciones, la ejecución de las órdenes se ve consolidada no solo por la seriedad de aquellas y por la motivación especial del ejecutor (política, ideológica o la que sea), sino también por el hecho de tener a disposición un sinnúmero de potenciales ejecutores fungibles.

Así, concluimos que esta teoría podrá usarse en todos aquellos casos de corrupción endémica cuyo apartamiento del derecho se sostiene en el tiempo, y también en los supuestos de alta o gran corrupción.

Finalmente, la apatía de los Gobiernos y los poderes del Estado para producir cambios profundos y principios básicos, permanentes e invariables en el fortalecimiento de las instituciones, la transparencia y la prevención de la corrupción dirigió nuestra atención hacia la necesidad de implantar un sistema de buenas prácticas en los poderes del Estado.

Por consiguiente, en el **capítulo VI** ratificamos la necesidad de fortalecer el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal, a efectos de que puedan cumplir su misión con celeridad y eficacia. En ese sentido, señalamos que esto no se logra con reformas inconsultas que buscan quebrantar la independencia de la Justicia o menoscabar la

autonomía funcional, tal como evidencian las reformas que existen en el seno del Congreso y las demoras inexplicables de los procesos de selección y nombramiento de magistrados. Muy por el contrario, concluimos que las instituciones judiciales solo serán vigorosas si se afianza un proceso de fortalecimiento estructural y de constante mejora en la calidad institucional.

Paralelamente, propusimos un plan global genuino que contemple métodos eficientes y novedosos para descongestionar los tribunales atestados de expedientes, y para permitir que los agentes judiciales se aboquen a la investigación de los hechos que más daño provocan a la sociedad, como los actos de corrupción. En definitiva, se trata de emprender las acciones que mejoren la calidad del servicio de justicia y el adecuado desempeño de las funciones, con base en los valores esenciales reconocidos en las reglas de Bangalore: la independencia, la imparcialidad, la integridad, la corrección, la equidad, la competencia y la diligencia.

De igual manera, se planteó la necesidad de implementar un Gobierno verdaderamente abierto, con una gestión transparente. Un Gobierno abierto ofrece información sobre las acciones concretas, rinde cuentas, promueve la participación ciudadana y tiene en cuenta la opinión de la sociedad en la gestión de los asuntos públicos, garantizando plenamente el derecho de acceso a la información pública.

En esa línea, propusimos modificaciones a la normativa vigente y la implementación de medidas concretas para evitar las prácticas ilegales o colusorias en la contratación pública. Entre otras recomendaciones, incluimos la conformación de un pacto de integridad entre todas las fuerzas políticas, la creación de un tribunal de integridad o de revisión de contratos con la Administración pública y el uso de adelantos tecnológicos en procesos de contratación, para garantizar un trato igualitario, evitar el favoritismo y la arbitrariedad, y asegurar un alto grado de publicidad.

También se destacaron algunas buenas prácticas para imitar, como el portal de contratación pública de Cataluña, la tecnología de cadenas de bloques o *blockchain* y el sistema de alertas SALER de Valencia.

A su vez, dada la falencia de los controles preventivos, que ha contribuido a generar un lodo ideal para agentes corruptos, planteamos la posibilidad de trasladar las prácticas de buen gobierno impuestas legalmente a empresas privadas hacia el sector público. En otras

palabras, alentamos el establecimiento de programas estrictos de cumplimiento estatal (*public compliance*).

Dichos programas se presentan como un método eficaz para prevenir hábitos ilegales y para promover una cultura de integridad. Al mismo tiempo, permiten garantizar una protección efectiva de los denunciantes, en aquellos actos y ámbitos en los que sea necesario reforzar la aplicación del derecho, tal como lo establecen las normas y directivas internacionales.

En este aspecto, también sugerimos la incorporación de unidades éticas insertas en organismos riesgosos de corrupción –como los de obra pública–, que tengan una competencia amplia de asesoramiento, prevención e investigación en materia de corrupción, y la facultad de instaurar políticas de integridad, transparencia y ética pública.

Por último, instamos a mejorar la independencia del Poder Legislativo, así como el control exhaustivo del presupuesto anual y la cuenta de inversión, para que sus integrantes ejerzan con seriedad la relevante función asignada y hagan respetar el rol del Congreso en la determinación de las necesidades sociales atendibles con recursos colectivos. El Poder Legislativo tiene ante sí el desafío de armarse de la capacidad operativa que le permita asumir efectivamente dicha responsabilidad.

Entonces, si se pretende una Administración pública sana y correcta en materia de contratación pública, es fundamental promover el cumplimiento de las buenas prácticas en todos los poderes del Estado.

Para ello, reiteramos la necesidad de instituir un nuevo pacto social en el cual la corrupción no se consienta ni se admita, sino que se rechace con vehemencia. Como se dijo, se trata de lograr un cambio cultural que tienda a custodiar al máximo los recursos del Estado.

En definitiva, luego de abordar el fenómeno de la corrupción en las contrataciones públicas, logramos concluir que solo es posible hacer frente a este flagelo si se toman medidas preventivas y sancionatorias basadas en la transparencia, la integridad y la ética.

Con toda seguridad, esa es la herramienta más eficaz para robustecer el Estado de derecho y para resistir la tentación provocada por quienes buscan corromper las estructuras estatales.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO, G. (2012). *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado*. Buenos Aires, IBdeF, pp. 950, 1218.
- ALCONADA MON, H. (2018). *La Raíz (de todos los males)* (1ª edición). Buenos Aires: Planeta, p.19.
- ALMAGRO, L. (2018). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. México: Editores Carlos Tablante - Mariela Morales Antoniazzi, Instituto de Estudios Constituciones del Estado de Querétaro, p. 15.
- ÁLVAREZ ICAZA, E. (1999). “El rol de los medios de comunicación en la lucha contra la corrupción. Una perspectiva desde la sociedad civil”. *Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, tomo X*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 231.
- APRILE, M. N. (2018). “Cohecho”. *DPyC* (febrero), cita *online*: AR/DOC/2432/2017, Thomson Reuters.
- AQUINO BRITOS, A. R. (2021). *Lawfare, Estado de derecho y democracia. Una perspectiva constitucional* (prologado por Ricardo Gil Lavedra). Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira Editor.
- AYMENICH CANO, C. (2015). “La corrupción en la contratación pública: visión global”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 210, ISSN 2341-2135 (45-46), pp. 209-239.
- BACIGALUPO, E. (1998). “Estudio comparativo del derecho penal de los Estados miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido”. *Curso de derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons, p. 195.
- BACIGALUPO, E. (1999). *Derecho penal. Parte general* (2ª edición). Buenos Aires: Hammurabi, p. 43 y 510-12.
- BAIGÚN, D. - ZAFFARONI, E. R. (2009). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (tomo 7). Buenos Aires: Hammurabi, p. 393.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. (1994). “Política Criminal y reforma penal”. *Revista del Foro Canario*, N° 87, Revista del Colegio de Abogados de Las Palmas, Las Palmas de Gran Canarias, p. 148.
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, G. (2017). “Riesgos de corrupción en contratos públicos. Cómo prevenir malas prácticas”. *Revista Internacional Transparencia e Integridad (RITI)*. Nro. 5, septiembre - diciembre, p. 1.
- BARYLKO, J. (2005). *La filosofía. Una invitación a pensar* (5ª edición). Buenos Aires: Booket, pp. 27-8.
- BAUCCELLS, J. - MARCET, J. (2018). *Sistemas de control interno en los partidos políticos. Responsabilidad jurídica y política de los partidos políticos en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 133-136.
- BAUTISTA, D. (2010). “Criterios éticos en el arte de gobernar”. *Revista Pluralidad y Consenso del Senado del Gobierno de México, volumen 3* (10), p. 62.
- BAUTISTA, O. D. (2017). “Fundamentos de la ética en el servicio público”. *Ética Pública y Prevención de la Corrupción de los Gobiernos y la Administraciones Públicas*. Instituto

Nacional de Administración Pública, A. C. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5094/11.pdf>.

- BAZÁN, V. (2018). “Justicia, política y búsqueda de mayor transparencia en Argentina”. *Justicia y Política en América Latina*, nro. 6. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, p. 40.
- BECKER, T. (1998), “Integrity in organizations: beyond honesty and conscientiousness”, *Academy of Management Review*, vol. 23 (1), pp. 154-161.
- BERAZATEGUI, M. E. - BRUSCO, P. (2017). “Caso 12. ¿Qué entiende OGP por gobierno abierto y qué entiende FPC? Los compromisos internacionales de Argentina bajo la lupa”. *Corrupción y transparencia: informe 2016-2017*.
- BEZZI, O. H.; LAMOGLIA, M. - RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (dirs.) (2017). “El derecho público administrativo y su aporte en el control y prevención de la corrupción en la función administrativa”. *Administración Pública & Corrupción* (1ª edición). Buenos Aires: Zavalía, pp. 18-21.
- BIDART CAMPOS, G. (1972). “La libertad de expresión en su contenido constitucional, y su proyección en el derecho penal”. *La Ley*, enero - marzo de 1972, p. 5.
- BIDART CAMPOS, G. (2001). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino (tomo I-B)*. (Nueva Edición ampliada y actualizada). Buenos Aires: Ediar, pp. 90-94.
- BLANCO CORDERO, I. (2002). *El delito de blanqueo de capitales*. 2da edición, Pamplona: Aranzadi, p. 101.
- BLANCO CORDERO, I. (2017). “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (19-16, 2017). Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194.
- BLANES CLIMENT, M. Á. (2017). “El sistema de alertas desde enfoques diversos: el Síndic de Greuges”. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad (RITI) n° 5*.
- BOBBIO, N.; AURELLI, A. - FERNÁNDEZ SANTILLÁN, J. F. (trads.) (2013). *Democracia y secreto*. México: FCE, pp. 42-53.
- BOIX, C. - POSNER, D. (1998). “The origins and political consequences of social capital”. *British Journal of Political Science*, 28 (octubre), pp. 686-693.
- BONESANA, C. (1993). *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta.
- BONIOLO, P. (2010). “La trama de corrupción: un estudio en la clase media y la clase trabajadora de Buenos Aires”. *Revista Mexicana de Sociología*, 72 (3), pp. 365-391.
- BOQUERA OLIVER, J. M. (1980). “Valoración de los distintos sistemas de selección del contratista. Principios Generales”. *Contratos Públicos*. Mendoza: Talleres Gráficos Diario La Tarde, p. 171.
- BORNIA, M. B.; LAMOGLIA, M. - RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (dirs.) (2017). “Argumentación en la decisión corrupta”. *Administración Pública & Corrupción* (1ª edición). Buenos Aires: Zavalía, pp. 41-59.
- BOTASSI, C. (2010). *Tribunales de Cuentas Provinciales. Cuestiones de Control de la Administración Pública*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho. Buenos Aires: Edic. Rap. SA, pp. 606-612.

- BOTASSI, C.; LAMOGLIA, M. - RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (dirs.) (2017). “Ética, Administración pública y corrupción”. *Administración Pública & Corrupción* (1ª edición). Buenos Aires: Zavalía, p. 63.
- BOTELLA, J. (2018). “Las vías de exigencia de la responsabilidad política: ¿sancionan los electores la corrupción?”. *Responsabilidad jurídica y política de los partidos políticos en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 87-101.
- BOTKE, W. (1998). “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”. *Revista Penal Nro. 2*. Barcelona: Praxis.
- BOUR, E. (2012). “Corrupción”. *Tratado de análisis económico del derecho*. Buenos Aires: La Ley, capítulo VIII, pp. 2-17 y 30.
- BREGLIA ARIAS, O. - GAUNA, O. (2007). *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, tomo 2, 6ª edición. Buenos Aires: Astrea, p. 341.
- CALÁ, L.; LAMOGLIA, M. - RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (dirs.) (2017). “Reflexiones sobre la ética pública en perspectiva constitucional”. *Administración Pública & Corrupción* (1ª edición). Buenos Aires: Zavalía, p. 103.
- CALCINA HANCCO, A. (2016). “Compliance Program Penal: en el sector laboral empresarial”. *Responsabilidad Penal de las empresas y compliance program*. Lima: Ara editores, p. 148.
- CALVETE, A. (2010). “Administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública y su influencia a la hora de analizar la eventual prescripción de la acción penal”, *Suplemento penal 2010 (marzo)*, 9 - Ley 2010 – B, 183, Buenos Aires.
- CALLEROS, A. - ESCRIBANO, B. (2014). “Corrupción y capital social”. *¿Sostenible? Universidad Politécnica de Cataluña*, v. 15, pp. 40 y 43-44.
- CAMPOS ACUÑA, C. (2017). “Encaje del SALER en el nuevo marco legal de lucha contra la corrupción: una herramienta de compliance”. *RITI n° 5*.
- CAMPOS MONGE, C. E. (2007). “Contratación pública y corrupción (un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa)”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, nro. 112, p. 204.
- CAPARRÓS, E. F. (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, p. 58.
- CAPUTI, M. C. (2010). “El rol de los medios de comunicación en el control público”. *Cuestiones de control de la Administración pública. Administrativo, legislativo y judicial*. Buenos Aires: Ediciones Rap SA, pp. 139-157.
- CARDONA, L. Á. (2018). “Corrupción y derechos Humanos: de la intuición a la convicción”. *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 80 (3), pp. 577-610.
- CARO CORIA, D. C. (2010). “Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal”. *Revista Institucional N° 9, tomo II, Artículos sobre Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima: AMAG.
- CARO CORIA, D. C. (2016). “Compliance y corrupción”. *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*. Lima: Ara editores, pp. 109 en adelante.
- CASAL, A. (2016). “Administración fraudulenta”. *Profesional y Empresaria (D&G)*, tomo XVII. Buenos Aires: Editorial Errepar.

- CASAS HERVILLA, J. (2019). *Malversación y blanqueo en la contratación pública de abogados defensores*. Madrid: Reus, pp. 51/7.
- CASAS HERVILLA, J. (2020). *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*. Madrid: Reus, pp. 243/4.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2016). “Las compras abiertas y la prevención de la corrupción”. *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas, Nueva Época*, nro. 15.
- COLEMAN, J. S. (1988). “Social Capital in the Creation of Human Capital”, *American Journal of Sociology, special supplement*, vol. 94, pp. 95-120.
- COLEMAN, J. S. (1990). *Foundations of Social Theory*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- COLOMBO, M. - HONISCH, P. (2012). *Delitos en las contrataciones públicas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 163-164.
- COPI, I. M. - COHEN, C. (2013). *Introducción a la Lógica*. (2ª edición). México: Limusa, p. 149.
- CORDERO VALDAVIDA, M. (2019). “Blockchain en el sector público, una perspectiva internacional”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas Núm. 16*.
- CÓRDOBA, F. J. (2015). *Delito de lavado de dinero*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 135-142.
- CREUS, C. (1992). *Derecho penal. Parte especial* (3ª edición). Buenos Aires: Astrea, pp. 108-114.
- D’ALESSIO, A. J. (2005). *Código Penal comentado y anotado, parte general* (1ª edición). Buenos Aires: La Ley, pp. 502-510.
- D’ALESSIO, A. J. (2009). *Código Penal comentado y anotado, parte especial* (2ª edición), tomo II. Buenos Aires: La Ley, pp. 1234-1320.
- DE AZCÁRATE, P. D. (1872). *Obras completas de Platón*, tomo VII. Madrid: Medina y Navarro, p. 7.
- DEL CARPIO DELGADO, J. (1997). *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DELLA PORTA, D. (2001). “Los actores de la corrupción: políticos de negocios en Italia”. *GAPP* (23), mayo-agosto 2001, pp. 24-29.
- DESPOUY, L. (2014). *Una década al cuidado de los fondos públicos. Informe sectorial del presidente de la Auditoría General de la Nación*. Publicado por AGN el 12 de diciembre de 2013, pp. 22-81.
- DONNA, E. A. (2000). *Delitos contra la Administración pública*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 262-277.
- DONNA, E. A. (2007). *Derecho penal. Parte especial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 266-315.
- DROMI, R. (1995). “La licitación pública”. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, pp. 89-394 y 447.
- DRUETTA, R. T. - GUGLIELMINETTI, A. P. (2013). *Ley 13.064 de Obras Públicas: comentada y anotada* (2ª edición). Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 77-349.
- DRUETTA, R. T. (2021). *La contratación administrativa irregular*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 12-157.

- DUNLAP, C. JR. (2001). *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts*. Presentado el 29 de noviembre de 2001 en Washington DC. Disponible en <https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>.
- DUNLAP, C. JR. (2017). *Introducción a la guerra jurídica*. Disponible en <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicion-Hispanoamericana/Archivo-de-articulos-exclusivos-en-linea/Archivo-de-articulos-exclusivos-en-linea-de-2017/Introduccion-a-la-guerra-juridica>.
- DURSTON, J. (2000). “¿Qué es el capital social comunitario?”. *Publicación de las Naciones Unidas CEPAL, Serie Políticas Sociales* (38), pp. 16-36.
- EKMEKDJIAN, M. Á. (1994). *Tratado de derecho constitucional, tomo I*, Buenos Aires: Depalma, pp. 482 y 514.
- FAYT, C. (2004). *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading cases y holdings. Casos Trascendentes*. Buenos Aires: La Ley, p. 209.
- FEINGEBLATT, H. (2019). *Los costos sociales de la corrupción*. Investigación elaborada en el marco del Seminario Internacional sobre los Costos de la Corrupción en Centroamérica: el caso de Honduras (Observatorio del Sistema de Justicia Penal OEA - MACHI). Honduras, p. 15.
- FERNÁNDEZ AJENJO (2019). *Leyes de la corrupción y ejemplaridad pública*. Salamanca: Amarante, pp. 21-80.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J. (2011). “Los vicios de la contratación pública en México”. *Derecho PUCP* (66). Disponible en <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201101.022>.
- FOLGUERA FONDEVILA, R. (2017). “La fiscalización de los conflictos de interés”. *Auditoría Pública n° 70*, pp. 97-103.
- FONTÁN BALESTRA, C. (1994). *Tratado de derecho penal. Tomo VI*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, pp. 135/6.
- FRANCISCO (2013). *Corrupción y pecado*. Buenos Aires: Claretiana.
- FRANCISCO (2020), *Fratelli tutti*. Carta encíclica sobre la fraternidad y la amistad social. Vaticano, 1° de octubre de 2020, pp. 8-73.
- FREEMAN, P. (2013). *Cómo gobernar un país. Una guía antigua para políticos modernos. Marco Tulio Cicerón*. Barcelona: Crítica, pp. 8 y ss.
- FROMENT, C. D. - DE LANGHE, M. (2007). *Sobre el abuso de autoridad y el incumplimiento de los deberes de funcionario público*. Buenos Aires: La Ley.
- FUCHS, M. C. (2018). *Justicia y política en América Latina, No. 6*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, cap. VII.
- FUCHS, M. C. (2019). *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos*. Colombia: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, p. 7.
- FUCHS, M. C. (2021). “Estrasburgo y San José cierran filas: diálogo entre Cortes sobre independencia judicial de fiscales (parte II)”. *Agenda Estado de Derecho*. Disponible en <https://agendaestadodederecho.com/strasburgo-y-san-jose-cierran-filas-dialogo-entre-cortes-sobre-independencia-judicial-de-fiscales-parte-ii/>.

- GABETTA, C. (2013). *La encrucijada argentina. República o país mafioso*. (2.^a edición). Buenos Aires: Planeta, p. 49.
- GARCÍA ARÁN, M. “Responsabilidad política y responsabilidades jurídicas: delimitaciones conceptuales”. *Responsabilidad jurídica y política de los partidos políticos en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 80-82.
- GARCÍA CAVERO, P. (2016). “Las políticas anticorrupción en la empresa”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVII*, pp. 219-244.
- GARCÍA-HERRERA, A. (2017). “Prevenir la corrupción en la gestión de federaciones y clubes de fútbol: la eficacia de las prácticas de buen gobierno y del compliance penal”. *RITI n° 4*.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (1978). *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*. Barcelona: Bosch, p. 236.
- GARGARELLA, R. (2020). *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Buenos Aires: Siglo veintiuno, pp. 19; 33-37 y 41-48.
- GELVEZ, F. O. (2004). “Régimen penal de la evasión simple de tributos provinciales y municipales. Su relación con el fraude a la Administración Pública”. *La Ley 2004 – C; 1459* (cita online: AR/DOC/1150/2004).
- GHERSI, C. A. (2010). “Corrupción. Análisis económico, social y jurídico”. *La Ley, tomo 2010 - E., Sec. Doctrina*, pp. 667-674.
- GIL LAVEDRA, R. (2021). “Prólogo”. AQUINO BRITOS, A. R., *Lawfare, Estado de derecho y democracia. Una perspectiva constitucional*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira Editor.
- GILLI, J. J. (2014). “La Corrupción: Análisis de un concepto complejo”. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados* (61), pp. 39-63.
- GIMENO FELIÚ, J. M. (2016). “El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control”. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad, (RITI nro. 2)*.
- GÓMEZ INIESTA, D. (1996). *El delito de blanqueo de capitales en el derecho español*. Barcelona: Cedecs.
- GORDILLO, A. (2014). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, tomo 2, La defensa del usuario y del administrado*. Buenos Aires: F.D.A. Disponible en <https://www.gordillo.com/tomo2.php4>, pp. 424 y 475-500.
- GOROSTEGUI, B. (2012). “Régimen de obras públicas financiadas por el Estado”. *La Ley*, 24/4/2012, 1.
- GUARDIOLA LAGO, M. J. (2018). “Cuestiones generales sobre la responsabilidad penal y política de los partidos”. *Responsabilidad jurídica y política de los partidos políticos en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 32-33.
- GUIMARAY, E. (2019). “Aproximación teórica sobre la aplicación de la autoría mediata por dominio de organización en supuestos de gran corrupción”. *Revista IUS ET VERITAS N° 58*, mayo 2019 (ISSN 1995-2929 –impreso–, ISSN 2411-8834 –en línea–).

- GUTIÉRREZ PÉREZ, E. (2018). “Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el Public compliance como herramienta de prevención de riesgos penales”. *Polit. Crim. vol. 13, N° 25*, pp. 104-143.
- HEGGLIN, M. F. (2000). “La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la Capital Federal”. *Nueva Doctrina Penal, 2000/A*, p. 223.
- HILGENDORF, E. - VALERIUS, B.; DÍAS, L. A. - SANCINETTI, M. A. (trads.) (2017). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 188-278.
- IBÁÑEZ NAJAR, J. E.; ZAFRA ROLDÁN, G. - ÁLVAREZ LANDOÑO (dirs.) (1999). “El lavado de activos”. *Revista de la Pontificia Universidad Javeriana (nro. 97)*.
- IVANEGA, M. M. (2016). *Control Público*. Buenos Aires: Astrea, pp. 63-164.
- JAKOBS, G.; MANSO PORTO T. (trad.) (2004). “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”. *Revista Peruana de Ciencias Penales (12)*, año VII-VIII, edición especial; “La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente”, en ESER/HASSEMER/BUKHART, *La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio*, coordinador Francisco Muñoz Conde, Valencia, pp. 53 en adelante.
- JAREÑO LEAL, Á. (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*. Madrid: Iustel, pp. 18-20.
- JAREÑO LEAL, Á. (2017). “Conductas delictivas en materia de contratación pública”. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad (5)*.
- JESCHEK, H. H. (1993). *Tratado de derecho penal*. (4.ª edición). Granada: Comares, p. 474.
- JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F. (2012). “Por un estatuto de magistrado común para jueces y fiscales”. *Diario La Ley, n° 7846*, p. 2.
- JOFRÉ, W. - SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, V. (2017). “Ley del arrepentido y extinción de dominio. Avances y retrocesos”. *Corrupción y transparencia: informe 2016-2017*. Disponible en <https://www.poderciudadano.org/libros/InformePoderCiudadano2017.pdf>.
- JULIÁN, M. - BONAIVIA, T. (2017). Aproximaciones psicosociales a la corrupción: una revisión teórica. *Revista Colombiana de Psicología, 26(2)*, 231-243. Disponible en 10.15446/rcp.v26n2.59353.
- KLIKSBERG, B. (1999), Capital social y cultura, claves esenciales del desarrollo. *Revista de la Cepal*, 86-88.
- LAJE ANAYA, J. - GAVIER, E. A. (1996), *Notas al Código Penal argentino, tomo III, Parte Especial*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, pp. 154-176.
- LAMARCA PÉREZ, C. (1985). *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica, p. 229.
- LAPORTA, F. Y ÁLVAREZ, S. (1997). *La corrupción política*. Madrid: Alianza.
- LUCIANI, D. S.; MAHIQUES, C. A. (dir.) (2008). “El modelo socioeconómico en la Constitución Nacional y en el Código Penal”. *Revista El Derecho Penal (N°5)*. Buenos Aires: Universitas.

- LUCIANI, D.; DONNA, E. (dir.) (2009). “Fraude fiscal como precedente del lavado de dinero”. *Revista de Derecho Penal, Derecho Penal Económico 2009, Derecho Penal Tributario – III*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 177-202 y 233-48.
- LUCIANI, D. S. (2011). *Un nuevo tipo penal de lavado de dinero*, La Ley, año LXXV N° 64, ISSN 0024-1636.
- LUCIANI, D. S. (2015). *Trata de personas y otros delitos relacionados*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 185.
- LUCIANI, D. S. (2019). “La Corrupción como una grave afectación de los derechos humanos”. *Corrupción, Estado de Derecho y Derechos Humanos*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, pp. 70-83.
- MAIRAL, H. (1975). *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*. Buenos Aires: Depalma.
- MALARET, E. (2016). “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (15), pp. 41-42.
- MALARET, E. (2016). “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (15), Barcelona, pp. 30-42.
- MALEM SEÑA, J. F. (2016). “La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales y contextuales”. *Revista Vasca de Administración Pública* (104-II), enero-abril 2016, pp. 25-41.
- MARIENHOFF, M. S. (1983). *Tratado de Derecho Administrativo, tomo III-A*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 184.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (2017). “Medidas de transparencia como antídoto contra la corrupción en la contratación pública”. *Revista Jurídica de Castilla y León, nro. 41*.
- MARTÍNEZ MALLEGO, F. A. (2016). “Los medios de comunicación y la lucha contra la corrupción”. *Revista Vasca de Administración Pública* (104-II), pp. 165-166.
- MEDINA ARNÁIZ, T. (2016). “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”. *RVAP* (104-II), p. 80.
- MEDINA ARNÁIZ, T. (2016). “La nueva regulación de la contratación pública: hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos”. *RVAP* (104-II), pp. 77-113.
- MEMBIELA-POLLÁN, M. - PENA-LÓPEZ, J. - SÁNCHEZ-AMBOAGE, E. (2019). “La interrelación entre el ‘capital humano’ y el ‘capital social’. Una aproximación al caso español”. *AroEc (Atlantic Review of Economics)*, número especial. Conferencia Internacional EDaSS VII. Publicado por la Universidad de Coruña.
- MIR PUIG, S. (1998). *Derecho penal parte general* (5ª edición). Barcelona: Editorial, pp. 92-3.
- MISHRA, A. (2006). “Persistence of Corruption: Some theoretical perspectives”. *World Development*, 34 (2), pp. 349-358. Disponible en 10.1016/j.worlddev.2005.03.010.
- MO, F. F. (1982). *Régimen legal de las obras públicas* (2ª edición). Buenos Aires: Depalma: 71.

- MOLINARIO, A.; AGUIRRE OBARRIO, E. (ed.) (1999). *Los Delitos*, tomo III. Buenos Aires: Tea, pp. 195-6.
- MONTESQUIEU; GARCÍA DEL MAZO, C. (trad.) (1906). *El espíritu de las leyes*, tomo I. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, p. 130.
- MORALES HERNÁNDEZ, M. Á. (2021). “Problemas concursales entre el delito de cohecho y otras figuras vinculadas a la corrupción pública”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*. ISSN: 2531-1565 1 REEPS 7 Especial.
- MORALES PRATS, F. - RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.; QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.) (2016). “Título XIX. Delitos contra la Administración pública”. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 10ª ed. Navarra: Thomson Reuters, pp. 1267 en adelante.
- MOYA DÍAZ, E. (2017). “Clientelismo y corrupción en contextos de baja estatalidad, una relación mutualista”. *Revista de Sociología e Política*, vol. 25 (64). Curitiva, p. 3.
- MUÑOZ, J. - QUERALT, J. J. (dir.) (2019). “El precio electoral de la corrupción: ¿por qué los votantes la castigan tan poco?”. *Corrupción*. Porto: Juruá, pp. 105-118.
- NASH, C. (2019). “Corrupción, democracia, Estado de derecho y derechos humanos. Sus vínculos y sus consecuencias”. *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, pp. 21-29.
- NIETO MARTÍN, A. (2014). “De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas”. *Public Compliance; prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, pp. 17-42.
- NIETO MARTÍN, A. (2021). “Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria”. *Revista Penal México*, núm. 18, enero - junio 2021.
- NINO, C. S. (2019). *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. (4.ª edición). Buenos Aires: Ariel, pp. 105 y 107-109.
- PALADINO, M. - DEBELJUH, P. - DELBOSCO, P. (2019). *Integridad. Un liderazgo diferente*. Buenos Aires: LID Editorial Empresarial, p. 42.
- PENA LÓPEZ J. - SÁNCHEZ SANTOS, J. (2009), “La dotación de capital social como factor determinante de la Corrupción”. *Revista de Economía Mundial*, vol. 22, pp. 197-219.
- PEREGRINI, L. (2011). *Corruption, Development and the Environment*. Dordrecht: Springer, p.160. Disponible en <https://doi.org/10.1007/978-94-007-0599-9>.
- PÉREZ LAMELA, H. D. - REARTES, R. O. (2000). *Lavado de dinero. Un enfoque operativo*. Buenos Aires: Depalma.
- PÉREZ VERA, E. (2016). “La reciente experiencia en la CAPV: Código Ético y Comisión Ética Pública”. *RVAP* (núm. 104-II), pp. 293-316.
- PETERS, A.; TABLANTE, C. - MORALES ANTONIAZZI, M. (eds.) (2018). “Corrupción y derechos humanos”. *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, p. 28.
- PIPERATA (2015). “Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane”. *Rivista Di Diritto Italiano, Comparato, Europeo*.

- PIROVANO, P. - DEL CARRIL, E. (2020). “La denominada reforma de la justicia federal. Críticas y propuestas”. Disponible en <http://www.pyba.com.ar/la-denominada-reforma-de-la-justicia-federal-critica-y-propuestas/>.
- PIZZORNO, A. (1992). “La corruzione nel sistema político”. DELLA PORTA D., *Lo scambio occulto*, Bologna, Il Mulino, p.22.
- PRADO SALDARRIAGA, V. R. (2007). *Lavado de activos y financiación del terrorismo*. Lima: Editora Jurídica Grijley, p. 143.
- PRATS CABRERA, J. O. (2008). “Causas políticas y consecuencias sociales de la corrupción”. *Revista de Sociología*, vol. 88, pp. 153 - 164.
- PREUKSCHAT, A. (2017). “Los fundamentos de la tecnología blockchain”. *Blockchain: la revolución industrial de internet*. Barcelona: Ediciones Gestión 2000.
- PUTNAM, R. (1993). *Making democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton: Princeton University Press.
- QUERALT, J. J. (2016). “Public compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas”. *RITI* n° 2.
- QUERALT, J. J. (2019). “Public compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas”. *Corrupción*. Porto: Juruá, pp. 77-80 y 474.
- QUINTERO OLIVARES, G.; QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.) (2016). “Capítulo VII. De la Malversación”. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 10ª ed. Navarra: Thomson Reuters, pp. 1420 en adelante.
- RACCA, G. M. (2018). “De la autoridad sobre los contratos públicos a la Autoridad Nacional Anticorrupción: un cambio de sistema”. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (N° 19), ISSN-e 2145-2946, pp. 181-220.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. “El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: whistleblowing interno vs. whistleblowing externo”. *Responsabilidad Penal de las empresas y compliance program*. Lima: Ara editores, pp. 193-4.
- RAMIÓ MATAS, C. - MARCO MARCO, J. (coord.) (2015). *Corrupción y Administración pública en España. La regeneración del Sistema. Reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción*. Avapol Asociación Valencia de Politólogos.
- REVELLI, M.; BOBBIO, N.; AURELLI, A. - FERNÁNDEZ SANTILLÁN, J. F. (trads.) (2013). “Prefacio”. *Democracia y secreto*. México: FCE, pp. 17-18.
- RIGHI, E. (2000). *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ad-hoc, p. 96.
- RIGHI, E. (2007). *Derecho penal. Parte especial*. Buenos Aires: Lexis Nexis, p.163.
- ROBINSON, I. O. (2017). “La contratación pública y su apremiante control ¿Por qué medir nuestras adquisiciones y qué nos obliga a hacerlo?”. *Auditoría Pública* (70), pp. 73-84.
- ROBLES VELASCO, L. M. (2017). “La lucha contra la corrupción en la república romana. Una nueva interpretación sobre la obra ciceroniana ‘de officis’”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* (11). Disponible en Dialnet-LaLuchaContraLaCorrupcionEnLaRepublicaRomanaUnaNue-6318067.pdf, p. 116.

- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. (2016). “Compliance y self-cleaning en la contratación pública (Una aproximación europea)”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 95, pp. 15-32.
- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. (2017). “Compliance y self-cleaning en la contratación pública europea”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña Vol. 21*, pp. 277-299.
- RODRÍGUEZ BLANCO, V.; MARCO MARCO, J. - NICASIO, B. (coords.) (2015). “La defensa de las instituciones y la independencia judicial como instrumento necesario en la lucha contra la corrupción”. *La regeneración del sistema: reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción. I Congreso Internacional sobre Calidad Democrática, Buen Gobierno y Lucha contra la Corrupción*.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. (2018). “Competencias, alcance y límites del control ejercido por el Tribunal de Cuentas sobre partidos políticos y fundaciones”. *Responsabilidad jurídica y política de los partidos políticos en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 184-220.
- RODRÍGUEZ-DINCOURT ÁLVAREZ, J.; QUERALT, J. J. - SANTANA VEGA, D. M. (dirs.) (2017). “Democracia y corrupción pública”. *Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 101 y ss.
- ROJAS, E. (2016). *5 consejos para potenciar la inteligencia*. Barcelona: Temas de hoy, pp. 111/2.
- ROLLERI, G. G. (2010). *El control preventivo de la Oficina Anticorrupción en la contratación de bienes y servicios. Cuestiones de Control de la Administración Pública*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho. Buenos Aires: Rap SA, pp. 615-627.
- ROMERO VILLANUEVA, H. J. (2010). *Código Penal de la Nación y legislación complementaria*. Cuarta edición ampliada y actualizada. Buenos Aires, Bogotá, México, Santiago: Abeledo Perrot, p. 1057.
- ROXIN, C.; CUELLO CONTRERAS, J. - SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. (trads.) (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (7ª ed.). Madrid: Marcial Pons, p. 724.
- ROXIN, C. (2003). “La autoría mediata por dominio en la organización”. *Revista Peruana de Ciencias Penales* (13). Lima: Idemsa.
- ROXIN, C. (2009). “Dirección de la organización como autoría mediata”. *Dialnet ADPCP, VOL. LXII*.
- ROXIN, C. (2014), *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. (traducción de la 1ª ed. alemana, Múnich, 2003), Buenos Aires: Thomson Reuters-Civitas, p. 111/123.
- SAIACH, SAMUEL N. (2016). “Ética y la contratación”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticos, Vol. 10, N° 19* pp. 169-181.
- SALVI, G. (1994). “Aspectos de la corrupción en Italia. Represión y prevención”. *Estudios Públicos* (56). Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, pp. 22/3.
- SANCINETTI, M. A. (1986). “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”. *Doctrina Penal* (33/34). Buenos Aires, p. 74.

- SANCINETTI, M. A. (2008). “Por qué razón y en qué medida la defraudación tributaria puede ser ‘hecho previo’ del delito de lavado de dinero”. El Dial.com, Biblioteca Jurídica Online.
- SÁNCHEZ, A. M. (2010). “El poder y el control del poder”. *Cuestiones de control de la Administración pública*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones Rap SA, p. 205.
- SANTANA VEGA, D. M.; QUERALT, J. J. (dir.) (2019). “La lucha contra la corrupción en Europa: luces y sombras”. *Corrupción*. Porto: Editorial Juruá, pp. 41 en adelante.
- SGRO, M. (2017). *Delito de negociación incompatible con la función pública*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 68 y 120.
- SIME-RENDON, D. (2016). “Roba, pero hace obra. Pragmatismo de la corrupción y corrupción del pragmatismo”. *Vox Juris*, vol. 32 (2), pp. 79-90.
- SOLER, S. (1978). *Derecho penal argentino, tomo IV*. Buenos Aires: Tea, p. 603.
- SOLER, S. (1994). *Derecho penal argentino, tomo IV*. Buenos Aires: Tea, p. 443/4.
- SPOLANSKY, N. E. (2004). “El llamado arrepentido en el proceso penal”. La Ley-2001-F, pp. 1434 en adelante.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (2018). “Concusión y corrupción: su delimitación en el derecho penal español”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- VILLORIA, M. (2006). *La corrupción política*. Madrid: Síntesis, p. 36.
- VILLORIA, M. (2016). “La corrupción en España”. *Revista de Libros*, pp. 7-8.
- VILLORIA, M.; MARCO MARCO, J. - NICASIO, B. (coords.) (2014). “La regeneración democrática: diagnóstico y propuestas”. *La regeneración del sistema: reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción I Congreso Internacional sobre Calidad Democrática, Buen Gobierno y Lucha contra la Corrupción*.
- VIRGOLINI, J. E. S. (2005). *La razón ausente*. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 234-5.
- VOCOS CONESA, J. M. (2010). “El perfeccionamiento del contrato administrativo”. *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 521.
- ZAFFARONI, R. E.; CARLÉS, R. M. (comp.) (2018). “Francisco, el derecho penal, los presos y el mundo”. *Francisco por una justicia realmente humana*. Buenos Aires: Ediar, p. 161 en adelante.
- ZINGARETTI, G. (2010). *La Independencia e imparcialidad en los órganos de control interno*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Buenos Aires: Ediciones Rap SA, p. 518.
- ZUNTINI, A. - LEONARDI, V. (2010). “Capital social y desempeño económico. Un análisis para argentina”. *Estudios Económicos*, vol. 27 (54).
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (1997). *Las consecuencias penales de los hechos cometidos por entes colectivos: de la responsabilidad individual a la responsabilidad colectiva*. 2º Congreso Internacional Penal. Lima: ARA Editores.

ZYSMAN QUIRÓS, D. (2018). “Compliance, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve generalogía de las reformas a partir de las US Sentencing Guidelines para corporaciones”. *Revista Ius Puniendi Sistema Penal Integral, Derecho Penal - Parte Especial. Año I N° 6*, pp. 309-333.