

LA PROTECCIÓN DE LA ÉTICA PÚBLICA

POR EL DERECHO¹

Académico Héctor A. Mairal

de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Que el derecho deba proteger la ética pública parece algo obvio: el régimen jurídico por el que se rige una comunidad organizada debe defender, fundamentalmente, los valores básicos de la comunidad, y la ética es uno de ellos.

En nuestro país, tal protección se ha buscado, tradicionalmente, por medios disuasivos, o sea sancionando las violaciones, las que son consideradas delitos y por lo tanto están incluidos dentro de las figuras previstas por el Código Penal con las correspondientes penas, que en algunos casos llegan hasta los diez años de prisión. Posteriormente, ante la dificultad de poner en evidencia el cohecho, se agregó la inversión de la carga de la prueba, de modo de obligar al funcionario a justificar sus ingresos patrimoniales operados durante el ejercicio de la función pública bajo pena de

¹ Conferencia pronunciada en el acto interdisciplinario por el Centenario de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, 12 de mayo de 2014. Miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

considerarse que los incrementos no justificados constituyen el producto de operaciones ilícitas.

Visto que la Argentina se ha mantenido durante años entre las naciones que peores calificaciones reciben en materia de transparencia y corrupción, es necesario concluir que los mecanismos recién descriptos no han sido exitosos.

Por ello hemos pensado que los métodos disuasivos que se viene de mencionar, cuya aplicación estricta y continuada no podemos sino apoyar, debieran complementarse con otros de índole preventivo, o sea que procuren evitar las violaciones a las normas de ética pública reduciendo las oportunidades para que ellas tengan lugar.

Desde este último punto de vista, el derecho argentino demuestra una faceta muy preocupante, dado que en lugar de disminuir las ocasiones de corrupción, como veremos, las aumenta innecesariamente, especialmente en estos últimos años.

Para comprobar este aserto debemos, ante todo, distinguir entre dos tipos de corrupción: la voluntaria y la inducida o involuntaria. La primera es aquella en que incurre un particular que desea obtener del Estado algo que no le corresponde, o que no está seguro de que le corresponda (caso del oferente en una licitación). La corrupción inducida o involuntaria, por el contrario, es aquella en la que incurre un particular que desea obtener lo que sí le correspondería en derecho pero no puede lograrlo por medios lícitos, o sólo puede lograrlo tardíamente, lo que en la práctica a veces puede significar lo mismo.

La inducción puede ser expresa, pero también puede darse implícitamente cuando la práctica viciada del organismo es conocida por todos los interesados.

Estos son conceptos puros, que en la práctica pueden mezclarse. Así, si en un puerto hay funcionarios que exigen pagos indebidos para declarar a cada barco sanitariamente apto, los armadores de países que castigan criminalmente el pago de sobornos en el extranjero abandonarán el tráfico, mientras que aquellos que no están sujetos a similar sanción pueden llegar a convenir con los funcionarios involucrados que la revisión sanitaria no sea todo lo estricta que debiera ser.

La corrupción inducida es mucho más frecuente de lo que se cree. Cada vez hay más oficinas administrativas que exigen o aceptan pagos para resolver favorable y rápidamente a favor del particular trámites en los que no existe razón alguna para rechazar lo solicitado. Recientemente se han multiplicado los trámites y registros que deben cumplir los particulares, algunos repetitivos y en algunos casos opresivos. Requisitos formales que tradicionalmente resultaban de mero trámite y que eran aprobados sin cuestionamientos, ahora están sujetos a demoras irrazonables o llegan a paralizarse para quienes no aceptan pagar el soborno. No hay denuncias porque los particulares, aunque no caigan en esas prácticas, temen las represalias, especialmente frente a aquellos organismos a los que deben concurrir asiduamente.

Si bien la cuantía individual de los sobornos puede ser baja en comparación con la que se observa en otras áreas del Estado (por ejemplo, en materia de contrataciones públicas), al ser repetitivos pueden ascender a cifras importantes. En el caso de la revisión sanitaria de barcos que se acaba de mencionar podrían llegar a millones de dólares por año.

La corrupción involuntaria tiene un efecto deletéreo múltiple y expandido. En primer lugar, aumenta el número de particulares que incurre en la práctica incorrecta, con lo cual reduce el énfasis en la lucha contra el flagelo porque muchos se sienten cómplices y temen ser descubiertos.

Además, difunde la malsana pero muy difundida actitud de buscar el cargo público no para servir a los ciudadanos sino para enriquecerse. Castiga a los honestos a quienes puede llegar a excluirlos de nuestros mercados como en el caso mencionado de sanidad en los barcos. Frecuentemente, desemboca en la cruel paradoja de que se controle sólo a los correctos como lo prueban los cotidianos ejemplos que ofrece la prensa de operaciones que deberían haber sido denunciadas por sospechosas pero que, por afectar a personas con importante peso político, no lo fueron, o fueron investigadas muy someramente sin llegar a sanción alguna.

Por todo ello, la corrupción involuntaria destruye la confianza de los particulares en el Estado y no puede considerarse un fenómeno menor.

Pues bien, existen mecanismos que pueden reducir las oportunidades para que se desarrolle la corrupción involuntaria. En síntesis, ellos consisten en acotar la casi absoluta discrecionalidad con que hoy cuentan los funcionarios públicos para regular, y aún para oprimir, a los particulares.

Veamos algunos de ellos.

En primer lugar, deben eliminarse en todo lo posible las exigencias de autorizaciones previas para realizar determinados actos. Cada una de esas exigencias constituye una ocasión propicia para solicitar sobornos. Con ellas se demora y entorpece la actividad privada y, frecuentemente, no se controla a quienes sí se debería controlar. Así respondieron las autoridades chilenas a un grupo de consultores argentinos que habían sugerido requerir autorizaciones previas para desarrollar una industria determinada: “En Chile hemos aprendido que, en lugar de pedir autorizaciones previas que fomentan la corrupción, debemos establecer regímenes generales a los que se pueden acoger directamente quienes cumplen las condiciones

establecidas. Y si se acogen sin haberlas cumplido y son detectados, son castigados.”

Allí donde no sea posible dispensar del requerimiento, se debe establecer la regla del “silencio positivo”, es decir, que la falta de negativa expresa durante un lapso determinado equivalga a autorización. Ello porque si el Estado establece un requisito a ser cumplido por los particulares para que éstos puedan desarrollar sus actividades, debe proveer los medios para que la administración cumpla con celeridad la intervención que el mismo Estado le requiere. El plazo así establecido no debe ser prorrogable más allá de un cierto límite, pues de lo contrario se produce la corruptela de suspender su transcurso con reiterados pedidos de información adicional.

Otro importante factor de corrupción lo constituyen los reglamentos que establecen requisitos tomados de las naciones más adelantadas pero frecuentemente exagerados para nuestro medio y por ende incumplibles por la gran mayoría de quienes actúan en una industria determinada. Ello porque en nuestro país la norma jurídica no impone un mínimo de conducta que se exige cumplir a todos, sino que se dicta con un propósito de mejoramiento social, como una meta que deberá alcanzarse en el tiempo. Una de las consecuencias de esta actitud es colocar a gran parte de la población en situación de incumplidora de las normas, recordando así al personaje de “La Rebelión de Atlas” que sostenía que sólo se puede conducir una sociedad dictando normas que nadie pueda cumplir para entonces mantener sometidos a todos los habitantes con la amenaza de castigos.

Pues bien, un posible remedio a esa práctica sería exigir que se dé a publicidad la intención de dictar las normas reglamentarias y se celebre una audiencia pública con oportunidad para los particulares de efectuar comentarios sobre las normas propuestas, los cuales deben ser tomados en

cuenta por el organismo. Tal es el sistema que existe en los Estados Unidos.

Vinculado con lo anterior está la admisión de la defensa del incumplimiento tolerado y general. El dictado de normas de cumplimiento imposible o muy gravoso va frecuentemente unido a la tolerancia masiva frente a sus violaciones, pues de lo contrario se correría el riesgo de paralizar toda la actividad regulada. Ello permite, entonces, sancionar a un particular determinado a quien se selecciona con criterios que pocas veces tienen que ver con el interés público. El fenómeno es tan generalizado que ha recibido un nombre: el de las “vedettes penales”. La defensa que proponemos no es aceptada en la práctica, dado que los tribunales por lo general consideran que el control es de por sí laxo y que no deben ser los jueces quienes contribuyan a una mayor laxitud.

La fijación de plazos para las concesiones de servicios públicos constituye otra fuente de corrupción, como quedó demostrado en nuestro país con el caso de la CADE en la década de 1930. Cabe preguntarse por qué es necesario ese plazo, y si no es preferible el sistema norteamericano que permite la continuidad del prestador mientras cumpla con sus obligaciones. No se contesta a esta propuesta con el argumento que es usual pactar que al finalizar la concesión el prestador debe entregar sus bienes sin cargo a la administración, pues tal cláusula sólo significa que los usuarios deben pagar un suplemento de tarifas durante toda la vida de la concesión para que el prestador pueda amortizar totalmente sus inversiones. Ello porque la tarifa debe contemplar no sólo una ganancia razonable para el concesionario sino también el recupero de la inversión que haya efectuado, por lo cual una vez amortizados la casi totalidad de esas inversiones, si no son necesarios nuevos aportes de capital, la tarifa debe bajar. O sea que los usuarios le “regalan” los bienes al Estado al final de la concesión y, si éste

mantiene el mismo nivel tarifario del concesionario sin realizar nuevas inversiones (como muchas veces ocurre), percibe una ganancia suplementaria que no se la habría reconocido al prestador anterior.

Otra circunstancia que influye en la expansión de la corrupción la constituye la práctica frecuente de dictar normas administrativas redactadas en forma confusa o ambigua, lo que permite al intérprete (o sea a la misma administración, en primer lugar) una gran discrecionalidad en la interpretación.

Unidas a dicha práctica, y coadyuvando al mismo efecto, tenemos las sanciones draconianas para las violaciones de normas administrativas que en muchos casos igualan, y aun exceden, las que establece el Código Penal para los principales delitos y que la administración pretende aplicar aun en casos donde existen dudas razonables sobre la interpretación y el alcance de las normas en cuestión. Idéntico comentario merecen los intereses usurarios que cobra el fisco: 3% mensual aun tratándose de deudas por impuestos de aduana que se pretende cobrar en dólares.

Estas prácticas pueden remediarse muy fácilmente: basta con aplicar en el derecho administrativo la regla *contra stipulatio rem* según la cual, en caso de duda, debe interpretarse la norma en contra de la posición de quien la redactó. Con ello se sanciona al autor de la ambigüedad, induciéndolo a ser más claro en su redacción. Además, está de acuerdo con la concepción moderna que limita las sanciones a los casos en que la existencia de la infracción no depende de interpretaciones discutibles sobre la norma presuntamente violada.

Todas las prácticas descriptas al comienzo, y que podrían reducirse con las sugerencias expuestas, tienen un resultado común: la indefensión jurídica de los particulares frente al Estado. Debido a dicha indefensión, la

corrupción tiene hoy, en Argentina, un campo fértil para desarrollarse y ello ocurrirá bajo cualquier gobierno mientras no se modifique el régimen jurídico.

Bien se ha dicho que la corrupción sigue al poder como la sombra sigue al cuerpo. Otorguemos, pues, protección jurídica efectiva a los particulares aplicando, entre otros, los remedios sugeridos en el presente, y veremos cómo disminuye la corrupción.