

Convención Interamericana contra la Corrupción*

Por Agustín A. Gordillo

1. Introducción

La Convención Interamericana contra la Corrupción¹ tiene una larga prosapia en el derecho norteamericano² del cual proviene³, aunque no han faltado voces menores clamando por ella⁴.

Luego de la caída del Estado de bienestar⁵ producida por los condicionamientos económicos y financieros⁶ que se agravan en un entorno supranacional⁷, y ante los excesos de la potestad reglamentaria que pretenden tender un manto de confusión sobre muchos de estos males, como así también, la vinculación del crimen organizado y el narcotráfico que son no ya sólo una amenaza a los derechos humanos sino al Estado mismo, es casi un silogismo el que lleva a la necesidad de atacar a la corrupción y otros fenómenos que se vinculan a ella, en especial el gasto ineficiente o dilapidador. Allí aparece la Convención Interamericana contra la Corrupción⁸ con carácter supranacional⁹.

Tal como ha sido dictada, tendrá seguramente efectos propios en su ámbito específico que es el penal y penal internacional, con sujeción a la jurisdicción extranjera de la miriada de delitos que la rodean. El propósito de este comentario es destacar que, sin perjuicio de su importancia penal, contiene también una suerte de revolucionario corte transversal de las instituciones de derecho administrativo.

* Artículo realizado sobre la base del publicado en el sitio web: <http://www.gordillo.com>.

¹ Ley 24.759, sancionada, 4/12/96; promulgada de hecho, 13/1/97; publicada, BO, 17/1/97.

² Un explicación del régimen norteamericano puede encontrarse en Cincunegui, Juan B. - Cincunegui, Juan de Dios, *La corrupción y los factores de poder*, Bs. As., Fundaplan, 1966.

³ Gordillo, Agustín A., *Comentarios al Proyecto de Ley de Contratos Públicos*, "Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública", n° 182, p. 8 y ss.; se trata de la ley sobre prácticas corruptas en el extranjero –*Foreign Corrupt Practices Act*– de 1977, que complementa la ley contra la mafia o ley sobre organizaciones corruptas y negocios ilícitos –*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*– (ley RICO), 18, U.S.C., sec. 1962, et. seq.; otra ley contempla la confiscación lisa y llana de todos los sobornos (18, U.S.C., sec. 3666), sin perjuicio de otras figuras penales concurrentes. Ampliar en Cincunegui - Cincunegui, *La corrupción y los factores de poder*, p. 51 a 70.

⁴ Gordillo, Agustín A., *Una reflexión actual*, en "El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana", Madrid, Fundación BBVA-Civitas, 1997, p. 263 y siguientes.

⁵ Gordillo, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, 8ª ed., Bs. As., Fundación Derecho Administrativo, p. III-22.

⁶ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, p. IV-1.

⁷ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, p. VI-1.

⁸ Y si algún escéptico argentino estuviera dispuesto a apostar a que ningún gran corrupto ni narcotraficante terminará preso por esta ley, debiera pensar si hará la misma apuesta a que ningún funcionario quede atrapado en la malla de infracciones menores en la constelación de delitos e infracciones que conforman el nuevo sistema preventivo y represivo.

⁹ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, p. VI-15.

Estas normas modifican explosivamente el régimen de la ley de administración financiera del Estado¹⁰; reforman sustancialmente los regímenes de contrataciones públicas, los deberes y facultades de los agentes públicos y entes reguladores en la tutela de los derechos de los usuarios y consumidores; alcanzan a los organismos de control, como la Sindicatura General de la Nación y la Auditoría General de la Nación o la Defensoría del Pueblo de la Nación; modifican el régimen jurídico básico de la función pública, la responsabilidad penal constitucional del art. 36, la ley del cuerpo de abogados del Estado y el decreto ley de procedimiento administrativo¹¹; modifican el régimen de las facultades regladas y discrecionales de la Administración¹²; inciden en la relación con los usuarios de los concesionarios y licenciarios en situación de monopolio o exclusividad en la prestación de servicios públicos¹³; tienen efectos sobre la ganancia de éstos que exceda límites objetivos justos y naturales, etcétera.

La Convención Interamericana contra la Corrupción afecta el desempeño de la función judicial que debe hacer aplicación operativa de estos principios, al igual que debe hacerlo de los demás tratados internacionales. Reafirma el principio de que no hay motivos políticos (art. XVII) que puedan servir de pedidos de asilo, pero de allí fluye que tampoco cabe invocar la razón de Estado o las supuestas cuestiones políticas no justiciables para el incumplimiento del deber de revisión judicial. Aclara que no hace falta que exista perjuicio fiscal para que haya corrupción (art. XII), con lo cual termina con el argumento de las donaciones voluntarias de empresas privadas.

Los funcionarios electos –senadores, diputados, concejales, etc.– son asimismo alcanzados por sus normas, con lo cual el derecho político y constitucional queda a su vez transformado.

A su vez, ante el hecho que los fiscales han perdido la independencia que antes tenían, más la falta de potestad punitiva del juez penal sin acusación fiscal, aun con querellante privado, como así también la pasividad de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, el país da el paso de someterse a la jurisdicción extranjera. El derecho procesal de la investigación administrativa queda así transmutado sustancialmente.

Finalmente se comienza a comprender que la constelación de delitos y fallas e intersticios¹⁴ del sistema que suelen rondar a la corrupción terminan por socavar los

¹⁰ Al *exigir*, según veremos, la equidad y eficiencia de la inversión, algo totalmente nuevo en nuestro país. El cumplimiento de todos los controles formales, incluso la autorización legislativa, ya no es suficiente cobertura de legalidad para el gasto.

¹¹ Pues los abogados del Estado, impedidos antes de ahora de objetar la eficiencia del gasto público y constreñidos a observar si se habían cumplido los pasos formales de autorización del gasto y procedimiento de gastarlo, encuentran ahora que tienen un nuevo e importantísimo deber jurídico: dictaminar acerca de la legitimidad del gasto en el sentido de *eficiencia, publicidad y justicia o equidad*. No es menor la tarea que les espera, pero al menos cabe destacar que su rol controlante en la vida del Estado se revitaliza sustancialmente.

¹² Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, p. X-9.

¹³ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, p. XI-19.

¹⁴ Como los hemos denominado al tratar de la deuda externa (Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, p. II-19, y *Después de la reforma del Estado*, Bs. As., Fundación Derecho Administrativo, 1996, p. IV).

propios cimientos del Estado, con lo cual la cooperación internacional en la pretensión punitiva deviene indispensable.

No estamos ante una reforma de la profundidad de la Constitución de 1994, desde luego, pero sin duda es el acontecimiento institucional más importante desde que se dictó dicho cuerpo normativo.

Por tales razones y aun prescindiendo del impacto penal específico de la Convención, pensamos que en los países alcanzados por sus normas corresponde incorporar su análisis como uno de los temas generales del derecho administrativo positivo¹⁵. Y es posible que esta innovación normativa no quede limitada a América, pues se está gestando una convención *internacional* contra la corrupción que puede tener similares efectos en todos los países del mundo civilizado¹⁶. Es pues urgente, muy urgente, que los abogados conozcamos sus normas y principios.

2. Criterios interpretativos

a) Las primeras dudas

Ciertamente el abogado argentino que se adentre en los caminos de la Convención Interamericana contra la Corrupción tendrá plena justificación emocional en sentirse de algún modo nuevamente frustrado y amenazado, una vez más todo lo que aprendió está en tela de juicio, otra vez la facultad no sirve de nada. El derecho que con toda naturalidad “sabía” ahora cambió y por ende no lo “sabe” más¹⁷.

Ello pasa con cada cambio profundo de legislación, ocurrió con el decr.ley 19.549/72, que tardó más de diez años en ser conocido y aun más en ser aplicado; está ocurriendo con la Constitución de 1994, que muchos interpretan de la forma más restrictiva imaginable a fin de intentar concluir que nada cambió del derecho argentino vigente. Conclusión irrazonable como pocas, pero bastante difundida.

Igual cosa puede afirmarse de la ley de defensa del usuario y del consumidor, que recientes pronunciamientos aceptan¹⁸. O de la personería en juicio de las asociaciones, registradas o no, para la defensa de derechos de incidencia colectiva, y no solamente en amparos, sino también en acciones declarativas de inconstitucionalidad¹⁹ y

¹⁵ No se trata pues de análisis administrativos, sociológicos, políticos, etc., del tipo que hemos hecho en *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1995, y en *L'amministrazione parallela. Il "parassistema" giuridico-amministrativo*, vol. 20, Milán, Giuffrè, 1987.

¹⁶ Lo hemos propiciado casi al mismo tiempo que la Cumbre de Presidentes de América, proponiendo también la creación de organismos internacionales de aplicación, ver de nuestra autoría, *Una reflexión actual*, en “El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana”, Madrid, Civitas, 1997, p. 263 y siguientes. Tal vez le llegue el turno a esa idea.

¹⁷ Esto lo sufren más los abogados jóvenes o de mediana edad. Los mayores ya sabemos que el derecho cambia constantemente y nada de lo que aprendimos en la universidad se encuentra ya igual. Seguir estudiando es una realidad de la vida de cualquier profesional activo.

¹⁸ CNFedContAdm, Sala V, 9/5/97, “Consumidores Libres Coop. Ltda. y otro c/Presidencia de la Nación y otro”, LL, 1997- F-265.

¹⁹ CSJN, 22/4/97, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/Provincia de Buenos Aires y otro s/acción declarativa”, LL, 1997-C-322. La asociación en cuestión es considerada legitimada para ejercer acciones por derechos de incidencia

procesos de conocimiento²⁰.

No debe, pues, sorprendernos que la Convención tenga elementos y principios que destruyen o invalidan parte de nuestro conocimiento, que tornen falsas, a partir de ahora, piezas de información jurídica que antes poseíamos, y que las nuevas eventualmente nos disgusten por alguna razón, eso es normal en el progreso de cualquier ciencia²¹. Debemos aprender a superar nuestra búsqueda de la certidumbre y estabilidad informativa, que es más cómoda, para reconocer que otra vez existe un nuevo derecho vigente. Como en la frase de Goethe²², el viejo derecho muere y se transforma, deviene nuevo derecho. El desafío vital a cada uno de nosotros es *devenir*, no *morir* intelectualmente con el derecho y los libros atados a un pasado obsoleto y ya no más vigente ni viviente.

b) Derechos humanos

Por de pronto, hay una cuestión de encuadre que debe analizarse: si la Convención cabe ubicarla dentro de las de integración previstas en el art. 75, inc. 24, o si en cambio corresponde emparentarla con las del inc. 22 del mismo art. 75. No se trata de una cuestión de categorías, sino de dónde buscar analogías interpretativas.

En nuestro modo de ver el tema, no pareciera encontrarse en la Convención nada propio de los tratados de integración, porque no hay organismos supranacionales y el objetivo no es realmente la integración económica.

Hay en cambio mucho de conexidad con los tratados de derechos humanos. Algunas vinculaciones son si se quiere sintomáticas, la Convención en estudio tiene un artículo de desarrollo progresivo como también lo tiene la Convención Americana de Derechos Humanos; el artículo que admite la jurisdicción extranjera (y no solamente internacional) coincide en número con el art. 5° de la Convención contra la Tortura, que admite igual jurisdicción extranjera.

También resulta obvio que los recursos que un país dispone para el desarrollo progresivo de los derechos económicos y sociales se ven notoriamente disminuidos por la pérdida de recursos estatales genuinos a través de la corrupción.

Un manejo más honesto, eficiente, público, honorable, adecuado, etc., de los fondos públicos puede significar una mejor atención de algunas de las funciones sociales que el Estado a veces cumple y también le libera fondos para atender sus clásicas funciones básicas de seguridad y justicia. El acceso a la justicia, un derecho

colectiva, no solamente en el amparo que prevé el art. 43 de la Constitución, sino también por una acción declarativa de inconstitucionalidad, pues “el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que [esta Corte] explícitamente ha admitido... como medio idóneo –ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional– para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional”.

²⁰ Ver de nuestra autoría, *Derechos de incidencia colectiva*, en “El derecho administrativo argentino, hoy”, Bs. As., Ciencias de la Administración, 1996, p. 274 y siguientes.

²¹ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, p. I-1.

²² *Stirb und werden*, morir y devenir.

humano básico²³, se desgrana cuando los fondos del Estado se desvían hacia donde no deben.

También hay una conexión expresa en el preámbulo de la Convención con los delitos de crimen organizado y narcotráfico, que amenazan la existencia misma del Estado como órgano eficiente e independiente, ello nos lleva a la cuestión del Estado y su función en materia de seguridad pública, desde el extremo del terrorismo de Estado hasta las situaciones de un Estado demasiado débil y anárquico como para asegurar el orden público. En ambos casos, vidas y bienes, pierden tutela efectiva.

Estas reflexiones nos llevan al meollo interpretativo que plantea objetivamente al intérprete la Convención: ¿cabe interpretarla con los criterios restrictivos del clásico derecho penal legislado internamente, o existe un margen de interpretación extensiva diferente al derecho penal interno y más próxima al derecho penal propio del crimen internacional?

Nuestra respuesta se inclina por la segunda alternativa, a la luz de las consideraciones precedentes del tipo de valores jurídicos que se hallan en juego y que amenazan, en su lado más extremo, la existencia misma del Estado como entidad viable en la sociedad y no mera fachada de grupos de interés del crimen organizado y la corrupción que la Convención tan claramente vincula también al narcotráfico.

c) Derecho administrativo. Operatividad de sus principios jurídicos

La redacción del art. III ofrece la singularidad propia de otras convenciones internacionales que parecen, solamente parecen, dar meras pautas para el dictado de legislación interna sin la cual no resultarían operativos. Es fácil –y superficial– desechar así estas normas y darles carácter meramente programático y por ende no exigible. Ya lo hizo una vez la Corte Suprema de Justicia Nacional con el caso “E., F. E.”²⁴.

Pero es cierto que finalmente en “Ekmekdjian” hubo de reconocer que no podía dejar *sine die* la norma sin vigencia por falta de norma interna reglamentaria; como lo es también que las obligaciones las asumen los Estados partes a través de sus tres órganos, no solamente de sus poderes legislativos, ante la ausencia de norma reglamentaria, el Poder Judicial puede y debe igual resolver los problemas por aplicación directa de la norma superior, como lo hizo hace décadas la Corte Suprema en “Kot” y “Siri”²⁵.

Por lo demás, es harto conocida en el mundo jurídico del derecho administrativo la existencia de principios jurídicos, conceptos jurídicos indeterminados, principios generales del derecho, etc., que si bien no establecen pautas regladas de conducta son de todas maneras obligaciones jurídicas que los individuos deben respetar y los jueces aplicar.

²³ Ver, entre otros, Berizonce, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia*, prólogo de Mauro Cappelletti, La Plata, Platense, 1987 y sus referencias.

²⁴ Que comentamos en Gordillo, Agustín A. - Gordo, Guillermo A. - Loiano, Adelina - Flax, Guillermo - López Alfonsín, Marcelo - Tambussi, Carlos E. - Ferreira, Marcelo - Pérez Solla, María F., *Derechos humanos*, 4ª ed., Bs. As., Fundación Derecho Administrativo, 1999, p. VIII-36 y IV-2.

²⁵ Ver Gordillo y otros, *Derechos humanos*, p. II-28.

Esa clase de principios generales del derecho, principios jurídicos, conceptos jurídicos indeterminados que son, desde siempre, tradicionalmente aplicables por los jueces, aparecen por doquier en la Convención.

d) Normas concretas

En cualquier caso, hay muchas normas que no requieren legislación para ser aplicadas, así la definición amplísima de funcionario o empleado público, que incluye funciones de carácter electivo, honorario, etc. (art. I). A los efectos de determinar a quiénes resultan aplicables los principios jurídicos del art. III no podemos recurrir a definiciones internas de agente público, debemos naturalmente tomar las que dimanen del propio art. I de la Convención.

e) Los dilemas de la aplicación

Algunos se preguntarán ¿cómo voy a resolver en un caso concreto si se ha violado la norma de honorabilidad, integridad, uso adecuado y preservación de recursos públicos, justicia o equidad, publicidad, eficiencia? Es lo mismo que preguntar ¿cómo sabré si se ha actuado con mala fe, abuso del derecho, abuso de posición dominante, desviación de poder, lesión o mala praxis?

Es formularse la pregunta fundamental de qué es el derecho y cómo se decide en derecho. Digámoslo una vez más en palabras ajenas²⁶: ha sido, es y será siempre, una ciencia de casos singulares y concretos, en la cual la única regla es que no hay ninguna regla, sólo grandes principios, y todo depende del análisis de los hechos y la prueba. Quien no comprenda eso y busque lo absoluto de la norma reglamentaria²⁷, no ha entendido aún qué es el derecho.

f) La bagatela y el principio de razonabilidad

La Convención debe aplicarse con razonabilidad y adecuación de medio a fin, no en bagatelas o cuestiones insignificantes que distraen la atención de los asuntos mayores. No busquemos los “ladrones de gallinas” sino los delincuentes o malos inversores de fondos públicos dotados de entidad, ello es fácil, se mide por el monto de la contratación. No incurramos en el viejo y conocido truco del ex Tribunal de Cuentas de la Nación: lo grande pasaba, lo chico se objetaba²⁸.

Algunos lápices mal comprados, caros e innecesarios, entran dentro del principio penal de la “bagatela” o del administrativo de la “falta de proporcionalidad”, no es para esas pequeñas cosas que se dicta, ni se puede interpretar que se dicta, una convención interamericana.

²⁶ Ver el desarrollo del capítulo I en Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1; además, Gordillo, Agustín A., *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1995 y sus respectivas remisiones.

²⁷ Sobre la exacerbación y arbitrariedad de las normas reglamentarias ver Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, p. VII-20.

²⁸ Como lo explicó un ex miembro de dicho Tribunal (Regodesebes, José R., *El control público*, Bs. As., Fundación Derecho Administrativo, 1984).

Debemos pues aplicarla especialmente en las grandes contrataciones, a los grandes asuntos. Se trata entonces de buscar y castigar los actos públicos de sustancial deshonor, ineficiencia, dilapidación y no preservación de recursos públicos, las grandes muestras de falta de integridad, los grandes actos de injusticia, etcétera.

3. Nuevos principios de derecho administrativo supranacional

El derecho administrativo viviente conoce sobradamente tanto los principios jurídicos como los conceptos jurídicos indeterminados, a los cuales por lo general da carácter de facultad reglada de la Administración.

Encontramos así el abuso del derecho, la buena fe, la lesión, la equidad en el derecho de daños²⁹, la desviación de poder y tantos otros³⁰.

Debe tenerse presente que algunos de ellos son de naturaleza constitucional (razonabilidad, igualdad) y muchos de carácter universal: derecho anglosajón, continental europeo, derecho comunitario europeo (el *substantive due process of law* y sus derivados, su origen inglés de la *natural justice*³¹ y su equivalente de la razonabilidad, proporcionalidad³², en los derechos continentales europeos³³; lo mismo ocurre en el derecho argentino³⁴, brasileño³⁵ y también en el derecho supranacional latinoamericano³⁶).

Es fundamental destacar una fuerte limitación a la discrecionalidad administrativa que la Convención incorpora al derecho supranacional, ergo también interno, varios nuevos principios o conceptos jurídicos vigentes, que son obligatorios para todos los agentes públicos nacionales, provinciales y municipales, rentados y *ad honorem* u honorarios, especialmente en materia de contrataciones públicas, la *publicidad*, la *equidad* y la *eficiencia*; no se trata de “palabras” sin connotación jurídica, son principios jurídicos indubitables cuyo incumplimiento comporta violación del orden jurídico interno y supranacional. Veremos aquí algunos de ellos.

²⁹ Ver, por ejemplo, Brebbia, Roberto H., *La equidad en el derecho de daños*, LL, 1997-B-1140.

³⁰ Nos remitimos al efecto a Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, p. X-23.

³¹ Ver, por ejemplo, Wade, H. W. R., *Administrative law*, 5ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 353 y siguientes.

³² Para el derecho francés, ver Braibant, Guy, *Le principe de proportionnalité*, en “Mélanges Waline”, Paris, Dalloz, 1974, p. 297 y siguientes.

³³ Para un análisis comparativo del derecho francés y del *common law* en materia de debido proceso sustantivo, ver Schwartz, Bernard, *French administrative law and the common law world*, Nueva York, University Press, 1954, p. 211 y siguientes. Para el derecho belga, ver Perelman, Chaïm, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984.

³⁴ La obra clásica en la materia es la de Linares, Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2002.

³⁵ Ver, por ejemplo, Ataliba, Geraldo, *Eficacia dos princípios constitucionais*, “Revista de Direito Público”, n° 55/6, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 167; *Poder regulamentar do executivo*, “Revista de Direito Público”, n° 57/8, San Pablo, Revista dos Tribunais, p. 199 y 200; Bandeira de Mello, *Ato administrativo*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 85.

³⁶ Tales principios se hallan recogidos en el Pacto de San José de Costa Rica (Gordillo y otros, *Derechos humanos*, p. II-10).

4. La publicidad

Una cosa es que deba hacerse licitación pública en determinados supuestos y pueda prescindirse de ella en otros, materia que está regulada por la legislación administrativa ordinaria. Otra cosa muy diferente es que ahora debe darse a *publicidad* (o sea, publicarse de manera idónea para su conocimiento por el público) *toda contratación administrativa* (hecha con licitación o sin ella, legal o ilegalmente), lo cual implica como mínimo la *publicación* en el Boletín Oficial de la Nación de las *adjudicaciones* y su *precio* y *especificaciones*, como así también del *precio final* de un contrato una vez terminada su ejecución.

Incluso en una contratación directa la Administración, antes de realizarla, tiene la obligación de hacer una audiencia pública³⁷ en la cual los terceros interesados puedan hacer sus objeciones, a fin de considerarlas en el acto decisorio. No pierde con ello la Administración la facultad de contratar directamente, pierde la facultad de hacerlo en secreto y sin debate. La contratación directa que conocíamos queda a nuestro juicio modificada para siempre con esta norma.

Igualmente se ve afectada por esta disposición la ocasional práctica del Boletín Oficial de omitir la publicación de los anexos de un decreto o resolución, ello resulta violatorio desde antes al principio republicano de transparencia de los actos estatales, y desde ahora además al principio supralegal y supranacional de publicidad.

Nadie tiene autoridad jurídicamente existente o suficiente para omitir la publicación de los anexos, que como cualquiera sabe son siempre el verdadero meollo de la cuestión. Es lo mismo, *mutatis mutandis*, que dictar una ley secreta.

Ello permite las comparaciones objetivas de precios por la opinión pública y los organismos de control, como así también el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de usuarios y consumidores al amparo de la ley de protección de dichos usuarios y consumidores. Esta forma de participación y control ciudadano de la eventual violación estatal de los principios jurídicos de la contratación pública es un elemento fundamental del sistema actual, tal como se viene a integrar con el art. III, inc. 5° de la Convención. Hacen falta, eso sí, asociaciones de ciudadanos y organismos no gubernamentales que hagan las acciones pertinentes en el país³⁸ (y en caso de fracaso en el exterior).

5. La equidad

Para la generalidad de la doctrina la equidad viene a quedar equiparada a la justicia, aunque se suele reconocer su carácter sublegal en nuestro derecho civil, solamente cuando la ley la contempla puede el juez aplicarla³⁹.

³⁷ Acerca de su carácter constitucional y elementos básicos que la rigen nos remitimos a nuestro trabajo *El procedimiento de audiencia pública*, "Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública", n° 214, 1996, p. 5 y siguientes.

³⁸ No necesariamente el amparo —donde sin ambages se violan los pactos internacionales— está funcionando mejor por el momento y hasta nueva inconstitucional creatividad en contrario, la ley de defensa del usuario y del consumidor.

³⁹ Ver Brebbia, *La equidad en el derecho de daños*, LL, 1997-B-1140.

La Convención introduce aquí un cambio de suma importancia, pues es ahora una norma suprallegal la que impone que toda contratación pública debe ser equitativa o justa como condición de validez. La solución inequitativa o injusta no puede fundarse en norma alguna de derecho positivo nacional, pues ahora contraviene el derecho supranacional, al menos en esta materia. Ello significa, como mínimo, que una concesión o licencia de obras o servicios públicos debe tener tarifas justas y razonables, que den una ganancia razonable y no más al contratista, impidiendo la explotación del usuario. Lo contrario es violar el principio de equidad que la Convención impone.

Así, en el reciente caso “Telintar”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 22 de abril de 1997, el voto de Boggiano y Vázquez recuerda que “el derecho de las empresas prestadoras del servicio público de telefonía al mantenimiento de tarifas acordes con los costos de prestación, incluidas las inversiones, *más la utilidad justa y razonable que constituye su retribución; pues no es admisible sostener que les asista el derecho a obtener ganancias sin límite objetivo alguno*”⁴⁰.

6. La eficiencia

a) Entre 1853-1997

En nuestra clásica legislación de contratos administrativos se exigía solamente una obligación de medios: cumplir un determinado procedimiento de contratación (licitación pública, por lo general) y de adjudicación (la oferta más conveniente de las presentadas).

La Administración es responsable del proyecto⁴¹, salvo disposición expresa en contrario del pliego, lo cual liberaba al contratista de responsabilidad por la racionalidad de lo que se pide; más aun, el sistema antes de ahora vigente le amenazaba con rechazar su oferta por “inadmisible” y “condicionada” si tenía el atrevimiento de señalar que el objeto o proyecto era irracional, inadecuado, innecesariamente costoso, dispendioso e inútil. El derecho local le dejaba la única opción de no presentarse si no quería hacer ese proyecto, no pudiendo siquiera impugnar judicialmente la licitación en que no era parte.

En tales casos nos encontrábamos con obligaciones de medio, no de resultado, pues nada exigía la ley interna al agente público en cuanto al objeto mismo de la contratación y sus efectos para la sociedad, su relación costo-beneficio, su relación con precios internacionales, etcétera.

b) Desde 1997

Ahora la Convención, norma suprallegal operativa⁴², impone una *obligación de resultado*, cual es la *eficiencia* del gasto o inversión pública en la contratación esta-

⁴⁰ Fallos, 231:311; 258:322, consid. 6°, y Fallos, 262:555, consid. 10.

⁴¹ Art. 4° de la ley 13.064.

⁴² Ojalá la Corte Suprema no nos regale una reedición del penoso error de “E., F. E.”, comentado en Gordillo y otros, *Derechos humanos*, p. IV-1.

tal. Y parafraseando un gráfico fallo de derecho privado, no es suficiente con que el matrimonio sea legítimo y bien avenido (funcionarios *de iure*), se haya ocupado con dedicación y esmero en la educación y supervisión de sus hijos (licitación pública impecable, menor precio, mejor oferta, etc.), si el hijo resulta ser un vándalo (una obra inútil, cara, faraónica, etc.) se puede concluir, como cuestión de puro derecho y sin lugar a dudas ni prueba en contrario, que la gestión paterna (del funcionario) *no ha sido eficiente*⁴³. Es lo que algunos llaman responsabilidad objetiva o sin culpa, para no indagar la culpa que, *ope iuris*, subyace.

Por ende, *la ineficiencia es ilegal* y genera responsabilidad tanto en derecho de familia como en derecho administrativo interno e internacional, por contrariar en ambos casos el requisito que, en el segundo supuesto, exige el art. III, inc. 5° de la Convención.

Así como hace falta el dictamen jurídico y el informe técnico suficiente y razonable que justifiquen prescindir de la licitación pública en el caso de *urgencia*, así también la *eficiencia* de la contratación deberá ser materia de análisis específico mediante los informes que producirán los organismos técnicos *permanentes* de la Administración, y por el dictamen letrado igualmente del servicio *permanente* de asesoramiento jurídico. Desde luego, incurrirá en responsabilidad personal el funcionario que en funciones de asesoramiento letrado olvide analizar y recomendar lo pertinente en este nuevo elemento propio de la *legalidad* de la contratación administrativa.

No parece que pueda de ahora en más encararse válida o legalmente, sin incurrir en responsabilidad personal e institucional, una contratación pública de gran significación⁴⁴ sin el cumplimiento de tales recaudos previos. Lo expuesto es sin perjuicio de que en el caso de grandes proyectos públicos, emisión de normas generales, etc., el requisito constitucional de la audiencia pública se impone como recaudo adicional de validez⁴⁵.

7. Otros principios jurídicos. Innecesariedad de reglamentación interna para su inmediata operatividad

a) En general

El art. III, inc. 1° de la Convención exige un “correcto, *honorable* y adecuado cumplimiento de las funciones públicas”, evitar “conflictos de intereses”, “*asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos* asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones”, con actos que lleven “a preservar *la confianza en la integridad* de los funcionarios y en la gestión pública”.

⁴³ CCivCom San Isidro, Sala I, 31/10/96, “C., J. M. c/G. M., G. y otros”, LLBA, 1997-226.

⁴⁴ Un ministro de justicia que dudaba, entre otras cosas, de la eficiencia del gasto público en una proyectada cárcel, decía con serio humorismo que prefería algún día inaugurarla desde afuera, no desde adentro. No estamos seguros que los hechos del caso le dieran la razón, pero el razonamiento era impecable y resultó un vaticinio del derecho supranacional que se estaba gestando. O tal vez ya conocía la Convención suscripta y aún no publicada ni ratificada.

⁴⁵ Puede verse al respecto, Gordillo, *El procedimiento de audiencia pública*, en “Después de la reforma del Estado”.

Aunque estas y otras obligaciones aparezcan *prima facie* remitidas a las normas internas, su manifiesta claridad demuestra que son inmediatamente operativas, porque ninguna ley interna hace falta para saber que conceptos jurídicos indeterminados o principios jurídicos, tales como los enunciados, son perfectamente aplicables por la justicia nacional o en su caso extranjera. Ninguna norma reglamentaria hace falta para aplicar esa plétora de principios jurídicos.

No debe llamar a confusión que el art. III hable de medidas preventivas: son preventivas de la corrupción *stricto sensu*, pero son operativas.

b) Uso adecuado y preservación de recursos públicos

No existe, a partir de la Convención, discrecionalidad en el manejo de los fondos públicos: el gasto innecesario o superfluo, el no cuidar los bienes públicos como si fueran propios, el realizar proyectos inútiles, todo ello encuadra en las prohibiciones de la Convención.

c) Recaudación y control de los ingresos del Estado

También hay otras medidas como la destinada a crear “sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción” (art. III, inc. 6º) o crear “órganos de control superior” que pudieran parecer ahogarse en una expresión de buenos deseos por la falta de especificidad.

Sin embargo, otra lectura más afinada puede hacer concluir que los organismos de control de la corrupción (Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, fiscales en general) que no han adquirido aún jerarquía constitucional, tienen por esta norma supranacional la obligación internacional de perseguir y aplicar en el derecho interno las normas de la Convención, bajo pena de propia responsabilidad internacional.

A su vez, los órganos ya dotados de andamiaje institucional suficiente buscarán inútilmente si consideran que es en sus propias normas donde encontrarán respuesta adecuada a las preguntas que suscitará la aplicación en sus funciones de estos principios jurídicos supralegales: no se trata de facultades discrecionales que es necesario reglamentar internamente, no es necesario ni posible que una norma predetermine qué es una conducta honorable, íntegra, que preserve y use adecuadamente los recursos públicos, sin conflictos de interés, con adecuación, equidad, justicia, y eficiencia.

d) No es necesario probar perjuicio patrimonial al Estado

No es requisito producir un *perjuicio patrimonial* al Estado (art. XII) para que haya infracción a la Convención: la vieja austeridad republicana queda así muy emparentada a la honorabilidad que la norma jurídica supranacional impone como principio obligatorio de conducta personal.

e) Obligación de tener una conducta honorable

Para dar un solo ejemplo, que el funcionario se comporte de modo *honorable* implica que no haga ostentación ni vida de farándula, pues así como los jueces⁴⁶ y abogados son justamente criticados cuando lo hacen⁴⁷, así también la Convención les impone el mismo deber jurídico a todos los agentes públicos, incluso electivos.

Para alejarse del espectro de la corrupción es ahora obligatorio y no discrecional guardar una vida pública honorable y digna como manda el art. III, sin creer que la ausencia de normas internas exime del cumplimiento de tan claros y operativos preceptos supralegales.

8. Otros aspectos penales e internacionales de la corrupción

a) Introducción

Es ajeno al tema de esta obra tratar los aspectos penales de la Convención, por cierto de sumo interés, de todas maneras no estará demás señalar que un funcionario público no puede recibir regalos para sí o su familia bajo circunstancia alguna. Su propia condición de agente público le impide legalmente recibir regalos que no harán sino condicionar su conducta pública futura respecto al donante, exista o no cohecho al momento de la dádiva. El cohecho implícito de recibir los regalos primero y acordarse después es el viejo “cumplir con sus obligaciones”, que dentro del contexto de la Convención no cabe admitir.

Aquellos que el protocolo internacional obligue a recibir en ocasiones de visitas de Estado son automáticamente de propiedad del Estado nacional o provincial según corresponda. En otros países ha comenzado a desarrollarse la costumbre de instituir un museo con los regalos recibidos por cada jefe de Estado.

Ahora bien, si el Estado requerido no otorga la extradición ni tampoco somete creíblemente a proceso al individuo requerido, entonces el Estado requirente puede seguir adelante con el proceso y en su caso emitir la orden de captura internacional, que el país tal vez no honre como no lo hace con otras relativas a jurisdicciones extranjeras, pero que en cualquier caso compromete su responsabilidad internacional y limita la libertad de locomoción del imputado a las fronteras de su propio país, siempre que no lo vengan a buscar por el *male captus, bene detentus*.

La Convención impide también ampararse en el secreto bancario para negar la asistencia requerida.

La Convención no prevé la acción privada como impulsor de la lucha contra la corrupción –ley *Qui Tam*–, pero la ley de defensa del usuario y consumidor ha comenzado a ser aplicada con éxito, incluso contra el Estado, y ella admite acciones de clase en cabeza de las asociaciones en general, en la defensa de los derechos de incidencia colectiva que reconocen los arts. 42 y 43 de la Const. nacional, que

⁴⁶ Bielsa, Rafael (n.), *Juez no se nace, se hace*, “Clarín”, 24/4/97.

⁴⁷ Así, la solicitada del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, “La Nación”, 2/5/97.

ahora pueden ser extendidos a los derechos a una Administración eficiente, equitativa, que no dilapide recursos públicos, etcétera⁴⁸.

b) El preámbulo de la Convención y sus propósitos

Uno de los puntos novedosos que cabe prestar atención inicial reside en una parte inusual para nosotros en los textos legales: la enunciación de propósitos o fines de la Convención. Tan extraña no debiera resultarnos, con todo, pues constituye un preámbulo, del cual nuestra propia Constitución brinda un vivo recuerdo. Pero el preámbulo de la Convención apunta a cuestiones “gruesas” de nuestro tiempo. Ya en el cuarto párrafo los Estados miembros *reconocen a la corrupción como uno de los medios usados por el crimen organizado*. No debe olvidarse, al efecto, que al vincular *expresamente crimen organizado más corrupción*, no le queda muy distante el *narcotráfico* cuyo grado de peligrosidad interna e internacional no puede descuidarse; y la punta del ovillo puede estar a veces bajo el otro delito del *lavado de dinero*.

Con lo cual la sumatoria de delitos puede ser harto considerable, aun sin agregarles los de tortura y homicidio, que se potenciaron en “Álvarez Machaín”, con el resultado conocido⁴⁹.

No abramos pues los ojos con asombro cuando leamos que una ley de la Nación ha aprobado el preámbulo de la Convención, según cuyo sexto párrafo los Estados firmantes reconocen que la corrupción “tiene, en algunos casos, trascendencia internacional”, lo cual justifica entonces procedimientos de esta naturaleza. La primera pregunta que se impone es si nos encontramos ante un “delito internacional” que

⁴⁸ Ver nuestro artículo, *Derechos de incidencia colectiva*, en “El derecho administrativo argentino, hoy”, p. 274 y siguientes.

⁴⁹ El principio *male captus, bene detentus*: el reo ha sido mal capturado en su propio país (Noriega, Eichmann, etc.), pero está bien retenido en el país que lo capturó en el extranjero y le aplica su propia jurisdicción (“Estados Unidos v. Álvarez Machaín, Humberto”, *ED*, 148:156, con notas de Zuppi, Alberto L., *Los Estados Unidos de contramano: el voto de Rehnquist en el caso “Álvarez Machaín”*, *ED*, 148:155; Outeda, Mabel N., *El fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos como violatorio de la integridad territorial y de la soberanía de los Estados*, *ED*, 148:163; Bidart Campos, Germán J., *Secuestro de presuntos delincuentes en un Estado extranjero y juzgamiento en Estados Unidos*, *ED*, 148:170; Bianchi, Alberto B., *La Corte de los Estados Unidos ingresa a la lucha contra el narcotráfico*, *ED*, 148:173; Legarre, Santiago, *¿Es realmente monstruosa la sentencia Álvarez Machaín?*, *ED*, 148:187). Mas allá de la dogmática jurídica, es preciso advertir la importancia que en Estados Unidos de América tienen los hechos mencionados en la nota 1 del fallo (*ED*, 148:160) y en el primer párrafo del mismo fallo (el conjunto sinérgico de narcotráfico, corrupción, crimen organizado, tortura y muerte, etc., todo en un caso) y su cotejo con *Noriega* en Panamá, o *Eichmann* para Israel, *Argoud* para Israel y Alemania, etcétera. Los casos de genocidio, claro está, son un género en sí mismos: a nada se los puede comparar. Si bien nuestra doctrina reaccionó adversamente al fallo “Álvarez Machaín”, la opinión jurídica norteamericana no es tan desfavorable y nada hace pensar que no se haya de repetir la experiencia en el futuro, dada su antigua raigambre en el derecho norteamericano interno y clásico entre sus propios Estados “soberanos”. También los tribunales de California admiten su jurisdicción en materia de derechos humanos respecto de nuestro país, como en el caso “Siderman de Blake, Susana c/República Argentina”, transado en virtud del decr. 996/96. Allí, sin aplicarse el derecho penal sino el resarcitorio de daños, de todos modos se juzgaron hechos ocurridos fuera del país del tribunal, condenándose al país demandado por lo acaecido en su propio territorio.

abre la jurisdicción internacional⁵⁰. La segunda es si tal delito hace nacer la obligación que ya se anuncia en el art. V, inc. 3° *in fine* de extraditar o prometer perseguir al delincuente, sin perjuicio de la aplicación directa de la jurisdicción extranjera que prevén los arts. IV y V.

Los propósitos de la Convención también aparecen en su art. II en dos incisos: el primero busca promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir y *sancionar* la corrupción, y el segundo quiere promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados partes para prevenir y *sancionar* los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas. El fin *actual* y no sólo *potencialmente* punitivo es pues bastante claro y expreso en la Convención.

c) Omisión de depositar el instrumento de la Convención: la primera violación

Había, a mayo de 1997, un desfase temporal que puede tener efectos penales demorados, pero no creemos que alcance a los administrativos. En el mismo año de su firma la Convención se transforma en ley (promulgada de hecho) y en enero de 1997 se publica en el Boletín Oficial e incorpora al Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ)⁵¹, pero se encuentra demorado el trámite del depósito del tratado según las normas de la Convención de los tratados; no obstante, igual es aplicable en el derecho interno por haber sido ratificado por ley. Al menos, sería sumamente riesgoso en el plano individual jugarse la conducta contraria a la Convención bajo la presunta hipótesis de que ella será declarada no vigente al tiempo del hecho, incluso con posterioridad a la ley nacional de ratificación, máxime sabiendo que ahora se admite la jurisdicción extranjera de los hechos producidos en el país que tienen efectos en el exterior (arts. IV y V), un efecto clásico en el exterior es la inversión de dinero afuera de las fronteras del país.

La Cancillería, por su parte, haría un deslucido papel, siendo el primer órgano argentino en encuadrar en las normas de la Convención, pues las diversas doctrinas de actos no justiciables, actos de gobierno, actos institucionales, cuestiones políticas no justiciables, pertenecen todas al desván del derecho administrativo y no están destinadas a servir en el mundo que sigue. Lo *honorable*, como manda la Convención, es depositar el instrumento cuanto antes.

A los demás, sea o no honorable la conducta del país y la Cancillería en depositar o no prontamente el instrumento, toca en cualquier caso conocerla, estudiarla, *aplicarla en el plano interno*, y esperar su aplicación por jurisdicciones extranjeras en caso de violación. El estudio y difusión debemos hacerlo aquí y ahora, por el adagio de que el derecho se supone conocido por todos, pero no hay que olvidar su contexto supranacional, otros jueces de otros países también juzgarán.

⁵⁰ Considerando que es un delito que, en conjunción a los demás, amenaza la supervivencia misma del Estado como entidad efectiva de tutela de los derechos individuales, pensamos que la contestación afirmativa se impondrá.

⁵¹ Aunque este organismo, con la actitud propia de rechazo a todo lo nuevo y desconocido, incluyó en su registro informático solamente el articulado, no la Exposición de motivos de la Convención. Obviamente, la que vale es la publicación en el Boletín Oficial completa, y no la del SAIJ, inexplicadamente trunca.

Además, el Poder Ejecutivo o la Cancillería están incumpliendo una norma de ejecución de su derecho interno que, al ser violatoria de derechos humanos, abre a los individuos las puertas del reclamo internacional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵² o, en el derecho interno, la vía del amparo por mora de la Administración.

d) La jurisdicción externa sobre hechos internos

La Convención se aplica siempre que el acto imputado haya sido cometido o *produzca sus efectos en los Estados partes* (art. IV), con lo cual los delitos originados en nuestro país, cuyo resultado económico sea llevado a cualquier otro Estado parte, caen bajo la jurisdicción extranjera; también tiene injerencia el Estado parte del que el autor *tenga su nacionalidad o haya fijado su domicilio habitual* (art. V, inc. 2°), aunque el delito no haya sido cometido ni tenga efectos allí.

Nos parece fundamental destacar, como aspecto práctico que, por si hacía falta algún simbolismo, hasta el artículo que autoriza la jurisdicción extranjera sobre delitos cometidos en el país *coincide numéricamente con igual artículo de la Convención contra la Tortura* (arts. V y 5°, respectivamente).

Una hipótesis posible, tomando los procesos en Francia, Italia, España, basados en el art. 5° de la Convención contra la Tortura, puede preanunciar otros procesos en terceros países, basados en los arts. IV y V de la Convención Interamericana contra la Corrupción, con aplicación del derecho sustantivo que ya está en nuestro Código Penal y ahora en la Convención transnacionaliza e internacionaliza. Delitos, siempre lo fueron, la diferencia es que ahora los pueden juzgar otros países y no solamente nosotros.

También cabe advertir que el propio derecho penal interno, así como el externo, evoluciona hacia considerar competencia propia juzgar delitos cometidos en otros países pero que tienen efectos en el propio: es un arma de doble filo que puede sin duda ser utilizada por otros países, que juzgan que el lavado de dinero local resultante de operaciones delictivas foráneas, puede caer bajo la jurisdicción del país en el cual el dinero es lavado, que podrá juzgar entonces no solamente el final de la historia allende los mares sino también su comienzo de este lado del continente.

e) La retroactividad de la ley penal más gravosa

Según el art. XXV la entrada en vigor se produce el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación y para los Estados que se adhieran a ella regirá a los 30 días del depósito.

La Convención *se aplica a actos de corrupción cometidos incluso antes de la vigencia de la ley* en lo relativo a la cooperación procesal internacional (art. XIX) y no

⁵² Cuya fuerza en los últimos años hemos explicado en Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, p. VI-13.

está en conflicto con ningún otro tratado o instrumento que los Estados partes tengan vigente al momento de la entrada en vigor de la Convención (art. XX)⁵³.

Los tipos penales que contempla ya se encuentran en nuestro Código Penal, como también las agravantes y concursos reales de delito por crimen organizado.

No hay lesión alguna a los principios clásicos ni al debido proceso legal, el principio del juez natural, en una comunidad globalizada, es también supranacional⁵⁴.

9. Conclusión

Mientras el sistema penal argentino y extranjero deciden qué hacer con las violaciones penales alcanzadas por la Convención Interamericana contra la Corrupción, los funcionarios administrativos y magistrados judiciales harán bien en comenzar a aplicarla en el derecho administrativo.

No están los tiempos como para repetir los errores de ignorancia, negación e indiferencia cometidos con los tratados de derechos humanos y la propia Constitución de 1994.

Pues no se equivoque el lector ni el intérprete, la comunidad internacional tiene hoy fuerza para *exigir* su cumplimiento y en último análisis para *aplicar* ella misma sus sanciones.

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.

⁵³ Además, por el principio antiguo que la Corte Suprema recuerda en “Chocobar”, en 1996, las normas emanadas del Congreso como las de la Convención Constituyente en materia de tratados internacionales tienen la presunción de armonía y no contradicción. El principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa no sería aquí en materia sustantiva, pues esta plétora del delitos ya está tipificada en nuestra legislación, y nadie se puede agraviar de que otros nuevos tribunales puedan entender de delitos que cometió contrariando la propia legislación nacional.

⁵⁴ Ver Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, p. VI-1.