

**LA ÉTICA PÚBLICA: CONTENIDO Y LIMITE DE LA DISCRECIONALIDAD
ADMINISTRATIVA.**

EL ROL DE LOS CONTROLES ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL.

Dra. Miriam Mabel Ivanega

I. La preocupación por la ética pública

1. Introducción

El catedrático español Jesús González Pérez define a la ética pública como *el conjunto de normas morales que rigen la conducta del hombre en cuanto integrante de un pueblo o ciudad –en cuanto ciudadano, sea o no funcionario, y en orden al bien común, bien público o bienestar general¹*

Cuando se alude a ella se piensa en la exigibilidad de ciertos valores, que se consideran como deseables, respecto de la conducta de los funcionarios públicos, en tanto funcionarios. De esta forma, la conducta de éstos, será ética si se exteriorizara el cumplimiento de los deberes y pautas que derivan de aquellos valores².

La ejemplaridad y la honradez son virtudes que deben presidir la actuación de los servidores públicos. El político y el funcionario deben respetar los estándares de conducta de la sociedad, la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas.³

La ética como ciencia, se apoya entre lo que se puede y lo que se debe hacer. Y con igual sustento, aplicada a la función pública la ética tiene su eje central en la idea de servicio⁴.

Ética pública y ética privada, no son diferentes, sino que la primera es la proyección en el ámbito público de los principios éticos comunes⁵; por ello y en idéntico sentido se entiende que no existen dos morales o éticas, sino que dos

¹ González Pérez, Jesús, *La ética en la Administración Pública*, 2da.edición, Madrid, 2000, 40.

² Comadira Julio R., *La ética pública y el ciudadano común*, www.eldial.com -DC242.

³ González Pérez, Jesús, “La ética...”, op. cit., p. 42 y s.. “Una cosa es una ética pública no confesional y otra muy distinta que sólo sea relevante la conducta delictiva o la que ponga en peligro los caudales públicos y secretos oficiales”.

⁴ Rodríguez Arana Muñoz Jaime, *Ética, Poder y Estado*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, 7 y 35/36

⁵ Rodríguez Arana Muñoz Jaime, *Principios de ética pública –corrupción o servicio-*, Montecorvo, Madrid, 1993, 24/25.

manifestaciones distintas de una misma realidad: dos dimensiones diferentes de un mismo fenómeno⁶.

Como señaló el profesor argentino Julio Rodolfo Comadira, la marcada preocupación social en los últimos años, es percibida por la mayoría de los politólogos, juristas e intelectuales, situación que alertó a las autoridades gubernamentales de todas las latitudes acerca de los problemas que apareja la existencia de un Estado detrás del Estado, caracterizado por prácticas reñidas con las bases elementales del orden democrático y con el derecho mismo. Se presenta entonces, en un marcado desprecio hacia los principios de legalidad, publicidad, transparencia, control y responsabilidad de los actos de gobierno, que refleja una alarmante disfunción estructural, política y administrativa⁷

Transparencia y ética pública se unen como un verdadero anhelo social⁸. Referirse a la primera es también aludir a la ética y a los valores que la informan.

En contraposición a ello, la corrupción es un fenómeno que sobrepasa los límites geográficos de los países y afecta al sector público y al privado; pues su existencia en el ámbito estatal supone la actuación de un particular que con su actuación coadyuva a la formación de relaciones corruptas⁹.

Según el diccionario de la Lengua Española -Vigésimosegunda edición- la corrupción en las organizaciones es una práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquéllas en provecho económico o de otra índole de sus gestores.

En el ámbito estatal, supone “la utilización de potestades públicas para intereses particulares”¹⁰, identificándose con la figura de la desviación de poder, es decir “el uso del poder con violación de la finalidad –de interés público- que inspiró el

⁶ González Pérez, Jesús, La ética...op.cit., 27/28

⁷ Comadira, Julio Rodolfo, La regulación jurídica de la ética pública, en Revista de Derecho Público 2002-2: La emergencia económica, segunda parte, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, 598 y ss

⁸ Comadira Julio R, Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires 2003.

⁹ En ese sentido puede verse también Comadira Julio R., Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, Cap.XXIII y Klitgaard Robert, Combatiendo la corrupción. Información e incentivos, en Nueva Sociedad N° 145, Venezuela, septiembre-octubre 1996, p. 56-65 y julio 2000. La corrupción y la promoción de la ética en el servicio público, en: revista de servicio civil N° 9.

¹⁰ González Pérez, Jesús, “La ética...”, op. cit., p. 63/64.

otorgamiento de las facultades pertinentes al órgano; un uso que deriva en provecho directo de quien lo ejerce o de quien gestiona una conducta determinada”¹¹.

Convertido en un “verdadero asesino...que destruye las reglas de juego.”¹², los mecanismos para contrarrestar sus efectos deben siempre partir del reconocimiento del flagelo y sus consecuencias negativas; y de la necesidad de su erradicación.

Sin distinción entre países ricos y pobres, se manifiesta de diferentes formas, tal como lo demuestran los catálogos de actos corruptos que incluyen los ordenamientos jurídicos. Vemos incluso las Convenciones internacionales, que han identificado el soborno, la extorsión, el uso indebido de cargos con fines no oficiales, el tráfico de influencia, el nepotismo, el fraude, la malversación de fondos públicos, etc.

La Convención Anticorrupción de las Naciones Unidas (UNCaC) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)¹³ son el resultado de la creciente preocupación por estas prácticas, que afectan las transacciones internacionales y los gobiernos de todo el mundo.

Estos instrumentos jurídicos, tienen elementos comunes con otras convenciones, como la de Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) para el Combate contra el Soborno a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En abril del 2007, la (OEA) y la (OECD) firmaron un acuerdo con el objeto de fortalecer la lucha contra la corrupción en la América. Los fines tenidos en mira se basan en la concertación de acciones de cooperación en:

- a) materia de modernización del Estado, y
- b) anticorrupción.

En relación al primer objetivo, se identificaron las áreas temáticas de empleo público y administración; presupuesto y gasto público, gobierno abierto y participación ciudadana y el gobierno electrónico.

¹¹ Perez Cortes Maria Jeanneret de, Función Pública, Ética Pública y Corrupción en organización administrativa, función pública y dominio público, RPA, Buenos Aires, 2005, p. 649.

¹² Klitgaard Robert, Controlando la corrupción, Sudamericana, Buenos Aires, 1994.

¹³ Artículo III, inc. 5 e inciso 11

Respecto de las medidas anticorrupción, se analizaron los temas de prevención de conflictos de intereses, promoción de la integridad a través de la transparencia y la responsabilidad y el fortalecimiento de esfuerzo anticorrupción en área de mayor riesgo, como contratación y administración pública y el “lobbying”¹⁴.

2. Las normas de ética pública

El contenido de los instrumentos internacionales, se ha plasmado en las regulaciones nacionales.

La comunidad define cuáles son las conductas que espera de sus funcionarios, que son receptadas legislativamente en el orden nacional e internacional. De esta forma se impone a quien realice una función pública -como deber primordial- *que el servicio a los intereses generales presida su actuación*¹⁵.

En el caso de la República Argentina, la Procuración del Tesoro de la Nación, máximo organismo de asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo, sostiene que el Estado, como persona ética por excelencia, debe actuar no sólo dentro del orden jurídico sino también en consideración a la equidad y a los principios que la informan¹⁶.

Encontramos entonces que los agentes que integran la organización estatal están sujetos a deberes éticos, que exceden el mero cumplimiento formal de la legalidad vigente, lo que también se hace extensivo a todos los que se relacionan con el Estado, que no pueden quedar ajenos al cumplimiento de dichos deberes¹⁷.

La Constitución histórica no incluyó normas específicas en materia de ética pública, solo fijó algunas pautas vinculadas a la función pública, por ejemplo la *igualdad de oportunidades* para acceder al cargo y la *idoneidad* como condición de ingreso, condición que se entiende que abarcaba el desempeño ético del funcionario. Posteriormente con la reforma de 1957 se agregó la *estabilidad* del empleado público

¹⁴ Transparencia y Rendición de Cuentas, en www.respondanet.com

¹⁵ Comadira Julio R., La ética pública...op.cit.

¹⁶ Ver Comadira Julio Pablo y Lagarde Fernando, Apuntes sobre los principios de ética pública en el derecho argentino, www.eldial.com -DC462.

¹⁷ Comadira Julio Pablo y Lagarde Fernando, Apuntes sobre los principios.....

como una garantía para el agente y para la propia función pública al preservarlos de los cambios en la conducción política del Estado¹⁸.

Con la reforma de 1994, se incorporó el artículo 36 que, en su parte pertinente, regula: *...Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.*

Sin embargo, mucho antes de esta modificación constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación subrayó el alto significado institucional de la cuestión ética en el ámbito de la función pública, al considerar que *la razón de orden ético no puede interpretarse extraña al régimen jurídico general que rige la función pública argentina.*¹⁹

Se puede verificar que en la Constitución Nacional reformada, la defensa contra las distintas formas de corrupción en perjuicio del Estado asume formas menos severas que las fijadas para luchar contra quienes atenten por la fuerza contra las instituciones democráticas²⁰. En el referido artículo 36° no aparece claramente tipificado el delito de corrupción, dejándolo librado a la reglamentación legal; pero además las sanciones previstas son ciertamente leves (inhabilitación para ocupar cargos o empleos públicos) también conforme las leyes que dicte el Congreso federal²¹.

¹⁸ Said, José Luis, La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y del reglamento, en Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, p.489

¹⁹ C.S.J.N. Acordada 1/2000 –sobre Declaraciones Juradas Patrimoniales-, en los que se hace referencia a la doctrina de Fallos: 290:397, reiterada –con posterioridad a la reforma- en Fallos: 320:783. En Pérez Cortes María Jeanneret de, Función...op.cit.

²⁰ El artículo 36 en su totalidad expresa: *“Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”*

²¹ Gelli María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, 4ta. Edición ampliada y actualizada, T.I, La Ley, 2008, p. 513

Son diversas las normas vinculadas con esta materia, a título de ejemplo, se citan las siguientes:

1. La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) -aprobada por la ley 24.759²²- y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por Ley 26.097.

2. La Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobada por la ley 25.319.

3. La ley 25.188 de Ética en la Función Pública y su reglamentación por el decreto 164/99. Esta ley –que también modifica el Código Penal- regula los deberes, las prohibiciones, los conflictos de intereses e las incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías²³.

²² Ver Gordillo Agustín, Un corte transversal en el derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción, La Ley 1997-E, 1091.

²³ Según el artículo 5º: *Quedan comprendidos en obligación de presentar la declaración jurada: a) El presidente y vicepresidente de la Nación; b) Los senadores y diputados de la Nación; c) Los magistrados del Poder Judicial de la Nación; d) Los magistrados del Ministerio Público de Nación; e) El defensor del pueblo de la Nación y los adjuntos del defensor del pueblo; f) El jefe de gabinete de ministros, los ministros, secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo; g) Los interventores federales; h) El síndico general de la Nación y los síndicos generales adjuntos de la Sindicatura General de la Nación, el presidente y los auditores generales de la Auditoría General de la Nación, las autoridades superiores de los entes reguladores y los demás órganos que integran los sistemas de control del sector público nacional, y los miembros de organismos jurisdiccionales administrativos; i) Los miembros del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento; j) Los embajadores, cónsules y funcionarios destacados en misión oficial permanente en exterior; k) El personal en actividad de las Fuerzas Armadas, de la Policía Federal Argentina, de Gendarmería Nacional, de la Prefectura Naval Argentina y del Servicio Penitenciario Federal, con jerarquía no menor de coronel o equivalente; l) Los rectores, decanos y secretarios de las universidades nacionales; m) Los funcionarios o empleados con categoría o función no inferior a la de director o equivalente, que presten servicio en la Administración Pública Nacional, centralizada o descentralizada, las entidades autárquicas, los bancos y entidades financieras del sistema oficial, las obras sociales administradas por el Estado, las empresas del Estado, las sociedades del Estado y el personal con similar categoría o función, designado a propuesta del Estado en las sociedades de economía mixta, en las sociedades anónimas con participación estatal y en otros entes del sector público; n) Los funcionarios colaboradores de interventores federales, con categoría o función no inferior a la de director o equivalente; o) El personal de los organismos indicados en el inciso h) del presente artículo, con categoría no inferior a la de director o equivalente; p) Todo funcionario o empleado público encargado de otorgar habilitaciones administrativas para el ejercicio de cualquier actividad, como también todo funcionario o empleado público encargado de controlar el funcionamiento de dichas actividades o de ejercer cualquier otro control en virtud de un poder de policía; q) Los funcionarios que integran los organismos de control de los servicios públicos privatizados, con categoría no inferior a la de director; r) El personal que se desempeña en el Poder Legislativo, con categoría no inferior a la de director; s) El personal que cumpla servicios en el Poder Judicial de la Nación y en el Ministerio Público de la Nación, con categoría no inferior a secretario o equivalente; t) Todo funcionario o empleado*

4. La ley 25.246, que sustituyó la rúbrica del Capítulo XIII, Título XI del Código Penal -pasó a denominarse: "Capítulo XIII: Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo"-, modificó varios artículos del Código incorporando el encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo y creó la Unidad de Información Financiera (UIF)²⁴.

público que integre comisiones de adjudicación de licitaciones, de compra o de recepción de bienes, o participe en la toma de decisiones de licitaciones o compras; u) Todo funcionario público que tenga por función administrar un patrimonio público o privado, o controlar o fiscalizar los ingresos públicos cualquiera fuera su naturaleza; v) Los directores y administradores de las entidades sometidas al control externo del Congreso de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 de la ley 24.156, en los casos en que la Comisión Nacional de Ética Pública se las requiera.

²⁴ La ley 25.246 modificada por la Ley 26.268, establece: **Artículo 6°.** *La Unidad de Información Financiera será la encargada del análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir:* 1. *El delito de lavado de activos (artículo 278, inciso 1°, del Código Penal), proveniente de la comisión de:* a) *Delitos relacionados con el tráfico y comercialización ilícita de estupefacientes (Ley N° 23.737); b) Delitos de contrabando de armas (Ley N° 22.415); c) Delitos relacionados con las actividades de una asociación ilícita calificada en los términos del artículo 210 bis del Código Penal o de una asociación ilícita terrorista en los términos del artículo 213 ter del Código Penal; d) Delitos 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).* 2. *El delito de financiación del terrorismo (artículo 213 quáter del Código Penal).* **Artículo 13.** *Es competencia de la Unidad de Información Financiera:* 1. *Recibir, solicitar y archivar las informaciones a que se refiere el artículo 21 de la presente ley;* 2. *Disponer y dirigir el análisis de los actos, actividades y operaciones que según lo dispuesto en esta ley puedan configurar actividades de lavado de activos o de financiación del terrorismo según lo previsto en el artículo 6° de la presente ley y, en su caso, poner los elementos de convicción obtenidos a disposición del Ministerio Público, para el ejercicio de las acciones pertinentes;* 3. *Colaborar con los órganos judiciales y del Ministerio Público (para el ejercicio de las acciones pertinentes) en la persecución penal de los delitos reprimidos por esta ley;* 4. *Dictar su reglamento interno para lo cual se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros.* **Artículo 14.** *La Unidad de Información Financiera estará facultada para:* 1. *Solicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil para el cumplimiento de sus funciones, a cualquier organismo público, nacional, provincial o municipal, y a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, todos los cuales estarán obligados a proporcionarlos dentro del término que se les fije, bajo apercibimiento de ley. En el marco de análisis de un reporte de operación sospechosa los sujetos contemplados en el artículo 20 no podrán oponer a la Unidad de Información Financiera los secretos bancarios, bursátiles o profesional, ni los compromisos legales o contractuales de confidencialidad. La AFIP sólo podrá revelar el secreto fiscal en aquellos casos en que el reporte de la operación sospechosa hubiera sido realizado por dicho organismo y con relación a la persona o personas físicas o jurídicas involucradas directamente en la operación reportada. En los restantes casos la Unidad de Información Financiera requerirá el levantamiento del secreto fiscal al juez federal competente en materia penal del lugar donde deba ser suministrada la información o del domicilio de la Unidad de Información Financiera, el que deberá expedirse en un plazo máximo de TREINTA (30) días.* 2. *Recibir declaraciones voluntarias;* 3. *Requerir la colaboración de todos los servicios de información del Estado, los que están obligados a prestarla en los términos de los artículos 398 y 399 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación;* 4. *Actuar en cualquier lugar de la República en cumplimiento de las funciones establecidas por esta ley;* 5. *Solicitar al Ministerio Público para que éste requiera al juez competente se resuelva la suspensión, por el plazo que éste determine, de la ejecución de cualquier operación o acto informado previamente conforme al inciso b) del artículo 21 o cualquier otro acto vinculado a éstos, antes de su realización, cuando se investiguen actividades sospechosas y existan indicios serios y graves de que se trata de lavado de activos provenientes de alguno de los delitos previstos en el artículo 6° de la presente*

5. La Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, N° 25.164, que fija los deberes y prohibiciones de los sujetos alcanzados por sus disposiciones.

6. El Código de Ética de la Función Pública aprobado por Decreto 41/99, aplicable a los funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional.

7. La Ley 25.233, cuyo artículo 13 se creó la Oficina Anticorrupción en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con la competencia para elaborar y coordinar los programas de lucha contra la corrupción en el sector público nacional y, en forma concurrente con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, ejercer las competencias y atribuciones establecidas en los artículos 26, 45 y 50 de la Ley N° 24.946²⁵.

ley o de financiación del terrorismo. La apelación de esta medida sólo podrá ser concedida con efecto devolutivo. 6. Solicitar al Ministerio Público para que éste requiera al juez competente el allanamiento de lugares públicos o privados, la requisita personal y el secuestro de documentación o elementos útiles para la investigación. Solicitar al Ministerio Público que arbitre todos los medios legales necesarios para la obtención de información de cualquier fuente u origen; 7. Disponer la implementación de sistemas de contralor interno para las personas a que se refiere el artículo 20, en los casos y modalidades que la reglamentación determine; 8. Aplicar las sanciones previstas en el Capítulo IV de la presente ley, debiendo garantizarse el debido proceso; 9. Organizar y administrar archivos y antecedentes relativos a la actividad de la propia Unidad de Información Financiera o datos obtenidos en el ejercicio de sus funciones para recuperación de información relativa a su misión, pudiendo celebrar acuerdos y contratos con organismos nacionales, internacionales y extranjeros para integrarse en redes informativas de tal carácter, a condición de necesaria y efectiva reciprocidad; 10. Emitir directivas e instrucciones que deberán cumplir e implementar los sujetos obligados por esta ley, previa consulta con los organismos específicos de control.

²⁵ La Ley 24.946 Ley Orgánica del Ministerio Pública establece: **Artículo 26.** *Los integrantes del Ministerio Público, en cualquiera de sus niveles, podrán — para el mejor cumplimiento de sus funciones — requerir informes a los organismos nacionales, provinciales, comunales; a los organismos privados; y a los particulares cuando corresponda, así como recabar la colaboración de las autoridades policiales, para realizar diligencias y citar personas a sus despachos, al solo efecto de prestar declaración testimonial. Los organismos policiales y de seguridad deberán prestar la colaboración que les sea requerida, adecuándose a las directivas impartidas por los miembros del Ministerio Público y destinando a tal fin el personal y los medios necesarios a su alcance. Los fiscales ante la justicia penal, anoticiados de la perpetración de un hecho ilícito — ya fuere por la comunicación prevista en el artículo 186 del Código Procesal Penal de la Nación o por cualquier otro medio — sin perjuicio de las directivas que el juez competente imparta a la policía o fuerza de seguridad interviniente, deberán requerir de estas el cumplimiento de las disposiciones que tutelan el procedimiento y ordenar la práctica de toda diligencia que estimen pertinente y útil para lograr el desarrollo efectivo de la acción penal. A este respecto la prevención actuara bajo su dirección inmediata. Artículo 45.* *El Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas tendrá los siguientes deberes y facultades: a) Promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada, y de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado tenga participación. En todos los supuestos, las investigaciones se realizarán por el solo impulso de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas y sin necesidad de que otra autoridad estatal lo disponga, sin perjuicio de ajustar su proceder a las instrucciones generales que imparta el Procurador General de la Nación. b) Efectuar investigaciones en toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, ya sea prestado en forma directa o indirecta, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la inversión dada a los mencionados recursos. c) Denunciar ante la justicia competente, los hechos que,*

8. El Decreto 1172/03, Por el cual se aprobaron los Reglamentos Generales para el Poder Ejecutivo Nacional, sobre: 1. Audiencias Públicas; 2. Publicidad de la Gestión de Intereses; 3. Elaboración Participativa de Normas; 4. Acceso a la Información Pública y, 5. Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos.

Este somero listado, es reflejo de que el tema ético ha sido especialmente recogido en la legislación argentina. Sin embargo, sabemos que las previsiones legales no son suficientes y, en ese sentido, se asevera que la normativa también puede incidir negativamente sobre la corrupción; así el profesor argentino Héctor Mairal señala de que el derecho además de ser instrumento a un sistema económico que fomenta el flagelo, “también puede actuar independientemente como factor de corrupción”. Esta paradójica situación, muestra que si bien la misión del régimen jurídico es coadyuvar en la lucha contra el fenómeno, en no pocas ocasiones obra de aliado²⁶.

Ejemplo de ello son los cambios continuos normativos, que impiden conocer cual es el texto vigente; por la existencia de normas oscuras –o de validez oscura- que

*como consecuencia de las investigaciones practicadas, sean considerados delitos. En tales casos, las investigaciones de la Fiscalía tendrán el valor de prevención sumaria. El ejercicio de la acción pública quedará a cargo de los fiscales competentes ante el tribunal donde quede radicada la denuncia y, en su caso, ante las Cámaras de Apelación y Casación con la intervención necesaria del Fiscal nacional de Investigaciones Administrativas o de los magistrados que éste determine, quienes actuarán en los términos del artículo 33 inciso t). La Fiscalía de Investigaciones Administrativas podrá asumir, en cualquier estado de la causa, el ejercicio directo de la acción pública, cuando los fiscales competentes antes mencionados tuvieren un criterio contrario a la prosecución de la acción. d) Asignar a los fiscales Generales, Fiscales Generales Adjuntos y Fiscales, las investigaciones que resolviera no efectuar personalmente. e) Someter a la aprobación del Procurador General de la Nación el reglamento interno de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas. f) Ejercer la superintendencia sobre los magistrados, funcionarios y empleados que de él dependen e impartirles instrucciones, en el marco de la presente ley y de la reglamentación que dicte el Procurador General. g) Proponer al Procurador General de la Nación la creación, modificación o supresión de cargos de funcionarios, empleados administrativos y personal de servicio y de mastranza que se desempeñen en la Fiscalía, cuando resulte conveniente para el cumplimiento de los fines previstos en esta ley. h) Elevar al Procurador General un informe anual sobre la gestión de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, a su cargo. i) Imponer las sanciones disciplinarias a los magistrados, funcionarios y empleadas que de él dependan, en los casos y formas establecidos en la ley y su reglamentación. j) Ejecutar todos sus cometidos ajustándolos a la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal. **Artículo 50.** Además de las previstas en el artículo 26 de esta ley, los magistrados de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas estarán investidos de las siguientes facultades de investigación: a) Disponer exámenes periciales, a cuyo fin podrán requerir de las reparticiones o funcionarios públicos la colaboración necesaria, que éstos estarán obligados a prestar. Cuando la índole de la peritación lo requiera, estarán facultados a designar peritos ad hoc. b) Informar al Procurador General de la Nación cuando estimen que la permanencia en funciones de un Ministro, Secretario de estado o funcionario con jerarquía equivalente o inferior, pueda obstaculizar gravemente la investigación.*

²⁶ Mairal Héctor A., Las raíces legales de la corrupción, Cuadernos Res Pública Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007 p. 18

admiten varias interpretaciones; muchas veces es difícil o imposible cumplir con la norma o su costo de cumplimiento es muy elevado, poniendo en riesgo la continuidad de la conducta privada; la admisión por parte de la autoridad de que un sector social viole las normas y sancione un porcentaje reducido de incumplidores; en ciertos casos (como en materia ambiental) es más económico afrontar las multas que imponer las tareas que impone la ley. A esto suma, la magnitud de la discrecionalidad para actuar que se otorga a los funcionarios, lo que hace dificultoso su control y sanción²⁷.

No podemos soslayar, las opiniones contrarias que origina este enfoque, en particular por lo destructivo que implica desestimar la importancia de las normas. En esa línea argumental, se entiende que debe ser superada toda tendencia a la “anomia”, que facilita la corrupción; por eso debe insistirse “en la necesidad del *sometimiento a la ley*, que debe ser *igual para todos*”²⁸.

Así, es imprescindible que la comunidad *en su conjunto* supere esa anomia y se comprometa con el cumplimiento de las normas, el respeto de las pautas y los principios éticos, “y que *asuma como propio* el objetivo de un bien común realizable, de una mejor sociedad posible. De otro modo no será factible enfrentar a la corrupción y a un entramado que incluye -como cómplices- a miembros de la clase política, funcionarios, empresas y particulares”²⁹.

II. Del control en general

¿A qué nos referimos cuando hablamos del control público? A una función que se manifiesta a través de diversos procedimientos y actos, que involucran un denominador común: la comparación de la actuación debida, con la real o efectiva.

Sin perjuicio de que se pueda hacer alusión al control en general, lo cierto es que tenemos tantos tipos de control como calificaciones y normas legales existan; a lo que debe sumar las particularidades de cada país, que pueden identificarlo con una modalidad o mecanismo determinado³⁰

²⁷ Mairal Héctor A., op.cit., p. 21/22

²⁸ Pérez Cortés María J. de, Función pública, op.cit.

²⁹ Pérez Cortés María J. de, Función pública, op.cit.

³⁰ Ivanega Miriam M., Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad, Edit. Ábaco, Buenos Aires, 2003 Cap.II

Por eso, con la palabra control se relacionan diversas voces que poseen significado diferente³¹. Comprobación, fiscalización, inspección, vigilancia, veto, registro, supremacía, contención, autorización, visto bueno, entre otros, comprenden una amplia gama de actividades que suelen identificarse bajo el mismo término, aunque incluyan las más variadas técnicas y procedimientos.

Ahora bien, como el control y el poder son correlativos³² e interdependientes, el primero constituye un límite del segundo; sin perjuicio de que constituya un poder en sí mismo.

Controlar al poder contiene cierta paradoja, pues como señala Diego Valadés la idea misma del poder parece no dejar mayores espacios para pensar en su control³³.

El citado autor explica que la estructura constitucional de los controles debe atender tanto a las demandas reales de la sociedad como a las posibilidades efectivas del Estado y ello es posible en un sistema democrático en el cual el poder debe: a) estar distribuido; b) ser regulados en base a patrones de racionalidad; c) estar limitado temporalmente; d) ser accesible; e) ser predecible; f) ser eficaz; g) estar controlado. Condiciones todas, que deben estar equilibradas, cuya presencia permite contestar, en forma afirmativa, la pregunta de si es posible el control del poder³⁴.

Con prescindencia de sus variadas clasificaciones, el control público tiene un fundamento democrático y así para referirse al sistema de control de un país, es necesario partir de su realidad constitucional.

Pero más allá de ese enfoque, en toda organización pública debe existir un sistema de controles que constituya un conjunto de garantías de legitimidad y de

³¹ Márquez Gómez Daniel, *Función Jurídica de control de la Administración Pública*, UNAM, México, 2005, p. 11 y ss

³² Aquí coincidimos con Marquez Gómez Daniel, *Función...* op.cit., p.XVII

³³ Valadés Diego, *El control del poder*, Universidad Porrúa-UNAM, 3ra.edición, México, 2006, p.1. Señala Valadés que la historia nos muestra que así como ha sido intensa la lucha por el poder, lo fue la lucha contra el poder. En el primer caso, se reconocen tres modalidades: el predominio del más viejo, del más fuerte y del más hábil; el segundo se caracteriza por manifestaciones diferentes pues o se procura la modificación del aspecto y contenido del poder, o se plantea su dilución, o la sustitución de un poder por otro mediante un desplazamiento violento. En una tercera dimensión se presenta la lucha interna, en el poder.

³⁴ Valadés Diego, op. cit., p.9

oportunidad en la actividad que desarrolla y que le permita lograr eficiencia y moralidad en su ámbito³⁵.

En general, hemos podido comprobar que a mayor cantidad de organismos de control, menores son los resultados óptimos que se obtienen de dicha función. Es decir, existiría una relación inversa entre “cantidad” de organismos y “producto”.

Hablamos de “resultados óptimos” porque no alcanza con la producción en masa de resoluciones, informes o formulaciones de cargo que luego no pueden concretarse; es imprescindible que el control cumpla con sus objetivos y utilice los medios idóneos para ello. Es decir, que sea eficiente y eficaz.

La paradoja que se presenta tiene origen en causas diversas, algunas intrínsecas a la organización del Estado y de la Administración Pública, otras ajenas a ellos, como políticas, sociales y hasta culturales.

A su vez, la influencia de factores políticos no es ajena a esa problemática, en particular en lo vinculado a la conformación de los organismos de control, pues la incidencia de esas causas afecta su independencia y neutralidad, y por ende los resultados de su actividad. Porque por sobre todo, el control no sólo debe buscar y fomentar la transparencia, “él mismo debe ser transparente, tanto en su ejecución como en sus resultados”.

Ningún sistema es perfecto, lo importante es comprender *para qué y para quién* se controla, y aquí nos enfrentamos con la preservación del Estado y de los intereses de quienes lo componen: la sociedad.

Recuérdese que la función de control encuentra sustento en el propio Estado de Derecho, siendo el medio más eficaz y directo para lograr que la administración en su conjunto cumpla, debidamente, el fin de satisfacer los intereses de la comunidad.

Todas las especies de control tienden a corregir errores y evitar abusos. Sin embargo, lo relevante de esta función es cumplir con un objetivo constitucional: que la sociedad conozca el grado de cumplimiento de las políticas públicas fijadas para un ejercicio determinado y el resultado del manejo de bienes y recursos públicos. Este último aspecto, es uno de los aspectos más sensibles en el problema de la

³⁵Ver Ivanega Miriam M., *Mecanismos...op.cit.* Capítulo II y III.

transparencia de la gestión pública, que ha llevado a priorizar el análisis de los organismos con competencia en el control de los aspectos financieros y presupuestarios del Estado.

III. Apuntes acerca de la discrecionalidad administrativa

1. La juridicidad

La doctrina enseña que el ejercicio de las potestades regladas, reduce a la Administración a constatar el supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar agotadoramente. Por ello la ley no deja resquicio a juicio subjetivo alguno, sino solamente la constatación del supuesto de hecho para contrastarlo con el tipo legal³⁶.

En estos supuestos hay una única solución correcta que deriva de la aplicación de la norma, por ello el control judicial que puede practicarse sobre ella abarca todos los aspectos. La ley regula todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de forma tal que la Administración se limita a aplicar el contenido de las normas legales aplicables al hecho³⁷

La discrecionalidad en cambio, es la que remite la toma de decisión al juicio o voluntad de la Administración. Ésta tiene cierta libertad, pues la norma solo define algunas de las condiciones de ejercicio de la potestad, atribuyendo al administrador la capacidad para completar algunas determinaciones del contenido de ésta³⁸.

Como claramente explica Agustín Gordillo, “la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto, en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales”³⁹

³⁶ García de Enterría Eduardo-Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Thomson Civitas-La Ley, Buenos Aires, 2006

³⁷ De Esteban Jorge y Gonzalez-Trevijano Pedro J., Curso de derecho constitucional español I, Edit. UCM, Madrid, 1992

³⁸ De Esteban Jorge y Gonzalez-Trevijano Pedro J., op. cit.

³⁹ Gordillo Agustín, Tratado de derecho administrativo, Parte general, T.1, FDA, Buenos Aires, 2009, X-11

Ésta originariamente apareció ligada con la idea de la vinculación negativa de la Administración con ley, dado que su significación resultaba de la ausencia de ésta. Ello permitió relacionar a la discrecionalidad con la actuación libre de la Administración y por ende con su incontrolabilidad por parte de los jueces⁴⁰.

Sin embargo la evolución del Estado de Derecho y del propio derecho administrativo dejó atrás ese criterio, y tal como lo expresó el profesor Julio R. Comadira “superada la concepción de la discrecionalidad como actividad administrativa incondicionada jurídicamente, su esencia radica (...) en una libertad de determinación y/o elección autorizada por el ordenamiento, pero, al mismo tiempo, limitada por éste”⁴¹.

La discrecionalidad proviene en forma expresa o implícita de la juridicidad; es decir se desarrolla dentro del derecho y actúa en toda la pirámide normativa.

Es una “modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho”⁴².

En consecuencia, al no poder desvincularse de la juridicidad, no constituye un ámbito libre del control judicial⁴³.

Toda la actividad de la Administración puede ser revisada judicialmente, aún cuando se presenten distintos alcances y requisitos según se trate de actividad reglada o discrecional⁴⁴.

⁴⁰ Comadira Julio R., Derecho Administrativo, op.cit.

⁴¹ Comadira Julio R., Derecho Administrativo, op.cit. Este profesor analiza la estructura técnica de la norma que atribuye discrecionalidad, distinguiendo tres elementos, el sujeto, el predicado y la cópula como coordinación, unión o conexión de sentido entre los dos primeros. Así señala que la conexión potestativa entre el supuesto de hecho (sujeto) y la consecuencia (predicado) “habilita, pues, la opción de actuar o no, y puede, incluso, significar la posibilidad de escoger diversas alternativas de acción”.

⁴² Sesin Domingo H., El control judicial de la discrecionalidad administrativa en Documentación Administrativa 269-270, mayo-diciembre 2004, INAP, España, p. 87 y ss. . Comadira Julio R. La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial, E.D. 186:601

⁴³ Conf. Cassagne, Juan Carlos, Fragmentos de Derecho Administrativo, entre la justicia, la economía y la política, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 107/109.

⁴⁴ Barra Rodolfo, Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial en E.D. 146-82

2. El control judicial. Breves reflexiones.

En la causa "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos"⁴⁵, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló: *"mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos --reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática)--, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completar el cuadro legal y condicionara el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerlo, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional...)*frente el reconocimiento de que no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciales, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa (...) al no poder hablarse hoy en día de dos categorías contradictorias y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos sino mas bien de una cuestión de grados ..."

El Tribunal Superior aclara muy bien desde el punto de vista dogmático, que no existen actos "discrecionales" sino niveles de mayor o menor "potestad" discrecional.

Por eso no son dos categorías contradictorias y absolutas como sectores autónomos y opuestos, sino que se trata de una cuestión de grados, sino que hay ciertos actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada⁴⁶. La discrecionalidad administrativa cumple un rol esencial en el marco de las innumerables funciones que debe cumplir la Administración que, por el carácter de su actividad, deviene materialmente imposible reglarla en todas sus dimensiones en forma específica"⁴⁷

⁴⁵ Fallos: 315:1361

⁴⁶ Ver Fallos 315:1361

⁴⁷ Sala V CNCAF, Bonfini SA c/ENARGAS-resol.3031/04

Se trata de una modalidad de ejercicio que el orden jurídico, en forma expresa o implícita, “confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho”. Como bien se ha señalado, ella implica valoración cualitativa y cuantitativa de los diversos intereses que pueden ser comparados y apreciados. Por eso, atiende a seleccionar el medio, el modo y los instrumentos operativos necesarios para la realización del interés público, ya establecido por la norma⁴⁸.

La jurisprudencia del Máximo Tribunal de Justicia varió de una concepción restrictiva respecto a la posibilidad del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, a un criterio que reconoce el ejercicio efectivo del control judicial a partir de principios jurídicos fundamentales en la materia⁴⁹. Son numerosísimos los fallos en los que se analizó el ejercicio de funciones discrecionales⁵⁰.

El control de los actos dictados en ese marco potestativo es de legalidad, cuyo camino discurre a través de los elementos reglados del acto administrativo: *"no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto. La revisión judicial de aquellos aspectos normativamente reglados se traduce así en un típico control de legitimidad ... , ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en mira a fin de dictar el acto ..."*

Tampoco fue ajeno a las decisiones del Alto Tribunal de Justicia, la interpretación de la validez de las facultades discrecionales a través de los principios generales del derecho, en particular la razonabilidad.

⁴⁸ Sesin Domingo H., El control judicial de la discrecionalidad administrativa en Documentación Administrativa 269-270, mayo-diciembre 2004, INAP, España, p. 87

⁴⁹ Coviello Pedro J.J. El control judicial de la discrecionalidad administrativa, en Control de la Administración Pública, RAP, año 2003

⁵⁰ Solo para citar algunos: Fallos 262:522; 298:223; 295:726; 302:1503; 304:391; 305:1489; 306:400; 306:820; 317:40; 319:1899.;320:2298; 320:2509

“El control de legitimidad debe cumplirse ponderando, entre otros, el prudente y razonable ejercicio de las facultades regladas del Poder Administrador, dado que no es admisible una actuación discrecional e irrevisable de aquellas potestades”⁵¹.

Sabemos que la circunstancia de que la Administración actúe en ejercicio de facultades discrecionales, no puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria como tampoco la omisión de los recaudos que exige la ley 19.549. La legitimidad – constituida por la legalidad y la razonabilidad- de tales facultades es el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces ante planteos concretos de parte interesada, verificar si se cumplieron con dichas exigencias, sin que ello afecte el principio de división de poderes⁵².

Los tribunales de segunda instancia del fuero contencioso administrativo, también analizaron en forma concordante que la discrecionalidad supone siempre una habilitación normativa -configurada por una atribución de potestad sujeta al marco jurídico que la contiene- por lo tanto corresponde a los magistrados *ponderar si se encuentran vulneradas la razonabilidad, buena fe y desviación de poder, en tanto límites del obrar administrativo aún en tal aspecto discrecional*⁵³.

En definitiva, este tipo de actuación debe ser racional y justa y es la razonabilidad con que se ejercen las facultades el principio que les otorga validez, y que permite a los jueces frente a planteos concretos verificar el cumplimiento de ese presupuesto⁵⁴

Es en el marco de los principios generales del derecho en el cual la libertad electiva, que caracteriza a la discrecionalidad, es colocada efectivamente de cara a la juridicidad. Así más allá del control de los aspectos reglados del acto, la

⁵¹ Fallos: 259:266; 262:67; Sala I CNCAF causas Sotelo, Teresa c/ Instituto de Servicios Sociales Bancarios; en el mismo sentido causas Rueda y Boselli. No obstante la conceptualización de "discrecional" que se le asigne al encuadre y sanción de las faltas disciplinarias (en la medida que la utilización genérica de tal encuadre puede llevar a soluciones cuestionables) de manera alguna puede constituir tal calificación un justificativo de la conducta arbitraria de la Administración, puesto que es, precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, lo que otorga validez a los actos de los órganos estatales y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia. Conforme CNCAF, Sala I, causa Abadía, Cesar R. c/Servicio Penitenciario Federal s/ personal militar y civil de las FFAA. y de Seg., del 07/05/97 (voto del Dr. Coviello).

⁵² Fallos 320:2509

⁵³ Sala II CNCAF, causa Loiácono del 30/03/95

⁵⁴ Sala II CNCAF Ballatare Juan Alberto c/ E.N.-M° de Justicia- s/ empleo público, del 13/06/96

discrecionalidad, en tanto elección, es libre, aunque no absolutamente, pues se encuentra limitada negativamente por los referidos principios⁵⁵

Desde ese punto de vista “el núcleo de la decisión discrecional habilitada por la norma, es en principio, libre jurídicamente, pero revisable, en plenitud, en el marco de los principios generales del derecho en tanto límites negativos de aquella libertad”⁵⁶

3. Alcance del control judicial y la sustitución de la decisión administrativa.

Un tema de permanente debate es si el juez puede sustituir la decisión administrativa.

Frente a una conducta legalmente tasada, el juez sólo aplica la ley y no está habilitado para sustituir los criterios de la Administración. Pero el problema se plantea ante el ejercicio de facultades discrecionales. Y uno de los ámbitos en lo que se plantean mayores debates es el de las sanciones administrativas y disciplinarias.

Lo que no merece dudas es que para determinar si una cuestión es o no revisable por el Poder Judicial, el juez en primer lugar necesita estudiar la causa y no manifestar simplemente que ella está excluido de su conocimiento, pues en este caso debe fundar tal exclusión, lo que implicará un profundo estudio previo de los hechos y del derecho.

Existen antecedentes disímiles en la jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1994⁵⁷, en ocasión de analizar la nulidad –declarada por la Cámara Federal de Córdoba- de la decisión de la Universidad Nacional de Río Cuarto que había dejado sin efecto el llamado a concurso para cubrir un cargo de titular, sostuvo el Poder Judicial, al comprobar la existencia de un vicio en un acto administrativo en ejercicio de facultades discrecionales, debe limitarse a su declaración y a disponer las medidas consecuentes (la anulación). Lo que no puede es sustituir el

⁵⁵ Comadira, Julio R., Derecho administrativo, op.cit. Comadira entiende que “el control de los elementos reglados del acto como la verificación judicial de los hechos invocados, no implican control de la discrecionalidad en sí misma, sino, en todo caso, de aspectos jurídicamente reglados de la decisión discrecional”

⁵⁶ Comadira, Julio R., Derecho administrativo, op.cit.

⁵⁷ Fallos 317:40, con citas de Fallos 256:359; 300:57

criterio de conveniencia o eficacia violando así el principio de división de los poderes del Estado.

Con dicho párrafo señalaba algo que es fundamental, y que lo veremos reiterado en otros casos: cuando se trata del control del ejercicio de las potestades discrecionales, el Poder Judicial sólo puede anular, pero no sustituir a la Administración⁵⁸.

Ese criterio, se reitera insistiéndose en que el control jurisdiccional sobre la discrecionalidad se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria, pero ello no implica la sustitución a la Administración en su “facultad de decidir en aspectos fácticos que no representen aquellos vicios, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva”⁵⁹

Las decisiones de las Salas que componen la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, tampoco son uniformes.

En abril de 2007 la Sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo debió decidir el recurso judicial interpuesto por una investigadora independiente del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas) –conforme al artículo 40 de la ley 22.140- mediante le cual solicitó la nulidad del acto administrativo que le aplicó la sanción disciplinaria de exoneración, así como el reintegro de haberes más intereses y daño moral. La mayoría del Tribunal luego de valorar los antecedentes y las pruebas reunidas, y entender que estaba configurada la violación de deberes previstos en el régimen de empleo público; consideró que “la gravedad y magnitud de la faculta no resulta suficiente para encuadrarla en el supuesto de exoneración o cesantía, “debiendo ajustarse el reproche disciplinario a la sanción de suspensión por el máximo término legal”⁶⁰

Así revocó parcialmente el acto administrativo impugnado, modificando la sanción impuesta, la que se fija en treinta (30) días de suspensión en el ejercicio de sus funciones.

⁵⁸ Coviello Pedro J.J. El control judicial de la discrecionalidad administrativa en Control de la Administración Pública, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, 627

⁵⁹ Fallos 330:717; 331.1369

⁶⁰ Cita como antecedente la causa Garcia Vazquez Carlos Alberto c/ A.N.A. del 22/04/94

Sin embargo, no es coincidente con otras decisiones del fuero que en las que se entendieron que ante potestades discrecionales, y por lo tanto frente a criterios de apreciación de la Administración, el Poder Judicial sólo puede anular el acto, más reemplazarla en la aplicación de la norma⁶¹

Por ende, la graduación es producto de la apreciación de la gravedad de las faltas que comete el agente y consecuencia del ejercicio de facultades discrecionales de la Administración⁶².

Con esta perspectiva, no puede habilitarse al juez a sustituir al administrador en el ejercicio de las funciones que le son propias⁶³.

Cuando el juez controla el ejercicio de la discrecionalidad, no reproduce en forma exacta el proceso lógico desarrollado por la autoridad administrativa.

Bajo este razonamiento, aún cuando existan varias soluciones aceptables o razonables, no corresponde al juez sustituir una por otra, sino sólo controlar que el criterio adoptado tenga su consenso y sustentabilidad en el marco de la juridicidad. Ello implica que quien controla no puede imponer su propio punto de vista acerca de lo que es más razonable, sino sólo constatar si el *íter* lógico y la ponderación ya efectuada por la Administración se ajustan a pautas objetivas aceptables, aún cuando fueren opinables. El proceso lógico seguido por la Administración y el juez no es el mismo, pues aún cuando a éste último no le agrade el criterio adoptado discrecionalmente por aquella, debe respetarlo, cuando advierta que, en el consenso objetivo y en el marco de la juridicidad, la solución es razonable⁶⁴.

IV. Conclusiones.

1. En primer lugar, estamos convencidos que la regulación normativa debe ir acompañada de otras medidas, que formen parte de políticas públicas. Robert Klitgaard, ha señalado que la probabilidad de ser atrapado frente a actos corruptos

⁶¹ Sala I CNCAF, Nefes Mirta Noemí c/ Jefe de Gabinete de Ministros s/ empleo público, del 10/04/07

⁶² Sala II CNCAF, Dopico Alfredo José c/ Estado Nacional-Ministerio de Cultura y Educación (Resolución SSA 550/98) del 26/10/99 (voto en disidencia)

⁶³ Ver en ese sentido, Comadira, J., La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial, ob. cit. p. 7

⁶⁴ Sesin Domingo J, Administración Pública..., op. cit.

debe ir en aumento, así como los castigos a la corrupción deben incrementarse. Las leyes y los controles suelen ser insuficientes cuando no existen los sistemas que los pongan en práctica. Por eso, si bien no se pueden diseñar funcionarios y ciudadanos incorruptibles, así se puede promover la competencia, cambiar incentivos, mejorar la rendición de cuentas; en definitiva, corregir los sistemas que engendran corrupción⁶⁵

2. En la discrecionalidad administrativa, la ética adquiere una especial dimensión si consideramos que la decisión administrativa se adopta en el marco de una mayor libertad.

Los deberes y prohibiciones de los servidores públicos se potencian, pues éstos al decidir ponen en juego su apreciación subjetiva del interés público comprometido y, como ya se expresó, completan el ordenamiento en su concreción práctica.

Es así, como la honradez y el ejemplo pasan a convertirse en referencias ineludibles a la hora de valorar la actuación discrecional. Si bien esta valoración es independiente del control judicial del acto en sí mismo (por ejemplo de la declaración de nulidad), no lo es del análisis de la conducta del servidor, quien puede ser objeto de diversas responsabilidades si su decisión fue adoptada contrariando las normas de conducta debidas.

3. La responsabilidad pública es garantía y control: es garantía de los ciudadanos, pero también es un principio de orden y un instrumento de control del poder⁶⁶.

En una democracia los gobernantes y gestores de los bienes públicos deben responder por sus actos y omisiones.

Sin embargo, en la actualidad la responsabilidad de los servidores -pilar del Estado de Derecho constitucional- lamentablemente, se ha convertido en una utopía.

4. No es de extrañar que en países en los que el índice de corrupción es alto, exista una *relajación* de los sistemas de control y sancionatorios.

⁶⁵ Klitgaard Robert, op.cit.

⁶⁶ Rebollo Luis Martín, Los fundamentos de la Responsabilidad del Estado, en Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, Editorial Ciencias de la Administración, mayo de 2001.

Se olvida que todos los poderes estatales tienen un rol esencial, y que todo tipo de control debe encontrar su marco institucional y jurídico-práctico para dar plena garantía a los límites de la arbitrariedad.

Pero la realidad nos enfrenta a situaciones en la que los jueces a través de sus sentencias ponen en evidencia, la falta de eficiencia y eficacia de los otros controles públicos (administrativos, y legislativos), lo que pasan de ser instrumentos contra la corrupción, a herramientas que la facilitan.

Es así que la ética en la práctica, se alimenta de diversos factores los cuales de no configurarse o no ponerse en funcionamiento, convierten a aquella en una hermosa expresión de deseos de difícil efectividad.