

I. Introducción:

El objeto de este trabajo señalar cuáles son las principales características de los hechos de corrupción que hacen que su detección e investigación resulte tan compleja. Luego de lo cual, me avocaré a presentar someramente cómo el Estado se ha organizado para incrementar sus posibilidades de detectar e investigar este tipo de ello, cuáles son las distintas vías que pueden (y deben) explorarse ante la comisión de un hecho de corrupción y como ellas pierden efectividad con la intervención del derecho penal.

II. ¿Cuáles son las principales características de los hechos de corrupción que hacen que su detección e investigación resulte tan compleja?

Los hechos de corrupción tienen ciertas características peculiares que los tornan en un fenómeno difícil de detectar y de investigar. Estas características son básicamente las siguientes¹:

Son actos de naturaleza opaca que rara vez se documentan. En efecto, el contexto propicio para la generación de actos de corrupción es aquél en donde impera la *falta de publicidad*. Por ello, el intercambio corrupto es por naturaleza sumamente opaco. Esto hace que resulte extremadamente complicado el descubrimiento de casos que no suelen dejar más rastros que la percepción de una de las partes en el hecho o la de allegados a las personas involucradas.

Son actos que suelen requerir el despliegue de maniobras complejas, por lo que muchas veces resulta necesario contar con una opinión técnica incluso para poder identificar aspectos centrales de la maniobra delictiva y/o para poder acreditar la existencia de un perjuicio cuando así lo exija el tipo para su consumación; a la vez de que requieren para su investigación más tiempo y recursos y presentan serias dificultades a la hora individualizar a los sujetos responsables.

Son actos que dejan víctimas difusas o mediatas. A diferencia de lo que suele ocurrir en los delitos contra la propiedad -donde se producen transferencias “involuntarias” de bienes y en consecuencia, existen víctimas directas-, en los hechos de corrupción la víctima estaría corporizada en la figura del Estado mismo o de la sociedad en su conjunto, los que al no participar directamente en la interacción corrupta no suelen percibir el daño de manera espontánea y eso lleva, por consiguiente, a que el acto no salga a la luz por delación de un “perjudicado”.

Son actos que no suelen ser denunciados y respecto de los cuales existen pocos incentivos para atestiguar sobre su comisión. Además de que la ausencia de víctimas directas disminuye los incentivos para la denuncia, el hecho de que en estas maniobras intervengan personas

¹ Las características que se mencionan surgen del análisis que se hace en el libro *Delitos en contrataciones públicas*, elaborado por Colombo – Honisch que se encuentra en prensa de la editorial Ad-Hoc.

que ostentan cierto poder (político y \o económico) muchas veces dentro del ámbito de la propia administración pública los reduce aún más. Aquellas personas que podrían colaborar con la investigación, ya sea denunciando estas maniobras o bien atestiguando respecto de ellas, pueden sentirse amedrentadas por la posición de poder que ocupan aquellos involucrados en la maniobra; temor que incluso (y de manera legítima) se traduce en el miedo a perder su fuente de trabajo (y en algunos casos extremos), en preocupación por su integridad.

No suelen ser socialmente percibidos como actos realmente dañinos ni que despierten el mismo reproche social que otros actos delictivos. El imaginario colectivo distorsiona la realidad a la hora de considerar cuáles son los hechos delictivos más dañinos para la sociedad en su conjunto (lo que a su vez también repercute en la falta de denuncia). Por ello, en la medida en que se los perciba negativamente, como hechos verdaderamente perjudiciales para relaciones vitales de una sociedad, se lograrán aumentar los incentivos para su revelación.

En supuestos de corrupción estructural o sistémica, suelen ser actos cometidos por personas que conforman redes de corrupción que suelen estar insertas dentro de las élites políticas y en el mundo de los negocios. Ello genera entre sus integrantes ciertos sentimientos de lealtad y reciprocidad que pueden ser en muchos casos más fuertes que los que produce la propia ley. A raíz de esos vínculos, éstos incluso pueden llegar a resignar beneficios personales, pues, en el análisis costo – beneficio que realizan, consideran que la red los compensará de alguna manera en el futuro por el sacrificio que están dispuestos a hacer². Por el contrario, aquellos que no integran la red o no son leales a estos principios, pueden ser castigados aún sin haber cometido falta formal alguna.

A estas características, además, se agrega que el hecho de que se trata de **casos que difícilmente suelen ser alcanzados por el proceso de criminalización secundaria**³; todo lo cual concluye negativamente en las posibilidades de conocer e investigar su existencia.

III. ¿Cuáles son los actores que trabajan en la detección e investigación de hechos de corrupción?

III.a. Órganos

Las circunstancias reseñadas son algunas de las que explican porque los principales instrumentos internacionales en materia de corrupción ratificados por nuestro país⁴ —que fijan lineamientos tendientes a prevenir, detectar, investigar y castigar esto tipo de hechos— hacen hincapié en la importancia de que existan **órganos de control especializados** en la materia que se

² Ejemplos frecuentes son los funcionarios que “dan un paso al costado”, renuncian en silencio, o incluso asumen responsabilidad penal por un escándalo de corrupción; aun cuando toda la comunidad percibe que ellos no son los principales responsables.

³ Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Slokar Alejandro, Alagia Alejandro, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Argentina, páginas 1 a 53; Julio Virgolini, *Los delitos de cuello blanco: inmunidades y exclusión del derecho en la construcción del problema criminal*, NDP, 2003/B.

⁴ Como la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

dediquen tanto a la prevención, como a la detección, sanción y erradicación de las prácticas corruptas, que sean independientes y que puedan realizar sus tareas sin ninguna influencia o presión indebida, que cuenten con recursos suficientes y con personal capacitado y que tengan garantizado el acceso a toda la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones⁵. Todo ello, claro está, sin dejar de reconocer el rol que en este proceso está llamado a desempeñar el Poder Judicial, el Ministerio Público Fiscal⁶ y el sector privado⁷.

En lo que hace al ámbito nacional, podemos mencionar la existencia de organismos que cumplen un rol fundamental en la detección de este tipo de hechos (como la Auditoría General e la Nación –AGN- y la Sindicatura General de la Nación –SIGEN-) y la de los que desempeñan un papel esencial no sólo en la detección sino también en su investigación (como la Defensoría del Pueblo de la Nación -DPN-, la Oficina Anticorrupción -OA- y la Fiscalía de Investigaciones Administrativas –FIA-).

1) La AGN es el órgano de control externo del Sector Público Nacional y depende del Congreso de la Nación. Ella fue creada por ley 24.156⁸. Sin embargo, tal es su importancia que en la reforma constitucional del año 1994 se le dio jerarquía constitucional⁹. La autoridad máxima de dicho organismo es el Auditor General de la Nación que es designado por resolución conjunta de los presidentes de las Cámaras de Senadores y de Diputados¹⁰.

El programa de auditorías que ese organismo debe realizar anualmente es fijado por diversas comisiones de ese Poder¹¹, aunque también está obligada a “realizar exámenes especiales de actos y contratos de significación económica”. Ello debe hacerlo “por sí o por indicación de las Cámaras del Congreso o de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas”¹². Esta última Comisión es quien controla las actividades de la Auditoría¹³ y es a la única dependencia a la cual debe comunicarle el resultado de sus informes¹⁴.

⁵ CICC, Art. III.9 y CNUCC, Arts. 6, 36 y 38.

⁶ Por lo que atendiendo a la independencia del PJ y del MP y el papel decisivo que éstos ocupan en la lucha contra la corrupción, se insta la adopción de medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre sus miembros (CNUCC, art. 11.1).

⁷ Parece oportuno aclarar que en esos instrumentos no se diferencia el tipo de control que debe ejercerse sobre los funcionarios públicos que se desempeñan en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional (PEN), del que se practica sobre los que prestan funciones en el ámbito del Poder Legislativo (PL) y el Poder Judicial (PJ). No obstante, estos controles se diferencian; lo que también se observa cuando vamos del ámbito nacional al provincial o municipal.

⁸ Sancionada en 1992 y fue creada en lugar del Tribunal de Cuentas entonces previsto en la ley de contabilidad.

⁹ Cf. inc. 8 del art. 75 y 85 in fine de la Constitución Nacional.

¹⁰ Dicho funcionario es el órgano de representación y de ejecución de las decisiones del cuerpo (Cf. art. 123). A su vez, la Auditoría está integrada por seis auditores generales. Todos ellos duran ocho años en sus funciones pudiendo ser reelegidos y pueden ser removidos “en caso de inconducta grave o manifiesto incumplimiento de sus deberes, por los procedimientos establecidos para su designación” (cf. arts. 121/4 de la ley 24.156).

¹¹ Su programa de acción es establecido por la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas (creada por ley 23.847) conjuntamente con las Comisiones de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras (cf. art. 129, ley 24.156).

¹² En base a esta norma puede sostenerse que (acertadamente) no en todos los supuestos la actuación de dicho órgano de control esta sujeta a la agenda que le fije previamente el Congreso.

¹³ Cf. surge del art. 127, ley 24.156.

¹⁴ No obstante, también publica en su página web sus informes una vez que son aprobados por el Consejo de Auditores; y en algunos casos en los que concluye que los hechos auditados podrían generar responsabilidad penal y/o administrativa, los remite al PJ y/o a la FIA y/o OA.

De esta forma, el control que se le encomienda debe comprender, al menos, el análisis de aspectos patrimoniales, económicos, financieros, operativos y de legalidad de toda la actividad de la Administración Pública Nacional (APN); además interviene en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos. Y es en base a sus informes que el Poder Legislativo debe sustentar su examen y opinión sobre la actividad de la Administración.

2) La SIGEN, a diferencia la AGN, es el órgano de control interno del PEN¹⁵ y su sustento normativo es la ley 24.156. Su máxima autoridad es el Síndico General de la Nación, que es designado por el PEN y depende directamente del Presidente de la Nación¹⁶. Su tarea consiste en realizar un control integral e integrado, que abarque los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, y comprende, además, la evaluación de programas, proyectos y operaciones en base a criterios de economía, eficiencia y eficacia¹⁷. Por ello, se le han asignado tanto potestades normativas y reglamentarias, como de asesoramiento, supervisión y coordinación¹⁸, lo que le permite, luego de detectada una irregularidad, formular recomendaciones y comprobar que ellas sean implementadas.

Desde otro punto de vista, ella también tiene como función, entre otras cosas, atender los pedidos de asesoría que le formule el PEN y las autoridades de sus jurisdicciones en materia de control y auditoría y debe poner en conocimiento del Presidente de la Nación los actos que hubiesen acarreado o estime puedan acarrear significativos perjuicios para el patrimonio público¹⁹.

La Sindicatura además de tener que informarle al Presidente, debe reportarle en forma periódica a la opinión pública y a la AGN.

3) La DPN tiene reconocimiento constitucional a partir de la reforma del año 1994; y a ella, entre otras cosas, se le ha encomendado “*la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas*”²⁰.

La Defensoría funciona dentro del ámbito del PL, pero “*sin recibir instrucciones de ninguna autoridad*”²¹. Su titular es elegido por dicho cuerpo²², por un mandato de cinco años, pudiendo ser

¹⁵ Cf. arts. 96 y 97, ley 24.156.

¹⁶ Dicho funcionario, a su vez, es asistido por tres Síndicos Generales Adjuntos que son designados por el PEN a propuesta del Síndico General (cf. art. 108).

¹⁷ Cf. art 103 y ver clasificación que hace el Dr. Comadira en: <http://www.siggen.gov.ar/main/main.html>.

¹⁸ Así, entre las bastas funciones que se le encomiendan, cabe señalar que: debe dictar normas de control interno y velar por su adecuada aplicación; realizar o coordinar la elaboración de auditorías financieras, de legalidad y de gestión, así como también de estudios referidos a la regularidad jurídica de investigaciones especiales, pericias y consultorías sobre evaluación de programas, proyectos y operaciones; y que se le ha encomendado supervisar “*el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, facilitando el desarrollo de las actividades de la Auditoría General de la Nación*”.

¹⁹ Cf. art. 104, ley 24.156; además de que también interviene en los sumarios administrativos a fin de determinar el monto del perjuicio patrimonial que las maniobras investigadas pudieron haber ocasionado.

²⁰ Cf. arts. 86 y 43 de la Constitución Nacional y ver ley nro. 24.284 y su reglamentación.

²¹ Cf. art. 1 de la ley 24.284.

²² Ello se hará a través de la intervención de una Comisión Bicameral compuesta por representantes de ambas Cámaras del Congreso.

reelegido por una sola vez a través del mismo procedimiento y mientras ocupa dicho cargo está investido de las inmunidades establecidas para los miembros del Congreso²³.

Para el cumplimiento de sus funciones²⁴, el Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado²⁵ cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la Administración y sus agentes²⁶; debiendo prestar “*especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la administración pública, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter*”²⁷. Para el cumplimiento de esta tarea está investido de amplias facultades probatorias²⁸ y tiene legitimación procesal para actuar ante la justicia.

Cuando toma conocimiento de hechos presumiblemente delictivos, tiene la obligación de comunicarlos inmediatamente al Procurador General de la Nación²⁹.

4) La OA, creada a través de la ley 25.233³⁰, tiene “*a su cargo la elaboración y coordinación de programas de lucha contra la corrupción en el Sector Público Nacional*” y es la encargada de velar por la prevención e investigación de aquellas conductas que se consideren comprendidas en “*las Convenciones Internacionales de lucha contra la corrupción ratificadas por el Estado Nacional*”.

Ella funciona en el ámbito del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de la Nación. Su máxima autoridad es el Fiscal de Control Administrativo, que es designado (y removido) —al igual que los Directores que lo asisten— por el PEN a propuesta de ese Ministro³¹, a quien debe

²³ Aunque también se contempla el hecho de que cuando se dicte auto de procesamiento por la justicia competente contra el Defensor del Pueblo por delito doloso, podrá ser suspendido en sus funciones por ambas Cámaras hasta que se dicte sobreseimiento definitivo a su favor (cf. art. 12 in fine)

²⁴ Que no comprenden cuestiones relativas a la actuación del PJ, del PL, ni de los organismos de defensa y seguridad.

²⁵ Vale señalar que, a diferencia de cómo ocurre con las investigaciones preliminares que se desarrollan en el ámbito de la OA y de la FIA, el primer paso obligatorio del trámite es dar cuenta del contenido de la queja al organismo o entidad cuestionada a fin de que se remita informe escrito justificando o explicando la situación denunciada. Dicha medida, como puede advertirse, podría llegar a frustrar el éxito de la investigación, sobre todo cuando se trata de hechos de corrupción.

²⁶ Que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquéllos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos (cf. art. 14 de la ley 24.284).

²⁷ Cf. art. 15 de la ley 24.284.

²⁸ Pues se los faculta, entre otras cosas, para solicitar todo elemento que estimen útil a los efectos de la fiscalización, sin que sea posible oponerse ningún tipo de secreto (salvo aquello vinculado con la salvaguarda de un interés atinente a la seguridad nacional) y para realizar inspecciones, verificaciones y, en general, para determinar la producción de toda otra medida probatoria conducente al esclarecimiento de la investigación. Incluso, se contempla la obligación de todos los organismos públicos, persona físicas o jurídicas públicas o privadas de prestar colaboración, con carácter preferente, a la Defensoría (cf. art. 24); previéndose expresamente además que todos aquellos que impidan la efectivización de una denuncia ante el Defensor del Pueblo u obstaculicen las investigaciones a su cargo incurrirán en el delito de desobediencia que prevé el artículo 240 del CP (cf. art. 23).

²⁹ Como correlato, se obliga al Procurador General a informarle al Defensor el estado en que se hallan las actuaciones promovidas por su intermedio (cf. art. 24). Asimismo, en función de un convenio de colaboración celebrado con la FIA, cuando esos hechos se vinculasen con supuestos de corrupción ellos son puestos en conocimiento de esa Fiscalía especializada (aunque no carezco de información certeza respecto de si aún está vigente).

³⁰ Reglamentada a través de los Decretos 102/99, 164/99, 466/07, entre otros.

³¹ Dicho funcionario es asistido para el cumplimiento de sus funciones por un gabinete de asesores y por dos funcionarios que tienen rango y jerarquía de Subsecretarios. Éstos también son designados y removidos por el Presidente de la Nación a propuesta del Ministro de Justicia (art. 10) y cada uno de ellos dirige una de las direcciones que conforman esa Oficina, a saber: la de investigaciones (DIOA), cuya función principal es fiscalizar el cumplimiento de los deberes de los agentes y el debido uso de los recursos estatales; y la de Planificación de Políticas de Transparencia (DPPT) que es responsable de la elaboración de políticas estatales contra la corrupción en el SPN (art. 9). A su vez, esos

elevarle, además, un informe semestral y una memoria anual sobre su gestión³², así como también un informe final de cada investigación que realice³³.

Para ello, goza “*en forma concurrente con la FIA*” “*de las competencias y atribuciones establecidas en los artículos 26, 45 y 50 de la Ley N° 24.946*”³⁴ (que es la Ley Orgánica del Ministerio Público –LOMP-). De esa norma y de aquellas que vienen a reglamentar su actuación se desprende, entonces, que está facultada para actuar de oficio³⁵ o a raíz de una denuncia³⁶; para investigar preliminarmente los hechos irregulares que conozca siempre que éstos superen los criterios de oportunidad que regulan la actuación de esa Oficina³⁷, para instar la promoción de un sumario administrativo y/o para formular una denuncia penal y para constituirse en parte querellante cuando a través del hecho investigado se hubiere afectado el patrimonio estatal³⁸, entre otras prerrogativas que ostenta³⁹.

5) La FIA es el órgano especializado dentro del Ministerio Público Fiscal (MPF) en la investigación de irregularidades cometidas por agentes de la APN y/o en el manejo de los recursos estatales⁴⁰ y está a cargo del Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas. Dicho magistrado, al igual que los fiscales de distinto grado que lo asisten, posee estabilidad en el cargo luego de haber sido designado por concurso⁴¹.

Quienes integran esa Fiscalía ostentan, además de las facultades previstas en el art. 26 de la LOMP, las enunciadas en el art. 50 de esa misma ley⁴²; pero, a diferencia del resto de los integrantes del MPF, su actuación no está guiada por el principio de legalidad procesal, sino por criterios que le permiten seleccionar en qué casos intervendrá y de qué forma lo hará⁴³.

Subsecretarios, son asistidos por Subdirectores (cf. art. 6 del Decreto 102/99 y ver también Decreto 466/07).

³² Cf. art. 8, inc. d. y 17 del Decreto 102/99, los que son públicos y pueden ser consultados personalmente o por Internet.

³³ Cf. art. 16 del Decreto 102/99.

³⁴ Art. 13 de la ley 25.233, promulgada el 10 de diciembre de 1999.

³⁵ Ella debe tener una actitud proactiva, pues está obligada no sólo a evaluar la información que difundan los medios de comunicación social —relacionada con la existencia de hechos irregulares en el ámbito de sus funciones y en su caso— para luego iniciar las actuaciones correspondientes, sino también a analizar la información vinculada con el ejercicio de sus competencias producida por la SIGEN y la AGN (cf. art. 11 incs. d y e del Decreto 102/99).

³⁶ La denuncia puede ser formulada por otro organismo estatal o por un particular; éstos últimos pueden hacerlo en forma oral o escrita, con identidad reservada, en forma anónima, telefónicamente o vía e-mail.

³⁷ Dicho criterios, en la órbita de la OA, han sido aprobados por Resolución Ministerial 458/2001 del 30/5/01.

³⁸ Cf. Art. 5 de la ley 25.233 mediante la cual se ordenó la incorporación de dicho texto como inciso 19 del artículo 20 de la Ley de Ministerios, según el texto ordenado por Decreto N° 438/92.

³⁹ Como aquellas que ejerce como consecuencia de la no constitución de la Comisión de Ética Pública prevista en la ley 25.188, pues mientras ello no suceda, esa Oficina suple, en el ámbito del PEN, las funciones encomendadas a esa Comisión (cf. Decreto 164/99, Resolución 17/00, Decreto 808/00, Resolución 1000/00, entre otras).

⁴⁰ Cf. arts. 45 y ss. de la LOMP, reglamentados por Resolución PGN 18/05. Dicha resolución debe analizarse conjuntamente con las Resoluciones PGN nro. 147/08 y 133/09 y lo dictaminado por el Procurador en los autos *Moreno Guillermo s/ rec*, de queja (expte. SCM 534; L.XLVI) del 17/9/10).

⁴¹ Dicho magistrado, además, está exento de recibir instrucciones particulares por parte del Procurador General de la Nación y sólo puede ser removido de su cargo por el procedimiento previsto a tal efecto en la LOMP.

⁴² Sobre sus facultades de investigación en su reglamento se establece que: “*Ya sea en el marco de una investigación preliminar o complementaria, así como a consecuencia de la participación que se realice en causas judiciales o sumarios administrativos, el fiscal que intervenga en el asunto podrá ordenar todas las pruebas que sean necesarias y conducentes para el esclarecimiento de los hechos denunciados*”, entre las que se mencionan a mero título enunciativo, ordenar: declaraciones testimoniales, vista de documentación, vista in situ de documentación de organismos públicos y privados, peritajes contables y de otro tipo, requerimiento de información a organismos públicos y a particulares (art. 18, Res. 18/05).

En forma coincidente con la OA, ella está facultada para actuar de oficio⁴⁴ o por denuncia⁴⁵ y puede realizar tanto investigaciones preliminares como complementarias. Asimismo, tiene el deber de promover la investigación (formulando denuncias) o de investigar por si misma los hechos que caigan bajo su ámbito de competencia, de instar la promoción de sumarios administrativos⁴⁶, y de intervenir en los procesos penales cuyo objeto consista en la investigación de irregularidades cometidas por funcionarios públicos del PEN o que involucren fondos nacionales. Esto último puede hacerlo participando junto al fiscal que actúa en el proceso en razón del turno⁴⁷ o incluso reemplazándolo. Esto último, sólo podrá hacerlo cuando aquél tuviere un criterio contrario a la prosecución de la acción y la FIA no compartiere ese temperamento. Sólo en ese caso, el ejercicio de la acción penal quedará directamente a su cargo⁴⁸.

III.b. Otras herramientas.

Además de contar con órganos especializados, a fin de incrementar las posibilidades de detectar hechos de corrupción, existen ciertos mecanismos que tienden a aumentar las chances de que los hechos de corrupción sean conocidos. Como ser:

1) La Obligación de denunciar que se le ha impuesto a todos los agentes y funcionarios de la Administración: Es tan esencial que el Estado pueda contar con toda la información que ese gran universo de personas le puede proveer, que tanto la CICC como la CNUCC les han ordenado a los Estados signatarios generar mecanismos que obliguen a sus agentes a poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos de corrupción que conozcan⁴⁹.

Podría decirse que el Estado Argentino ha cumplido con ese mandato. Pues, por un lado, a todos los *funcionarios o empleados públicos que conozcan en el ejercicio de sus funciones delitos perseguibles de oficio* les ha impuesto la obligación de denunciarlos⁵⁰ (y su incumplimiento pareciera estar castigado a través de lo previsto en el art. 277 del CP⁵¹); y, por el otro, ha estipulado, dentro de los deberes que tienen los agentes de la Administración, el de “*llevar a conocimiento de la superioridad todo acto, omisión o*

⁴³ Dichos criterios han sido establecidos a través de las Disposiciones Generales del FNIA nro. 7 y 8/06. Ellas, además de contemplar cuestiones relacionadas con la relevancia económica, institucional, social y/o de gestión del hecho irregular conocido, también prevén el análisis de la *pertinencia* de la intervención de esa Fiscalía así como la *verificabilidad* del hecho objeto de investigación.

⁴⁴ Vale señalar que ese organismo también ha adoptado una actitud proactiva, pues ha creado un área específica (el Área de Detección Temprana) que tiene como función relevar periódicamente no sólo las noticias periodísticas, sino también los diversos informes de autoría que los órganos de control pudieren confeccionar.

⁴⁵ Ella posee la misma flexibilidad que la OA para aceptar denuncias; aunque para iniciar una investigación también cuenta con la información que debería remitírsele en función de lo previsto en el art. 48 de la LOMP, así como aquella que obtiene a raíz de la comunicación del inicio de un sumario administrativo que todos los organismos de la administración están obligados a hacerle en función de lo previsto en el artículo 3 del RIA (Decreto 467/99).

⁴⁶ Estando facultada para intervenir en ellos cuando así lo considere como parte acusadora o coadyuvante (cf. arts. 45 y 49 de la LOMP y 3 del Decreto 467/99).

⁴⁷ Cf. art. 45.1.1 y 2 del Reglamento Interno de la FIA, Resolución PGN 18/05).

⁴⁸ Cf. art. 45 inc. c. última parte de la LOMP, y arts. 45.14 y 45.5 del Reglamento interno. Sobre las discusiones que se han planteado sobre el alcance de esta prerrogativa ver, además de las resoluciones y dictámenes ya citados, el trabajo de Alejandro Rua, *El marco estricto de la ley en la política anticorrupción del MPF*.

⁴⁹ Cf. art. III.1 CICC y art. 8.4 CNUCC.

⁵⁰ Cf. art. 177 del CPPN.

*procedimiento que causare o pudiere causar perjuicio al Estado, configurar delito, o resultar una aplicación ineficiente de los recursos públicos*⁵².

2) La posibilidad de que se formulen denuncias anónimas (y de que los organismos de control puedan actuar en base a ellas): Harto conocido es que las personas que denuncian hechos de corrupción o que atestiguan sobre ellos suelen ser víctimas de intimidaciones, persecuciones y de importantes represalias. Por eso es que los instrumentos internacionales en esta materia contemplan diversas normas a través de las cuales compelen a los Estados a proteger no sólo a los denunciadores de buena fe, sino también a los testigos, peritos, víctimas y arrepentidos de hechos de corrupción⁵³.

Ello lo hacen a tal punto que también los constriñen a adoptar medidas apropiadas “*para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción*” y para facilitar “*el acceso a dichos órganos; cuando proceda, para la denuncia, **incluso anónima**, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención*”⁵⁴. Esto último se prevé porque muchas veces la mejor protección que ellos pueden tener (al menos, cuando intervienen como denunciadores⁵⁵) es que sus datos personales no se registren.

Pese a la vitalidad del tema, el Estado Argentino hasta el momento no ha cumplido con ese compromiso. No obstante, no sería errado afirmar que actualmente resulta factible el inicio de investigaciones por denuncias que se hubieren formulado anónimamente (siempre que éstas sean verosímiles y circunstanciadas)⁵⁶.

3) A través del acceso a la información: El Decreto 1172/03 fue sancionado con el fin de incrementar la transparencia de los actos de gobierno a través de su publicidad. Por ello, allí se regularon diversas cuestiones tendientes a incrementar la participación ciudadana en el control de

⁵¹ Si bien esa es la interpretación más razonable y la que sigue gran parte de la doctrina y jurisprudencia (cf. entre otros, diversos fallos de la CNCCF y el trabajo de Luis Arnaldo, *El delito de omisión de denuncia a partir de la ley 25.246, LL 2003-A, 84*), lo cierto es que la Sala III de la CNCCP en el caso *Alderete* (del 27/11/01) ha hecho una interpretación tan restrictiva de esta obligación que prácticamente la deja vacía de contenido.

⁵² Cf. arts. 23.h de la ley 25.164 y su decreto reglamentario (aunque cabe señalar sólo “*cuando el acto, omisión o procedimiento involucrase a sus superiores inmediatos*” se prevé que éstos recurran directamente a la FIA, a la SIGEN y/o a la AGN), así como lo previsto en el art. 36.h del Decreto 214/06, en el art. 3 del Decreto 467/99 y en el Decreto 1162/00.

⁵³ Cf. Art. III.5 CICC, art. 24 de la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y arts. 32 y 33 de la CNUCC.

⁵⁴ Cf. art. 13 de la CNUCC

⁵⁵ Para ver las discusiones que se plantean en torno a la participación en el proceso penal de un testigo con identidad reservada y de un agente encubierto, ver, entre muchos otros, Alejandro Carrió, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Editorial Hammurabi, 2006, Bs. As.

⁵⁶ En esta línea, debe mencionarse que tanto la OA como la FIA prevén puntualmente el inicio de investigaciones cuando se hubiere tomado conocimiento de un hecho irregular a través de una denuncia de estas características (además de que también contemplan la posibilidad de recibir una denuncia dejando en reserva la identidad del denunciante e incluso, dándosele la posibilidad de no dar a conocerla). A su vez, éstos, al igual que el resto de los integrantes del MPF, están facultados para promover investigaciones de oficio y en consecuencia, también para instarlas sobre la base de una *noticia criminis*; proceder que ha sido avalado por la jurisprudencia (pero cuyo análisis excede el marco de este trabajo).

esos actos⁵⁷. Entre los mecanismos que con esa finalidad se contemplaron, se estableció el procedimiento para el “*Acceso a la Información Pública*” en el ámbito del PEN.

La obligación básica que esa norma le impone a la Administración, así como a todos aquellos que reciban fondos públicos y/o presten servicios públicos, es la de proveer toda aquella información pública que cualquier persona solicite—incluso cuando se requiera sin acreditarse algún derecho subjetivo, un interés legítimo o sin que se cuente con patrocinio letrado—, en el momento que se la requiera o dentro de un plazo relativamente corto. Allí se establece, además, que el incumplimiento de dicha carga (o incluso su cumplimiento parcial) hará incurrir a quien lo haga “*en falta grave, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran caberle conforme lo previsto en los Códigos Civil y Penal de la Nación*”.

IV. ¿Cuáles son las posibles reacciones que pueden generarse ante un hecho de corrupción?

Ante la detección de una irregularidad, además de optarse por la intervención de la justicia penal en aquellos casos en los que ello pueda constituir un ilícito penal, existen una gama de “reacciones” que pueden (y deben) explorarse conjunta y-o alternativamente a esa vía; como ser:

La **separación preventiva del funcionario involucrado de su cargo**. En este sentido, puntualmente se establece que “*el personal sumariado podrá ser suspendido preventivamente o trasladado dentro de su zona por la autoridad administrativa competente cuando su alejamiento sea necesario para el esclarecimiento de los hechos investigados o cuando su permanencia en funciones fuera evaluada como peligrosa o riesgosa*”⁵⁸.

La sustanciación de un **sumario administrativo** que podría generar la suspensión del funcionario, su **cesantía**⁵⁹ e incluso su **exoneración**. Esto último podría ocurrir, entre otras razones, si⁶⁰:

- el funcionario patrocinare trámites o gestiones administrativas referentes a asuntos de terceros que se vinculen con sus funciones;
- recibiere directa o indirectamente beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la administración;

⁵⁷ Como aquellas relativas a la reglamentación de Audiencias Públicas para el PEN, a la Publicidad de la Gestión de Intereses también para el ámbito del PEN, a la Elaboración Participativa de Normas, y a las Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos.

⁵⁸ Aclarándose que esa decisión deberá ser tomada por la “*autoridad competente con los debidos fundamentos y tendrá los efectos de una medida precautoria, no pudiendo extenderse en ningún caso, durante más de tres (3) meses desde la fecha de iniciación del sumario. Vencido dicho plazo, si el sumario no hubiera sido concluido, el trabajador deberá ser reincorporado a sus tareas habituales*” (art. 36 ley 25.164).

⁵⁹ Lo que podrá ocurrir ante el incumplimiento de los deberes establecidos en los artículos 23 y 24 cuando por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiere. Dentro de dichos deberes, y en lo que hace al objeto de este trabajo, vale mencionar el deber de denunciar hechos irregulares, excusarse de intervenir cuando su intervención pueda generar temor de parcialidad, velar por el cuidado y la conservación de los bienes que se pongan bajo su custodia y el de encuadrarse en las disposiciones legales y reglamentarias sobre incompatibilidad y acumulación de cargos (art. 23).

⁶⁰ El agente resultase condenado por delito contra la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal o se le imponga como pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para la función pública. Pero además, también podrá ser exonerado cuando comenta una falta grave que perjudique materialmente a la Administración Pública o viole las prohibiciones previstas en el artículo 24.

- mantuviere vinculaciones que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por la dependencia donde se encuentre prestando servicios.
- Se valiere directa o indirectamente de facultades o prerrogativas inherentes a sus funciones para fines ajenos a dicha función.
- aceptare dádivas, obsequios u otros beneficios u obtuviere ventajas de cualquier índole con motivo u ocasión del desempeño de sus funciones.
- Hiciere uso indebido o con fines particulares del patrimonio estatal.

La **revocación inmediata del procedimiento** (y a la iniciación de actuaciones disciplinarias) cuando se hubiesen omitido **los requisitos de publicidad y difusión previa** o se lo hubiese direccionado⁶¹; o al **rechazo sin más trámite de una oferta o la rescisión de pleno derecho de un contrato** cuando se hubiesen dado y ofrecido dádivas⁶².

Asimismo, en supuestos en los que la irregularidad detectada implique un incumplimiento por parte del **proveedor**, la administración podrá aplicar a éstos **penalidades y sanciones**⁶³. Es decir, en casos en los que por ejemplo los bienes no hubiesen sido entregados o prestado los servicios de conformidad con lo convenido, la administración posee la **facultad de declarar rescindido el contrato** sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial, con pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato, de aplicarle multas y de procurar su inhabilitación y/o suspensión⁶⁴. Ello, sin perjuicio de la **responsabilidad** que tendrá el proveedor por los **daños y perjuicios** que sufre la Administración con motivo de la celebración de un nuevo contrato con el mismo objeto⁶⁵.

En este tipo de supuestos, además, la Administración también tendría la potestad de iniciar acciones tendientes a repetir las sumas abonadas (**acciones de repetición**), **en función del enriquecimiento incausado** de los proveedores que estarían en esas situaciones, las que tendrían como finalidad procurar la devolución del dinero que se habría pagado incorrectamente.

⁶¹ De forma tal que se hubiesen formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo fuera factible por determinado interesado u oferente, de manera que el mismo esté dirigido a favorecer situaciones particulares (art. 18 del Decreto 1023/00).

⁶² Para que: “a) Funcionarios o empleados públicos con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; e) O para que hagan valer la influencia de su cargo ante otro funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; y c) Cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones”; aclarándose además que las consecuencias de estas conductas ilícitas “se producirán aun cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa” (9-1023 y 10-436).

⁶³ Las primeras podrán acarrear la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato; una multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones y/o la rescisión por su culpa del co-contratante. A su vez, sin perjuicio de las penalidades que pudiesen corresponderle a los oferentes o co-contratantes, en los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones, éstos serán pasibles de las sanciones de apercibimiento; suspensión y/o inhabilitación (cf. Art. 29, Decreto 1023).

⁶⁴ Cf. arts. 145 y. 146 Decreto 436.

⁶⁵ Cf. Art. 97 y 100 Decreto 436 y art. 26 del Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, aprobado por Resolución 834/2000.

A su vez, la detección de una práctica irregular debería llevar a los órganos que tienen entre sus funciones velar por la transparencia⁶⁶ -e incluso a quienes tienen a su cargo la gestión del organismo en cuyo marco se advirtió la conducta desviada-, a preguntarse si se trata de una práctica aislada o de una que se repite con cierta asiduidad; ya que, en este último caso, debería **formularse una política de transparencia**; esto es, debería pensarse qué mecanismos o circuitos deberían modificarse o fortalecerse a fin de evitar que ella pudiese ser nuevamente cometida.

V. ¿Cuáles son las consecuencias que genera la intervención del derecho penal?

Ahora bien, cuando el derecho penal propiamente dicho entra en escena **lleva a que se frene o entorpezca el avance de las distintas reacciones** mencionadas en el punto anterior; pues, aunque todas ellas conformen cursos de acción independientes y-o eventualmente complementarios a la vía penal, suelen ser suspendidos o su avance se supedita a las resultas de lo que ocurra en el ámbito del proceso penal⁶⁷.

La experiencia indica, además, que en el ámbito federal no es mucho (aunque en honor a la precisión, debería decir que es muy poco) lo que puede esperarse de los procesos que se sustancian por hechos de corrupción.

El índice de condena es muy bajo y el tiempo de duración del trámite excesivamente alto, lo que ocurre no sólo como consecuencia del arcaico y vetusto sistema procesal penal que rige en el ámbito federal⁶⁸, sino también por la **complejidad** de los hechos y el **poder** (político y económico) de los sujetos **investigados**⁶⁹.

⁶⁶ Como la Dirección de Políticas de Transparencia de la OA o la Dirección de Transparencia Institucional del Ministerio de Defensa de la Nación.

⁶⁷ Así se procede, por ejemplo, cuando está en trámite un sumario administrativo y ello se hace a pesar de que expresamente ese ha dispuesto que: "La substanciación de los sumarios por hechos que puedan configurar delitos y la imposición de las sanciones pertinentes en el orden administrativo, son independientes de la causa criminal, excepto en aquellos casos en que de la sentencia definitiva surja la configuración de una causal más grave que la sancionada; en tal supuesto se podrá sustituir la medida aplicada por otra de mayor gravedad" (art. 34 ley 25.164). De la reglamentación, además, se desprende que: "Estando pendiente la causa criminal, el sumariado no podrá ser declarado exento de responsabilidad" (art. 34 del Decreto 1421/02).

⁶⁸ Muchísimo ya se ha dicho sobre los cuantiosos problemas que genera el procedimiento penal mixto actualmente vigente en la justicia federal (que es donde se juzgan los casos de corrupción cometidos por funcionario públicos nacionales y/o que involucren fondos estatales). Sin pretender ahondar en ese tópico, entiendo oportuno recordar que, entre otras cosas, se ha cuestionado dicho régimen por mantener una instrucción inquisitiva que juega un papel preponderante en la resolución del caso, que es secreta y escrita, con jueces que en lugar de velar por las garantías de los imputados se comprometen con la hipótesis delictiva desdibujando, así, el rol que debería cumplir el MPF, que dura muchísimo más tiempo del debido, donde no se dictan suficientes medidas cautelares ni medidas preventivas para asegurar que no desaparezcan los bienes durante el proceso (lo que debería hacerse no sólo porque es un mandato que surge de las convenciones internacionales en materia de corrupción, sino también para garantizar que el delito no rinda frutos y para asegurar que, en caso de condena, existan bienes que puedan ser objeto de decomiso), donde se sobrevalora la importancia de la peritaciones, entre otras cuestiones.

⁶⁹ El hecho de que se encuentren involucrados funcionarios de alto rango dificulta notablemente la investigación, máxime si el sujeto investigado todavía está ejerciendo un cargo público y/o goza de "cobertura política" en ese momento. El poder que ostenta, como se mencionó, no sólo se traduce en la posibilidad que tiene para manipular la evidencia (destruyéndola, escondiéndola, falseándola o construyendo evidencia falsa), sino también para ejercer presiones sobre posibles denunciantes y testigos y en algunos casos incluso para influir (por medio del amedrentamiento o a través del ofrecimiento de algún tipo de beneficio) sobre los propios encargados de investigar, acusar y juzgar.

A ello se suma, además, el alto grado de **descoordinación y recelos entre los distintos actores** antes reseñados. Así, no sólo se advierten problemas de coordinación entre los propios organismos de control⁷⁰, sino también entre éstos y los operadores judiciales⁷¹.

En esta línea, tampoco puede dejar de considerarse las limitadas o inexistentes herramientas con las que se cuenta para poder proteger a testigos, víctimas y peritos de hechos de corrupción.

Por otro lado, la falta de reacción en tiempo y forma **permite** (con el consiguiente efecto paralizador de las restantes vías posibles), entre otras cosas, la **permanencia en el cargo de los funcionarios**, que éstos y las empresas involucradas se “**insolventen**” (o eventualmente muten en nuevas sociedades); y que continúen haciéndose **nuevos negocios** y **lucrando** con el beneficio obtenido.

Las cuestiones reseñadas demuestran, entonces, que a pesar que desde un punto de vista estrictamente normativo pareciera que se cuentan con suficientes herramientas y organismos especializados para incrementar las posibilidades de detección, investigación y castigo de hechos de corrupción, son tantos los obstáculos que deben enfrentar que al final de cuentas terminan siendo vencidas (o abatidas) y que en esa lucha, el derecho penal no resulta una herramienta particularmente eficaz.

⁷⁰ Pues las tareas que éstos desarrollan tienen importantes ámbitos de superposición. Ello ocurre, por ejemplo, respecto de los trabajos que realiza tanto la SIGEN como la AGN y entre las investigaciones que practican la FIA y la OA. Si bien para algunos podría ser un problema que ellos coincidan respecto del objeto de investigación, la realidad demuestra que nunca son suficientes los recursos con los que cuenta el Estado para prevenir, detectar e investigar hechos de corrupción y que además, dada la distinta ubicación institucional y las diversas facultades que éstos ostentan, no abordan el análisis de las cuestiones que se les encomiendan de la misma manera. En esta última variable está la clave de la cuestión; pues es por este motivo precisamente que todos tienen algo que aportar en la detección y/o investigación de hechos de corrupción. Sin embargo, en lugar de buscarse una estrategia que permita complementar esos puntos de vistas a través de una comunicación fluida, ellos operan como compartimientos estancos, generándose por esa razón un innecesario dispendio de recursos

⁷¹ En este sentido, puede advertirse el rechazo corporativo inicial para aceptar la intervención de la OA como parte querellante en el proceso penal y la de la FIA en las diversas formas en que está previsto en que lo haga (aunque a la fecha continúa debatiéndose el alcance de sus facultades de intervención). A ello cabe agregar que, aún cuando pareciera estar (parcialmente) superada la discusión en torno a la legitimación de éstos organismos, cada vez que ellos formulan una denuncia penal (salvando las diferencias respecto del órgano al que pertenecen), en lugar de controlarse lo que éstos realizaron para comenzar la investigación judicial de allí en adelante, irrazonablemente se vuelve otra vez a fojas cero generándose así un dispendio innecesario de tiempo y de recursos, todo lo que redundará exclusivamente en beneficio del sujeto investigado. Lo mismo acontece cuando la SIGEN y/o la AGN “judicializan” sus informes sin la intervención de la OA o de la FIA. En esos casos, además de volver sobre los pasos de los auditores, muchas veces se los mal interpreta, desdibujándose así el hecho que motivó el envío del informe a la justicia penal.