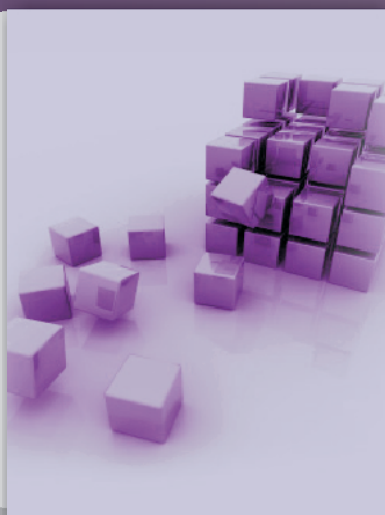


SINDICATURA GENERAL DE LA NACION

PUBLICACIONES  
TECNICAS

Publicaciones  
Técnicas  
SIGEN

PTS 13



**EL CONTROL DE LA BUENA  
ADMINISTRACIÓN EN  
ORGANIZACIONES COMPLEJAS:  
HERRAMIENTAS DE DERECHO  
ADMINISTRATIVO Y BIG DATA**

Disertación del Decano de la  
Facultad de Derecho de la  
Universidad de Salamanca (España),  
**Dr. Prof. Ricardo Rivero Ortega**

SINDICATURA  
GENERAL DE LA  
NACION



Sindicatura General de la Nación  
Presidencia de la Nación

Av. Corrientes 389 / C1043AAD / Ciudad Autónoma de Buenos Aires / República Argentina  
Tel.: (54+11) 4312 8111/18 - Fax: (54+11) 4317 2828 / [www.sigen.gov.ar](http://www.sigen.gov.ar)

SINDICATURA GENERAL DE LA NACION

### Ricardo Rivero Ortega:

“Un modelo de control integral como el argentino, interno, vinculado, pegado a la gestión pública, colaborativo con la gestión pública, no basado exclusivamente en un enfoque economicista, es un modelo a reproducir”

**L**a Sindicatura General de la Nación, a través de su Instituto Superior de Control de la Gestión Pública (ISCGP), en el marco de su política de capacitación permanente de los funcionarios públicos, organizó el miércoles 2 de julio de 2014 las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo y Derecho Penal en el Sector Público “Sobre el Concepto de Buena Administración: Responsabilidad Contable, Penal y Administrativa”.

De la organización también participaron la Fundación Observatorio de Responsabilidad Social (FORS), la Universidad Tecnológica Nacional (UTN), la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) y la Universidad de Salamanca (España).

La actividad tuvo lugar en el Auditorio William Leslie Chapman de SIGEN (Avda. Corrientes 381 - 1° piso - CABA).

Contó con la presencia del Síndico General de la Nación, Dr. Daniel Reposo; la Presidenta de FORS, Dra. Alessandra Minicelli; la Procuradora del Tesoro de la Nación, Dra. Angelina Abbona; y el Vicerrector de la UTN, Ing. Carlos Fantini.

**En la ocasión expuso el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca (España), Dr. Prof. Ricardo Rivero Ortega, quien habló sobre el control de la buena administración en organizaciones complejas: herramientas de Derecho Administrativo y Big Data.**

### Ricardo Rivero Ortega



*Ricardo Rivero Ortega es Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca (España). Es Doctor en Derecho desde el año 1996, siendo Premio Extraordinario de Doctorado.*

*Es Profesor Titular de Derecho Administrativo desde 1998. Es Director del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de esa casa de altos estudios. Dio charlas y disertaciones en numerosas universidades y centros de investigación. Es autor de 10 libros y 50 artículos en materia de Derecho Público.*

A continuación presentamos la disertación:

Es un placer, una gran oportunidad venir nuevamente a la República Argentina a aprender. Recordaba hace un momento un debate que sostuve en el año 1999 con un ilustre colega administrativista -tengo una excelente relación con los brillantísimos profesores de Derecho Administrativo de este país- en torno al Sistema CIADI de resolución de controversias en materia de inversiones.

Yo había sido designado en un proyecto de investigación de la Unión Europea para proponer soluciones de mejora de los marcos normativos, de los marcos regulatorios y de la seguridad jurídica en varios países, entre ellos Argentina, y cuando encontré un atajo como el que suponía ser el de los convenios bilaterales de protección de inversiones extranjeras y el sistema CIADI, esto provocó mi perplejidad y dije entonces que traería problemas. Todo esto parece muy fácil, muy rápido, muy sencillo, esto de trasladar fuera del país la resolución de controversias, de responsabilidad patrimonial, de cumplimiento de normas, pero en el largo plazo probablemente va a plantear un debate, como se suscitó algunos años después, de cesión de soberanía, de renuncia al propio derecho y a la jurisdicción nacional. Bueno, me decían los colegas entusiasmados con ese modelo, que era un alarmista, que no se producirían tales situaciones y que era un sistema preventivo que evitaba precisamente esos riesgos. Diez años después del Consenso de Washington de 1989, no podía vaticinarse lo que vendría después, la gran crisis de 2001 y la espectacular recuperación de Argentina en los últimos años en su economía, en sus políticas públicas y en su equidad social.

No he dejado de venir en estos quince años, invitado por distintas universidades e instituciones a desarrollar proyectos y colaboraciones relacionados con mi ámbito de investigación, el Derecho Público. He tenido la oportunidad de participar en la elaboración de proyectos de ley del Senado de la Provincia de Buenos Aires, en la Legislatura de Santa Fe, el Proyecto Ley de Declaraciones Juradas, colaborando con instituciones gubernamentales y también estudiando las instituciones administrativas de la República Argentina y no dejo de aprender aquí.

Aprendo, por supuesto, con la intención de intentar trasladarles a ustedes alguna idea nueva, un enfoque distinto sobre sus propias realidades puesto que la única ventaja que presento respecto de sus ilustres juristas, y los hay muy buenos en este país y sus destacadísimos responsables públicos, es que observo su realidad desde fuera. Si algo puedo aportarles a ustedes y si me atrevo también a pronunciarme sobre sus instituciones es porque primero llevo quince años estudiando el Derecho Administrativo Argentino y acudiendo regularmente a este país, leyendo sus tratados y sus contribuciones; segundo porque aprecio este país; y tercero porque me considero un observador externo que compara la muy defectuosa realidad española, que no es ejemplar ni mucho menos, sino que también presentan avances institucionales sobresalientes respecto de los españoles en el tema concreto que vamos a tratar.

El régimen de la responsabilidad administrativa individual de funcionarios en Argentina es mucho más correcto que el español pero, aunque ustedes nos ganan en mucho, hay aspectos de su realidad institucional, el régimen de la responsabilidad administrativa en concreto, que

pueden ser mejorados. No tienen los mismos problemas que padecemos en España, pero sí pueden sufrir otros, así que una confesión de aprecio e interés por el ordenamiento argentino y de reconocimiento del mayor avance en algunas instituciones, en concreto esta de la responsabilidad administrativa en su derecho, respecto del español.

También creo que es importante poner en valor el elemento original y novedoso del seminario y su apuesta por una presentación combinada, conjunta, un duelo, de Derecho Administrativo y Derecho Penal, puesto que administrativistas y penalistas no somos especies recíprocamente colaborativas por naturaleza, no es habitual encontrar posiciones conjuntas, tratamientos combinados de temas de Derecho Público, realizados simultáneamente y no hay términos sólo dialécticos desde el Derecho Penal y el Derecho Administrativo.

Las relaciones entre las dos disciplinas tienden a agotarse en el eterno debate sobre los límites entre la potestad sancionadora de la Administración y su sustento dogmático y la manifestación por excelencia del “ius puniendi” del Estado que es el Derecho Penal. Siempre andamos con esa polémica en torno a dónde termina el derecho sancionador y dónde comienza el Derecho Penal, en unas líneas divisorias que son difusas y al arbitrio del legislador en último término que es la forma más sencilla de resolver la controversia. Hay otro terreno, en cambio, muy propicio para el análisis interdisciplinar del Derecho Administrativo y el Derecho Penal pero nunca hasta hoy ha acometido conjuntamente, es el propio de las responsabilidades de los funcionarios, tópico que a la mayoría ha de interesarles necesariamente.

Decir nunca, hasta ahora -y hemos repasado toda la bibliografía, la europea al menos- se ha presentado un análisis integral de la responsabilidad de los funcionarios públicos desde la perspectiva del manejo de los recursos contable, administrativa, civil y penal. Buscamos líneas divisorias claras, útiles para poder definir dónde debe terminar el Derecho Administrativo y comenzar el Derecho Penal, dónde no debería entrar el Derecho Penal con todo su instrumental punitivo y su poder estigmatizante, también para los funcionarios públicos. Y debiéramos, en cambio, confiar en un Derecho Administrativo que tiene una virtualidad preventiva y de mejora potencial también de la gestión pública, preferible a la propia del Derecho Penal.

En Argentina necesitan un mejor deslinde entre las responsabilidades penales y las administrativas.

Este va a ser nuestro planteamiento y la propuesta final tras un análisis pormenorizado de los conceptos de “buena administración”, de “mala administración”, de las herramientas para realizar la buena administración desde el Derecho Administrativo y de los mecanismos de respuesta del Derecho Penal para el caso de detección de comportamientos evidentes de mala administración. Y, tras analizar la realidad argentina, el régimen de las responsabilidades administrativas y penales en el Derecho vigente argentino actual, concluimos que en Argentina necesitan un mejor deslinde (también probablemente lo necesitamos en España) entre las responsabilidades penales y las administrativas.

La diferencia entre Argentina y España en este punto de las responsabilidades de los funcionarios públicos es muy fácil de explicar. En el Derecho Argentino se han desarrollado extraordinaria y profundamente las responsabilidades administrativas de los funcionarios. No me refiero ahora sólo ni primordialmente a las disciplinarias, que también existen en el Derecho Español, sino a las de carácter civil o patrimonial. Estas se encuentran bien desarrolladas en el Derecho Argentino mientras que en el Derecho Español son prácticamente inexistentes. Se sorprenderán porque España es un Estado Constitucional, es un Estado de Derecho, no es una República. Acabamos de realizar nuestra propia transición de Monarquía Constitucional. La Monarquía Constitucional presenta diferencias respecto del esquema republicano, pero al final el marco constitucional y la idea de Estado de Derecho comportan la entera responsabilidad a los servidores públicos. Y efectivamente también en otros períodos de la historia constitucional y administrativa española, sí ha existido la responsabilidad patrimonial o administrativa directa de funcionarios y autoridades.

En el año 1904, uno de nuestros más memorables gobernantes, Antonio Maura, propició la aprobación de una ley, la Ley Maura, cuyo sentido era la responsabilización individual de los funcionarios y las autoridades. Pero esa ley, que se mantuvo vigente aunque dormida durante los períodos dictatoriales que son protagonistas del siglo XX español, se deroga, intempestivamente, a finales del siglo XX. Entonces, el resultado de la derogación de la Ley Maura en España, de esa ley que regulaba las responsabilidades individuales de los funcionarios, es la desaparición de

la responsabilidad individual. En España no existe y ustedes la han desarrollado con una gran profundidad.

La pregunta que intentaremos contestar es si tiene sentido en un ordenamiento jurídico que ha desarrollado con tanto alcance y profundidad la responsabilidad administrativa del funcionario, mantener simultáneamente responsabilidades penales exacerbadas en materia de Gestión de Fondos Públicos como las que encontramos en la tipificación de los delitos de malversación en el Código Penal Argentino.

En líneas generales, puede decirse que el régimen de la responsabilidad, el régimen integral de la responsabilidad contable administrativa y penal del funcionario público en Argentina es uno de los más completos e hipertrofiados del Derecho Comparado.

Ustedes han desarrollado posibilidades de responsabilización individual de los funcionarios y autoridades, sin límite alguno. Posibilidades convergentes y que se solapan entre sí, con grandes riesgos, en caso de ser utilizadas hasta sus últimas consecuencias. Desde el punto de vista de la posición jurídica de los funcionarios y estos, como todas las personas, necesitan, saber a qué atenernos. Los funcionarios necesitamos saber hasta dónde llegan nuestros deberes y hasta dónde llegan nuestras responsabilidades y por qué podemos ser procesados penalmente o por qué se nos pueden exigir responsabilidades administrativas.

En un régimen tan abierto y tan hipertrofiado como el argentino, la posición del funcionario público resulta seriamente amenazada, en el caso de llevarse hasta sus últimas consecuencias, porque también puede producirse la situación para-

dójica, pero factible, de que todo ese régimen de responsabilidades individuales presente unos sesgos tan claramente anti garantistas que sencillamente no pueda ser aplicado. Que devenga inútil.

La seguridad jurídica es absolutamente necesaria para que las normas lleguen a cumplirse realmente. Hay que recordar siempre ese cuento con el que Ortega y Gasset explicaba el significado de la seguridad jurídica, yo lo hice en la Argentina hace algunos años recordando al que se iba a confesar y cuando el sacerdote le preguntaba por el cumplimiento de los mandamientos contestaba diciendo que no los había cumplido porque había oído el run-run de que los estaban cambiando. Entonces, eso es lo que sucede, la seguridad jurídica requiere un conocimiento cierto de los deberes en un momento dado y si se nos imponen deberes sin límite o deberes variables, a lo largo del tiempo, esto puede perturbar nuestra propia posición, amenazando nuestros derechos o puede llevarnos a un relativismo sin límite. A la anomia institucional, que uno de sus más ilustres juristas, Carlos Santiago Nino, denunciaba hace algunos años en su excelente obra.

Y ustedes se encuentran precisamente en ese momento en el que se hallaba quien se confesaba, porque se lo están cambiando. Hoy se debate en el Senado Argentino el proyecto de ley de Responsabilidad del Estado, y se va a producir una modificación sustancial del Régimen de la Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y agentes en el Derecho de esta República. Y aunque el proyecto está bien elaborado desde mi punto de vista, tiene unas precisiones jurídico-administrativas muy adecuadas, presenta un riesgo, desde el punto de vista de su integración con el resto de las responsabilidades de fun-

cionarios y autoridades. Yo creo que no se ha ponderado, quizás suficientemente en su diseño, la combinación de las nuevas responsabilidades previstas con las de orden penal o las previstas en las leyes del control financiero interno en Argentina en las leyes reguladoras, precisamente de la Institución que nos alberga. Un análisis completo del régimen de las responsabilidades de los funcionarios y autoridades es necesario, en mi opinión, para que la entrada en vigor de ese proyecto de ley de responsabilidad del Estado no produzca efectos perturbadores, no sólo sobre la economía nacional, sino también sobre la posición jurídica de los funcionarios y las autoridades.

Y digo esto porque también a finales de los 90 y a principios de la década de los 2000 tuve ocasión de colaborar con el gobierno de Colombia con motivo del serio problema que sufrían a resultas de la interpretación del régimen de responsabilidad objetiva del Estado por culpa de haber reproducido el modelo español. La réplica de algunas soluciones constitucionales y administrativas españolas en otros países ha producido efectos perturbadores. Yo he recorrido creo que la mayor parte de las repúblicas andinas desaconsejando la copia del Estado de las Autonomías Españolas porque es un disparate que los ecuatorianos o los colombianos o los peruanos quisieran copiar el modelo de Estado de las Autonomías Españolas, siempre me ha parecido una mala idea. Y cuando los colombianos copiaron el modelo español de Responsabilidad Objetiva del Estado esto les costó un incremento de un punto en la deuda.

La cuantificación económica de las condenas de responsabilidad patrimonial del Estado fue exorbitante, de manera que la afección sobre la economía nacional obli-

Los funcionarios y autoridades son servidores públicos y tienen que responder por ello. Pero si llevan ustedes muy lejos la solución de la respuesta necesaria de los funcionarios y autoridades, no la rodean de garantías, la combinan con un derecho penal de tipos muy abiertos, se están poniendo todos ustedes, funcionarios y autoridades, en una situación de riesgo desproporcionada.

gó a reconsiderar seriamente el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado en un momento en que se pasa de un régimen clásico que funcionaba probablemente sin estos problemas a otro de nuevo cuño, administrativizado, de clara inspiración española. Por lo que yo he podido observar en el proyecto hay que calibrar correctamente las consecuencias y el impacto sobre la economía nacional, podrá ser modulado posteriormente por la jurisprudencia. Me parece que el proyecto también incorpora algunas acertadas cautelas en este sentido.

Cautelas que, siendo bien recibidas por la jurisprudencia, si esta no es expansiva, atenuarán, en mi opinión, los efectos de la multiplicación de las condenas por daño.

Pero otra cuestión distinta es el impacto que pueda tener sobre los funcionarios porque un resultado inesquivable de una nueva Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado, en mi opinión, si yo conozco los efectos del Derecho Administrativo, va a ser la multiplicación de las acciones de responsabilidad. Es una invitación al incremento de la litigiosidad en el ámbito de la exigencia de responsabilidades patrimoniales del Estado y esto puede producir (en un escenario jurídico como el argentino en el que el régimen de responsabilidad de los funcionarios y autoridades está tan desarrollado, a años luz del español, porque en España las responsabilidades individuales patrimoniales civiles del funcionario público, prácticamente no existen, se derogaron de ma-

nera explícita) el efecto de multiplicación de las causas por daño y responsabilidad patrimonial a los funcionarios.

Ustedes tienen un Derecho de la Responsabilidad de los Funcionarios y Autoridades ejemplar, por muchas razones. Yo he defendido en España durante años la necesidad de incorporar la Responsabilidad Individual Patrimonial del Funcionario Público, me gusta más la solución argentina que la española. Probablemente la solución española viene muy marcada por esa idea de las monarquías, esto se agudiza en estos últimos días con el debate sobre el aforamiento del Rey Juan Carlos, tras su abdicación, la idea de que el monarca no es responsable, que viene también del Derecho Británico "The King can't be not wrong".

La irresponsabilidad del monarca tiene una traslación en el esquema del Derecho Público de la Monarquía Constitucional a la falta de responsabilidades individuales de los funcionarios.

Yo prefiero la solución republicana en este punto. La solución republicana de que los funcionarios y autoridades son servidores públicos y tienen que responder, creo en esa solución. Pero si llevan ustedes muy lejos la solución de la respuesta necesaria de los funcionarios y autoridades, no la rodean de garantías, la combinan con un derecho penal de tipos muy abiertos, se están poniendo todos ustedes, funcionarios y autoridades, en una situación de riesgo desproporcionada. Desproporcionada en

términos comparados, porque fijense ustedes que los funcionarios y autoridades españolas se desenvuelven en un estado democrático de Derecho incontrovertible, desde ese punto de vista, y no se enfrentan a los riesgos de gestión que sí han de afrontar los funcionarios públicos en la República Argentina por ese Régimen de Responsabilidades.

Entonces, me parece que hay algo de inequidad en la comparativa entre los dos ordenamientos. Conviene, creo, aunque no resulte el más tópico de los discursos, sostener estas tesis. La tesis de que hay que limitar cabalmente el régimen de la responsabilidad en los funcionarios y autoridades, porque lo más fácil, cuando se habla de responsabilidades contables, de responsabilidades administrativas, desde el punto de vista de los principios del Estado Democrático de Derecho, siempre, pues, es decir, que los funcionarios tienen que ser responsables. Y cuando yo desarrollo estos tópicos en España, sostengo esa tesis, ¿de acuerdo?

Pero aquí en Argentina, con el Régimen de Responsabilidades que ustedes pueden llegar a padecer, ahondar en la idea de la necesaria responsabilización de los funcionarios y autoridades es ir mucho más allá de lo razonable en términos comparados. Lo más fácil cuando hablamos de malversación de buena gestión pública es dejarnos llevar por los titulares de los periódicos y por la percepción socio-

lógica de la mala gestión y la corrupción e invocar la necesaria responsabilización de los funcionarios y autoridades. Esto es relativamente cómodo pero también hay que recordar que los funcionarios y las autoridades se enfrentan a situaciones de gestión complejas, no somos omniscientes, y me incorporo al nosotros porque yo también soy un funcionario y responsable de la gestión en una organización pública como decano de una Facultad de Derecho. Ninguno de los aquí presentes, ni ustedes ni yo, goza de los talentos o sufre las capacidades que relataba hace setenta años Borges en su "Funes el Memorioso". Ninguno de ustedes retiene cada uno de los datos, cada una de las informaciones de todos los expedientes, los procedimientos, los sumarios y las decisiones que toman en su gestión pública.

Todos podemos equivocarnos. Todos podemos tomar una decisión insuficientemente informada, todos podemos sufrir un sesgo cognitivo o realizar una omisión por un relativo descuido y, aplicando estrictamente el régimen de responsabilidad individual de funcionarios y autoridades del Derecho Argentino que por activa o por pasiva por inactividad permite la responsabilización de los funcionarios públicos, encontrarnos en un proceso de naturaleza administrativa o penal. Yo creo que un régimen exacerbado de responsabilidades penales y administrativas de funcionarios y autoridades parte de un arquetipo falso del funcionario público. El

Todos podemos equivocarnos. Todos podemos tomar una decisión insuficientemente informada, todos podemos sufrir un sesgo cognitivo o realizar una omisión por un relativo descuido y, aplicando estrictamente el régimen de responsabilidad individual de funcionarios y autoridades del Derecho Argentino que por activa o por pasiva por inactividad permite la responsabilización de los funcionarios públicos, encontrarnos en un proceso de naturaleza administrativa o penal.



arquetipo de que el funcionario público es infalible. Y ningún funcionario público y ninguna autoridad es infalible. Todos los funcionarios públicos y todas las autoridades cometemos errores. A veces cometemos errores sencillamente gravísimos en nuestra actuación. Y muchas veces lo hacemos por no ser perfectamente conscientes de lo que tenemos delante.

Los psicólogos cognitivos que han sido distinguidos con premios Nobel de Economía de fechas recientes, nos explican que todos tenemos una tendencia muy acusada al error. Los seres humanos en general y los funcionarios públicos, si quieren, más aún, porque no estamos sujetos a una serie de presiones y de incentivos que sí marcan la búsqueda del ánimo de lucro personal en las iniciativas individuales.

Esos sesgos cognitivos y esa tendencia al error en los procesos de toma de decisiones deben tenerse presentes en un diseño de responsabilidades que no puede partir del presupuesto de la infalibilidad del funcionario. Podemos cometer errores y si cualquier error con independencia de que concurra o no el dolo, una intencionalidad clara, un conflicto de intereses, puede derivar en un sumario o en un proceso de exigencia de responsabilidades, entonces nos encontramos en una situación muy vulnerable.

Esos sesgos cognitivos y esa tendencia al error en los procesos de toma de decisiones deben tenerse presentes en un diseño de responsabilidades que no puede partir del presupuesto de la infalibilidad del funcionario

Este es el problema. Hablando de malversaciones hay que recordar, volviendo a la Literatura, antes he citado a Borges, cómo no voy a recordar aquí a Cervantes, el autor del Quijote lo escribió en la cárcel estando preso por malversación de fondos públicos. Y saben ustedes que Cervantes, antes de sufrir esas penalidades en la Cárcel de Sevilla, porque era recaudador de tributos y también se encargaba de proveer de trigo para la elaboración del bizcocho de los Barcos de la Armada Invencible (aquella armada que enviamos a luchar contra los ingleses y terminó como la selección española de fútbol en el Mundial, más o menos, un gran fracaso, una gran frustración) y acabar con sus huesos en la Cárcel de Sevilla para escribir el Quijote, nada menos, Cervantes perdió su mano luchando por su patria. Era un patriota.

Había prestado un gran servicio a su patria. Y las crónicas, los historiadores que han analizado ese momento biográfico del autor del Quijote, no nos presentan a un Cervantes corrupto. Dicen, según las versiones, que se equivocó en el manejo de las cuentas, que quebró el banco en el que depositaba los caudales, que hubo un error de contabilidad en la determinación del alcance. Por cierto, finalmente no fue condenado nunca, pero pasó por la cárcel cautelarmente. Cervantes tuvo que pasar por la cárcel, como tantos con cargos públicos, hasta que se despeja si son responsables o no tienen que sufrir el calvario del sumario o del proceso penal. Si el resultado final fuera escribir el Quijote... bueno, podríamos llegar a asumirlo, pero en tantos casos, el resultado no es ese sino la desactivación política o profesional de personas que dejan, si no las manos, los ojos, sus mentes, sus carreras, sus vidas, en el servicio de la cosa pública.

Entonces tenemos que ser muy cuidadosos con la determinación de las responsabilidades administrativas contables penales, tenemos que ser escrupulosos en la exigencia de garantías, evitando penalidades anticipadas y tenemos que ser juristas finos, sutiles, a la hora de deslindar lo penal de lo administrativo. Tenemos que ponernos en el lugar del otro, en este caso, del funcionario público al que eventualmente se le puedan exigir responsabilidades antes de pronunciarnos anticipadamente, dejándonos llevar, por esa tendencia general a la crítica de la corrupción, por la idea de que cualquiera que maneja recursos públicos y comete un error a juicio de alguien, que ocupa una posición institucional, automáticamente es un delincuente. Esto es lo que hay que evitar.

Me voy a centrar en el concepto de buena administración y después expondré los mecanismos concretos de comprobación del cumplimiento del Derecho Administrativo, la ejecución del gasto público y las posibilidades ofrecidas por el Big Data y las nuevas tecnologías.

Esta última propuesta es quizás la más arriesgada puesto que no se limita a consideraciones de orden jurídico, pero me parece muy importante, después de exponer un concepto de buena administración (que va a estar asociado a la objetividad y a la prevención del sesgo cognitivo) ofrecer alguna alternativa verosímil que sirva, efectivamente, para corregir ese problema de partida al que ya me he referido antes, que es la tendencia muy humana a cometer errores. Porque el problema es ese, cuando hablamos de responsabilidades es muy correcto constitucionalmente y en términos democráticos sostener la necesaria responsabiliza-

ción de los funcionarios y las autoridades, nadie va discutir esa tesis. Como la juridicidad, ¿quién puede discutir el principio de juridicidad? Si ha pasado por una Facultad de Derecho, pues aún menos.

Pero hay que reconocer, también es muy importante, tener muy claro que los seres humanos no somos máquinas, los seres humanos somos personas de carne y hueso que cometemos errores, que tenemos prejuicios, que interpretamos los contextos en visiones parciales de la realidad y que esas situaciones de desconocimiento de aspectos de la realidad o de sesgos de disponibilidad o de impresiones falsas pueden traducirse en comportamientos interpretables como infracciones de deberes que pueden dar lugar a responsabilidades penales o administrativas, entonces necesitamos algún mecanismo que nos sirva para no llegar hasta ese punto.

Nuestra tendencia natural, nos dicen los economistas conductuales, es el error. No hay una racionalidad en el comportamiento humano. Es un descubrimiento de la Teoría Económica relativamente reciente, de los diez últimos años, en una aproximación interdisciplinar de la Psicología Cognitiva y de la Teoría Económica. Si no hay una racionalidad objetiva en el comportamiento de los procesos de toma de decisiones, el riesgo de error está constantemente presente y la posibilidad de que ese error sea interpretado como una infracción de deberes, a efectos de exigencia de responsabilidades individuales es extraordinariamente elevada, especialmente cuando el error se observa desde otro prejuicio, desde el prejuicio de un control posterior que no sea capaz de poner en el contexto de toma de decisiones del momento de ejecución de las políticas públicas. Y eso es muy problemáti-

co desde el punto de vista de la defensa de las posiciones jurídicas de los funcionarios y autoridades.

Vamos a ver el “Concepto de Buena Administración” que explica estas ideas.

¿Por qué es importante precisar el concepto de buena administración desde el punto de vista de las responsabilidades administrativas, contables y penales? Nuestra propuesta, basada en las ideas de buena administración y mala administración, no sólo es dogmática, es práctica. Estamos embarcados en una investigación dedicada a la mejor definición de los delitos contra la Administración Pública. Esa es la parte de las responsabilidades penales y uno de los problemas básicos en la interpretación y aplicación de los delitos contra la Administración Pública (la malversación es uno de ellos pero hay otros muchos, la prevaricación, el cohecho, el tráfico de influencias) es precisar el bien jurídico protegido.

¿Cuál es el bien jurídico protegido? Tenemos un debate intenso sobre la esencia del bien jurídico. Fíjense ustedes que los penalistas llevan décadas explicándonos estos delitos contra la administración pública pero no han llegado a perfilar con suficiente exactitud el bien jurídico protegido. ¿Cuál es el bien jurídico protegido?

El bien jurídico protegido es el patrimonio público, los recursos públicos, el dinero público. El bien jurídico son los recursos, todas las decisiones públicas son las más eficientes de todas las posibles porque en el momento que hay una mínima desviación de eficiencia en términos puramente numéricos podríamos considerar perjudicado el bien jurídico y esto nos lleva a un sesgo claramente economicista en la interpretación de las políticas públicas, que

es muy delicado, muy sencillo de aplicar para contadores y en un control estrictamente formal y matemático, pero tal vez, discutible desde el punto de vista de la efectividad de las políticas públicas porque la efectividad de las políticas públicas puede requerir sacrificios de eficiencia. La eficiencia, la eficacia y la efectividad son valores distintos.

Si creemos que el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública es el patrimonio público, el dinero público, los recursos públicos, vamos a orientar los comportamientos de los funcionarios y autoridades en términos estrictamente eficientistas. Y esa es una buena aproximación en el modelo del estado liberal mínimo porque el resultado es que se va a gastar lo menos posible, nadie va a querer gastar ni un peso más porque puede interpretarse ese comportamiento como un perjuicio para el bien jurídico protegido por los delitos frente a la administración pública. Muchas soluciones normativas y jurídicas administrativas tienen una base ideológica.

¿La prohibición del fraccionamiento de los contratos en el Derecho Administrativo protege los principios de publicidad y concurrencia o protege los oligopolios? Hay que analizar las consecuencias prácticas de las normas antes de valorar su adecuación a los objetivos constitucionales. Si la interpretación del bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública lo asocia al patrimonio público y al ahorro, los resultados en términos de políticas públicas van a ser claramente restrictivos. Va a haber un sesgo de limitación en el gasto de los ejecutores de políticas públicas. Si constitucionalmente es lo que se pretende, si la Constitución Argentina o la Constitución Española dijera “hay que gastar lo menos posible”,

eventualmente el bien jurídico se correspondería con la base constitucional, pero en un modelo de Estado Social, donde se incorporan derechos sociales al catálogo de la Constitución, puede que ese no sea el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública, por eso planteamos como alternativa el concepto de buena administración, no sólo a efectos administrativos sino también a efectos de interpretación de los tipos delictivos contra la administración pública.

En un modelo de Estado Social, donde se incorporan derechos sociales al catálogo de la Constitución, puede que ese no sea el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública, por eso planteamos como alternativa el concepto de buena administración, no sólo a efectos administrativos sino también a efectos de interpretación de los tipos delictivos contra la administración pública.

Necesitamos un criterio además, y esto es muy importante decirlo desde el Derecho Administrativo, asociado al interés general que no se base sólo en comprensiones formales de la legalidad. ¿El bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública y en la determinación de la responsabilidad de los funcionarios públicos es el cumplimiento de la ley? Esta es una pregunta deliberadamente polémica. ¿Qué es más importante en el papel del funcionario, cumplir la ley o realizar el interés general? Y verán ustedes, no se puede realizar el interés general sin cumplir la ley. La juridicidad como ustedes saben además es una expresión más estricta que el principio de legalidad. Juridicidad incluye la ley y el resto del ordenamiento jurídico, reglamentos y hasta la última disposición. Interpretación estricta del Prin-

cipio de Legalidad. Yo no voy a relativizar el Principio de Juridicidad, pero ¿pueden darse situaciones en las que se realice el interés general sin aplicar y cumplir hasta el último de los reglamentos? Bueno, vamos a salir del armario como gestores públicos, aflojémonos las corbatas ¿cuántas veces hemos de interpretar el principio de juridicidad en aras a la realización del interés público? Yo lo tengo que hacer todos los días y dirijo una Facultad de Derecho.

El interés general y el principio de juridicidad en su versión extrema no son siempre fácilmente conciliables y sólo interpretaciones e integrales del ordenamiento jurídico nos dan soluciones a ese tipo de situaciones de conflicto entre la realización del interés general y el principio de juridicidad. Entonces es muy arriesgado al plantearse el diseño de las responsabilidades individuales de funcionarios y autoridades pensar que lo que hemos de exigirle a los funcionarios y autoridades es el cumplimiento estricto del principio de juridicidad. Si llegamos a esa conclusión, tanto las responsabilidades del artículo 130 de la Ley de Control Interno, como las responsabilidades de la nueva ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado en Argentina, como las responsabilidades penales de su Código Penal, dependerían del incumplimiento de cualquier reglamento.

Si equiparamos el bien jurídico, ya descartada la eficiencia económica en su versión extrema, la buena administración no puede ser eficiencia económica en su versión extrema, eso tendría sentido en un estado, en un modelo constitucional de estado liberalista. Pero vamos a un Estado de Derecho hipertrofiado, no es la Economía, son las leyes y los reglamentos. Si decimos que lo que hay que proteger es la juridicidad y para los abogados

esta solución es fantástica desde el punto de vista profesional, como lo es para los economistas la solución de la eficiencia. Si decimos que el bien jurídico que hay que proteger y que lo que hay que exigir en todo caso a los funcionarios de autoridad es que cumpla hasta el último de los reglamentos, pues, estaríamos sacrificando en numerosas ocasiones (y lo sabemos todos y todas porque nos encontramos con ese tipo de disyuntivas) las mejores realizaciones del interés general.

El mínimo incumplimiento de cualquier norma literal no puede derivar en una exigencia de responsabilidad penal en ningún caso. Porque no sólo somos falibles sino que, además, no conocemos todo el ordenamiento jurídico. Esto es extraordinariamente complejo y tiene una interpretación y aplicación o es sumamente difícil, por situaciones de antinomia, por la vigencia de los principios, las utilizaciones combinadas de distintos textos, las codificaciones constantes, el valor de la jurisprudencia.

Es muy importante decir que la buena administración no es ni gastar lo menos posible ni cumplir todas las normas porque, a partir del concepto de buena administración, vamos a derivar todas las posibilidades concretas de exigencia de responsabilidades y, si no acertamos con esa definición, si no tenemos claro qué es la buena administración y elegimos una interpretación incorrecta podemos generar toda una serie de problemas en cadena, que son los existentes en este momento en el Derecho Positivo Argentino, en parte también en el Español, como de que todos los funcionarios y funcionarias se encuentran en riesgo porque constantemente se pueden auto-situar en la posición de relativizar la aplicación de una norma nimia para favorecer la organiza-

ción del interés general o para anteponer otro principio o una norma distinta.

Es muy importante también en este sentido, el concepto de buena administración porque los órganos de control y los gestores públicos deben conocer sus límites respectivos. El órgano de control tiene que saber cuándo se encuentra ante una vulneración de la buena administración. También hemos de demarcar las líneas de intervención del derecho administrativo, la buena administración y la penal. Explicaremos cómo esa línea podría trazarse de manera útil y probablemente también fiable en la separación entre el dolo y la culpa, en qué medida sólo comportamientos en lo que concurra dolo deberían derivar en una responsabilidad penal, mientras que, cuando hablamos de situaciones de negligencia, debiéramos situarnos en el nivel de las responsabilidades administrativas porque el trasladar las situaciones de negligencia al ámbito de la responsabilidad penal multiplica extraordinariamente los riesgos de asignación de esas responsabilidades a funcionarios y autoridades por errores que pueden ser inevitables en la gestión pública.

Vamos a ver cómo ha evolucionado el concepto de buena administración en el Derecho Europeo, no es esta una aportación exclusivamente española y, si existe alguna manera alternativa de definir el concepto que no parta del presupuesto economicista o del presupuesto juricista, la buena administración no es ni gastar lo menos posible ni tampoco cumplir hasta el último de los reglamentos.

La buena administración no es ni gastar lo menos posible ni tampoco cumplir hasta el último de los reglamentos.

No es que yo tenga un enfrentamiento con los economistas, fui profesor en la Facultad de Economía también. Me parece que ninguna de las dos herramientas, ni la Economía ni el Derecho, son las clave de la buena gestión pública. Yo creo que la clave última de la buena gestión pública no es ni el ahorro de los recursos ni el cumplimiento de todas las normas. La clave última de la buena gestión pública es la realización del interés público. La realización del interés público debe intentar venir acompañada del manejo más eficiente de los recursos públicos y del cumplimiento de todas las normas pero también puede existir en situaciones en la que el manejo de los recursos públicos no sea ni el más eficiente de todos los posibles, porque no somos máquinas, ni el más absolutamente escrupuloso de todo el ordenamiento jurídico, porque cometemos errores y el ordenamiento es complejo y, a veces, hasta absurdo en su aplicación efectiva.

La clave última de la buena gestión pública es la realización del interés público.

¿Cómo ha evolucionado el concepto de buena administración? La interpretación sucesiva de este sintagma, “buena administración en el derecho europeo”, nos ofrece algunas claves para su comprensión actual. Es interesante señalar el cambio en la manera de entender la buena administración en apenas veinte años en las leyes administrativas españolas y de otros países de la Unión Europea.

El concepto de buena administración originalmente se encontraba sólo en algunas normas de contabilidad nacional y reguladoras de decisiones de gestión, las

más clásicas, relativas a la adjudicación de contratos públicos.

Todavía hoy en la legislación española y en otros derechos comparados, el concepto de “buena administración” se incorpora como límite al poder dispositivo del Estado a la hora de celebrar negocios jurídicos. Es una versión claramente vinculada a la eficiencia. La interpretación original del concepto “buena administración” es la eficientista a la que me refería antes: buena administración igual a gastar lo menos posible.

La herramienta procedimental que expresa con mayor exactitud esa forma de comprender la buena administración se llama “subasta”. La subasta es un procedimiento mediante el cual se toman decisiones de adjudicación al mejor postor. Se adjudica un contrato público a la oferta más barata, se vende un bien a la oferta económicamente más alta. Lo que se busca es el mejor resultado matemático de la operación de gestión pública. No digo que en ocasiones ese procedimiento y esa manera de proceder nos sea inconveniente, en muchos casos puede ser el más recomendable. Pero es un procedimiento típicamente liberal pues pensar que la mejor gestión de los contratos públicos es la que consigue ofertas más baratas es perder de vista la necesaria alineación de las adquisiciones contractuales con otros objetivos de políticas públicas.

Si originalmente el concepto de “buena administración” se asoció a esta idea de eficiencia es porque surge en el momento en el que el Estado aún no ha asumido propósitos sociales de otro orden, ni propósitos sociales, ni propósitos ambientales, ni ha incorporado a sus decisiones de gestión la realización de los derechos fundamentales. Esto no ha sucedido sólo

en España en fechas recientes y en toda la Unión Europea donde las directivas de contratos públicos aconsejan, por ejemplo, incorporar cláusulas sociales o cláusulas ambientales en los procesos de selección de contratistas. Esto ha sucedido ya a los años 70 en los Estados Unidos. El gobierno de los Estados Unidos se percató años 60, años 70, de que en sus decisiones de adjudicación de contratos tenía que propiciar el cumplimiento de los derechos civiles, por ejemplo, y que con el manejo del presupuesto podía orientar comportamientos socialmente responsables de las empresas.

Si en Estados Unidos o en España o en la Unión Europea o en la Argentina siguiéramos manejando un concepto de "buena administración" puramente eficientista en ningún caso tendría sentido incorporar cláusulas sociales o ambientales a los contratos públicos porque es posible que en el corto plazo el resultado económico de la incorporación de cláusulas sociales o ambientales (porque la eficiencia económica muchas veces es un espejismo que sacrifica a largo plazo por ventajas cortoplacistas) produce menoscabos de eficiencia. Entonces diríamos: esto va contra la buena administración porque la buena administración es gestionar el presupuesto público consiguiendo el resultado inmediatamente más económico.

Ya sabemos lo que ocurre en la dinámica de la gestión pública con esos resultados inmediatamente más económicos, en la gestión privada también suceden. Para empezar se favorecen ofertas de las empresas en los procesos de selección de contratistas, claramente irresponsables, y ahí figura el número de empresas que están especializadas en conseguir el contrato con ofertas a la baja y luego entrar en un ámbito de litigiosidad con la ad-

ministración contratante para conseguir modificaciones y variaciones de las condiciones contractuales que compensen la baja temeraria o la aparente eficiencia de corto plazo de la oferta presentada.

Esto ya es una práctica profesional característica de algunas empresas contratistas de la administración en todo el mundo, imagino que también en la Argentina. Entonces, el concepto puramente eficientista de "buena administración" es una trampa, incluso, desde el punto de vista del ahorro y la gestión económica de largo plazo porque es posible que esa ventaja aparentemente lograda, seleccionando o comprando a un precio más bajo, produzca en un medio o largo plazo consecuencias, incluso económicas, adversas. La versión tradicional del concepto de "buena administración" en clave de eficiencia es una versión plana, inexacta, con mucho de espejismo y asociada a un modelo de estado ideológicamente liberal, de intervención mínima, porque el único beneficio real que produce interpretar así la buena administración pública, no es poco por cierto, es una rebaja en el presupuesto.

El único beneficio claro e incontrovertible de este concepto de buena administración es que el presupuesto es menor y eso sí tiene una traducción en términos de Derechos, es la presión fiscal. Va a haber menos impuestos, va a haber menos presupuesto, va a haber menos políticas públicas, el Estado se va a contraer, por eso es la versión liberal del concepto.

El concepto clásico de "buena administración" en términos de eficiencia, además, contradice el enfoque de efectividad. Antes me he referido a la efectividad y la eficiencia y conviene tener clara la diferencia entre ambas para rechazar de-

finitivamente la idea de que una buena gestión pública es una gestión eficiente. La idea de que una buena gestión pública es una gestión eficiente fue predominante a principios de este siglo cuando las teorías económicas más matemáticas de ajuste presupuestario y de encuadre de las cuentas públicas pasaron a tener un protagonismo extraordinario en la gestión de los gobiernos. La eficiencia como objetivo fundamental en la realización de las políticas públicas.

En Europa hemos sufrido mucho a lo largo de los últimos años las nefastas consecuencias de este enfoque. En Grecia, en Portugal, en España o en Italia nos hemos visto obligados a realizar, por imposición de instituciones financieras internacionales, severísimos ajustes con altísimos costos sociales cuyos resultados macroeconómicos han sido en el mejor de los casos, modestísimos. La superación de la crisis de deuda española no obedece, desde mi punto de vista, al menos, apenas a los sacrificios presupuestarios y los ajustes en las políticas públicas realizados por el gobierno de España, sino más bien, al mensaje inequívoco del señor responsable del Banco Central Europeo en el sentido de que haría todo lo necesario para impedir la caída del Euro.

En Grecia, en Portugal, en España o en Italia nos hemos visto obligados a realizar, por imposición de instituciones financieras internacionales, severísimos ajustes con altísimos costos sociales cuyos resultados macroeconómicos han sido en el mejor de los casos, modestísimos.

El mensaje claro a los mercados que atacaban las economías más vulnerables de la Unión Europea en el sentido de que no

se iba a producir una ruptura de la zona económica común produjo, en un medio a largo plazo, la caída del diferencial de la deuda española desahogando también muchos de los costes financieros de nuestra economía. Pero los ajustes presupuestarios, el llamado "austericidio" (esta es la mejor definición que se ha hecho de las políticas realizadas por varios gobiernos europeos, por imposición de instituciones financieras internacionales) en gran medida empeoraron la situación económica del país. Entonces, ¿cuál es la contribución en términos económicos de un enfoque de eficiencia que reduzca los salarios de los empleados públicos, rebajando drásticamente, con ello también, el consumo interno, porque los economistas nos explicaron hace tiempo esto del efecto multiplicador. ¿Por qué el consumo interno español cayó en picada? ¿Por qué se multiplicaron las cifras de desempleo de manera exponencial a partir de las primeras medidas de ajuste?

Entonces la eficiencia presenta una apariencia de rendimiento, de éxito en términos económicos, pero en el largo plazo se observa que esto en realidad no funciona porque la economía es algo más complejo y entrar en un esquema de economía de recesión ahonda muchos de los problemas en España, en Italia, en Grecia. Lo hemos sufrido de manera especialmente acusada y con elevadísimos costos sociales y no resuelve aquello que pretendía palearse.

El enfoque actual desde las políticas públicas se realiza en clave de efectividad, se trata de que sepamos claramente qué es lo que queremos, qué es lo que se pretende. ¿Qué es lo que se pretende? se pretende crear empleo. Pues si se pretende crear empleo habrá que actuar sobre los mercados de trabajo, habrá que actuar



sobre la legislación laboral, habrá que activar también el consumo interno, la demanda, habrá que realizar una serie de inversiones. Hay que plantearse cuál es el objetivo.

El objetivo, los grandes objetivos están en la Constitución, los grandes objetivos de las políticas públicas están en la Constitución y el parámetro para valorar el cumplimiento o no del principio de buena administración está en el grado de cumplimiento de satisfacción de esos grandes objetivos de las políticas públicas, constitucionalmente establecidos. No lo está tanto ni en la juridicidad que ha de ser respetada, ni en la eficiencia económica, sino la coherencia entre las decisiones adoptadas y el objetivo último de la política pública. Lo que hay que valorar para calibrar si se está realizando o no una buena administración es si la decisión de gestión pública es coherente con el objetivo que se pretende alcanzar. Si no es coherente estamos ante un supuesto debut de mala administración o en el que no se cumple la buena administración, al menos. Si es coherente, si la decisión adoptada es coherente con el objetivo de política pública estamos ante la buena administración porque el interés general lo marcan los objetivos de las políticas públicas diseñados constitucional o legalmente.

El objetivo, los grandes objetivos están en la Constitución, los grandes objetivos de las políticas públicas están en la Constitución y el parámetro para valorar el cumplimiento o no del principio de buena administración está en el grado de cumplimiento de satisfacción de esos grandes objetivos de las políticas públicas, constitucionalmente establecidos

Pero necesitamos alguna herramienta, algún indicador que nos permita medir la coherencia y para eso el indicador clave es el procedimiento administrativo.

¿Qué es la buena administración según el Derecho Europeo? La buena administración según el Derecho Europeo es el respeto de determinadas garantías procedimentales. Sabemos que ha habido buena administración si se ha respetado la transparencia, la motivación de los actos administrativos, la participación de los interesados en los procedimientos administrativos y el régimen de responsabilidades.

Básicamente esos son los cuatro elementos principales de la buena administración entendida en la evolución del Derecho Europeo como Derecho subjetivo porque ha pasado de ser una referencia a las leyes de Contabilidad de Contratos Públicos a incorporarse al catálogo de derechos de la Carta de Derechos de los ciudadanos de la Unión Europea y de muchos de los Estatutos de Autonomía españoles de última generación que serían los equivalentes, con todas las diferencias que presenta el Modelo Federal Argentino, con el Modelo del Estado Autonómico Español a las constituciones provinciales en Argentina.

Es decir, muchos Estatutos de Autonomía españoles incorporan ya el Derecho a la Buena Administración y señalan, como elementos de ese Derecho a la Buena Administración, el deber de motivación de los actos, la transparencia y el acceso a información, la responsabilidad de autoridades y funcionarios y la participación de los interesados en el procedimiento.

¿Cómo aprovechar ese nuevo concepto de "buena administración" en un diseño más útil de las relaciones entre los órga-

nos fiscalizadores de control interno y los órganos ejecutivos y en la regulación de las responsabilidades de funcionarios y autoridades? Yo creo que esta evolución del procedimiento administrativo como clave de la realización de la buena administración entendida como derecho nos resulta útil porque permite instrumentar el seguimiento de la buena administración, darle más pautas a los órganos de control internos, a los órganos fiscalizadores, también a los que tienen un perfil predominantemente jurídico, para detectar si se encuentran o no ante situaciones de cumplimiento o incumplimiento del deber de buena administración, el procedimiento administrativo.

Un procedimiento administrativo que no puede ser el procedimiento administrativo clásico entendido como secuencia formal de actos, el sumario en el que se van agotando pasos de manera automática, sino interpretado como herramienta de gestión óptima de la información e inteligente manejo de los datos necesarios para tomar las decisiones.

Lo voy a explicar un poco más en detalle. La buena administración no debe asociarse sólo a la eficiencia y al ahorro, es muy importante la efectividad. La efectividad es más importante que la eficacia y la eficiencia y el procedimiento administrativo debe interpretarse no sólo en clave de derecho de defensa a los interesados sino como mecanismo de optimización de las decisiones; en este sentido debe desarrollarse e interpretarse.

¿Cómo puede un órgano fiscalizador saber si se ha cumplido o no la buena administración en un procedimiento administrativo concreto, en una decisión concreta, y cómo puede saber también si la ejecución de la política pública ha sido coherente

con los objetivos que se había planteado? ¿Cómo sabemos si nos encontramos en presencia de una realización suficiente de la buena administración?

Para mí el dato clave es el de la exigencia del manejo completo de la información en el procedimiento. Lo que debe preocupar, sobre todo al órgano de control y creo que este mensaje es útil precisamente en la institución en la que nos encontramos, es que no existan datos o informaciones relevantes para el procedimiento en cuestión que no se incorporen a la hora de tomar las decisiones. Esa es la buena administración porque la coherencia no es sólo una cuestión de intenciones (sería muy fácil para un servidor público, para un funcionario, para una autoridad, planteado en esos términos).

Nos equivocamos, es el caso del error, cuántas veces se diseña una política pública pensando en un resultado con una intencionalidad y coherencia y el resultado es contraproducente o contrario al pretendido. ¿Cuántas veces ocurre esto? ¿Cuántas veces las políticas públicas se desvían en su ejecución, en su implementación efectiva de los objetivos pretendidamente expuestos?

La regulación de la Responsabilidad del Estado en un momento de expansionismo de políticas públicas y de universalización de Derechos Sociales presenta un gran número de riesgos que pueden haberse tenido presentes y el resultado de la regulación de la responsabilidad puede ser justo el contrario al pretendido.

¿Se les podría achacar a los legisladores y a los promotores desde el Ejecutivo de la norma una falta de coherencia en su diseño? No, en absoluto. Probablemente la

norma está pensada correctamente para alcanzar el objetivo pretendido pero si el contexto por otras variables que intervienen en su aplicación y porque dependerá en último término de los Tribunales y de los operadores jurídicos propicia resultados inversos, no será por una intencionalidad oculta de los legisladores, ni de sus promotores desde el Ejecutivo, será porque las cosas no siempre ocurren como queremos que ocurran y el efecto paradójico está muy presente en las regulaciones y en las intervenciones administrativas.

Cuántas veces conseguimos exactamente lo contrario de lo que pretendíamos. Entonces no basta con el propósito de coherencia, necesitamos ser capaces de definir objetivamente cuándo existe esa coherencia de verdad y la clave para garantizar y realizar la coherencia en la cuestión de las políticas públicas y en la toma de decisiones administrativas pasa, desde mi punto de vista, por una exigencia procedimental que comporte el imprescindible manejo de toda la información relevante para tomar las decisiones sobre el asunto.

Esto no es una aportación totalmente original. Esto es el Derecho Administrativo de los Estados Unidos. El Derecho Administrativo de los Estados Unidos es un Derecho Administrativo procedimental. La clave del Derecho Administrativo en los Estados Unidos es el procedimiento.

El control judicial no presenta la intensidad ni el protagonismo que sí encontramos en los derechos administrativos de nuestra tradición con las diferencias entre un modelo español de jurisdicción especializada y un modelo argentino en el que sólo en determinados niveles provinciales vamos a encontrarnos con esos tribunales.

En el caso de Estados Unidos, la clave de ese control judicial y la clave de la legalidad y del acierto en las decisiones se deposita en el procedimiento administrativo. Lo que le importa a los jueces que controlan las elecciones de la Administración en Estados Unidos y a los gestores públicos es que antes de tomar la decisión se tenga absoluta certeza de que toda la información relevante sobre el asunto sea manejada. Esto es lo importante. Y piensen en el Derecho, no sólo el Derecho Administrativo, sino en el Derecho en general.

Las instituciones jurídicas en Estados Unidos y en la tradición anglosajona están presididas por un extraordinario pragmatismo. No es una aproximación formal porque para nosotros el procedimiento administrativo, en esa visión clásica, es un conjunto de trámites y la omisión de un trámite puede determinar la nulidad o la anulabilidad de las decisiones. Podríamos decir que el Derecho Administrativo Argentino, en el Derecho Administrativo Mexicano o en el Derecho Administrativo Español, si no ha habido trámite de audiencia, el acto administrativo es nulo, no ha habido motivación, el acto es nulo, luego no nos importa mucho si el trámite de audiencia sirve para algo o no sirve para nada.

¿Cuántas veces la administración puede evacuar un trámite de audiencia y no leer las alegaciones del interesado o no escuchar lo que dice el interesado o no tenerlo en cuenta absolutamente para nada? ¿Puede producirse esta situación en nuestros derechos administrativos? Pues por supuesto. ¿La motivación puede no servir absolutamente para nada? ¿De hecho, la mayor parte de las veces la motivación de los actos administrativos en

nuestras tradiciones jurídicas no sirve absolutamente para nada? ¿Para qué sirve la motivación de los actos?

La motivación de los actos administrativos sirve para cumplir. Pero necesitamos algo más. Este es el concepto formal del procedimiento administrativo que practicamos. Nuestro concepto del procedimiento administrativo no nos parece gran cosa y por eso esta propuesta de buena administración, la sociedad al procedimiento puede resultar endeble en una interpretación argentina o española, porque disponemos de un procedimiento administrativo que no vale casi para nada. Vale para defender derechos y realizar garantías, porque el trámite de audiencia y la motivación le dan pistas y posibilidades de defensa, es el derecho de defensa del interesado al procedimiento pero no garantizan que la decisión sea la mejor de todas las maneras posibles.

El procedimiento administrativo no se ha explorado como mecanismo de mejora de las decisiones administrativas. Incorporar la clave informativa al manejo de toda la información en el procedimiento es importante, al haber realizado ese, que es un objetivo institucional básico en el procedimiento administrativo, es mejorar la decisión. Entonces, ¿cómo iríamos un paso más allá de ese mero cumplimiento? o ¿cómo seríamos algo más que palmeros?. ¿De qué manera podríamos realizar plenamente el principio de que hay que manejar toda la información y hay que demostrar efectivamente con la motivación que la decisión es la más correcta de todas las posibles? Bueno, pues esto es muy sencillo, aunque hemos tardado, en el Derecho Europeo hemos tardado y en España hemos tardado décadas en llegar a averiguarlo y sólo en fechas recientes

empieza a practicarse esta nueva forma de plantear la motivación de los actos administrativos. O sea, hay que exponer todas las posibilidades alternativas.

Tiene algo más de mérito, no sólo es la mejor decisión, sino que además vamos a comparar esta decisión con otras posibles alternativas, no vamos a agotar todo el espectro de posibles decisiones alternativas, es una práctica esta, habitual, en los órganos de fiscalización, la del parangón, la búsqueda de un parangón alternativo para discutir la decisión adoptada. Pero suele utilizarse a posteriori en el momento de detección de una práctica discutible, para argumentar el por qué no es una decisión correcta.

La propuesta que les traigo, la interpretación de la buena administración, con una aplicación concreta de utilización del procedimiento administrativo en clave informativa, es la de recrear la institución procedimental y en concreto la motivación de los actos, de tal manera que se demuestre que el gestor público a la hora de tomar la decisión ha ponderado, calibrado y descartado, soluciones alternativas, que pudieran ser verosímiles. Esto en realidad supone, trascender el proceso de toma de decisiones individual, el de cualquier persona individual, el proceso de toma de decisiones subjetivas y convertir el procedimiento en un verdadero mecanismo de realización de la objetividad.

Supone trascender el proceso de toma de decisiones individual, el de cualquier persona individual, el proceso de toma de decisiones subjetivas y convertir el procedimiento en un verdadero mecanismo de realización de la objetividad

¿Cómo decidimos las personas esto? Nos los explican los psicólogos cognitivos, los científicos, hay un debate en torno al grado de determinismo en nuestras decisiones, parece que algo dentro de nosotros nos hace actuar y luego somos conscientes de que hemos tomado la decisión pero hay un debate sobre si en realidad tenemos el manejo de las decisiones o no. Yo creo que no puedo dejar de renunciar a la idea de que en realidad manejamos nuestras decisiones, aunque la evolución de la ciencia cada vez nos presenta más dudas al respecto. Lo que no tiene apenas discusión, es que una vez que hemos decidido, los seres humanos somos expertos en buscar argumentos para justificar el por qué lo hemos hecho, somos muy buenos en eso y eso se llama en Derecho Administrativo y en Gestión Pública, motivación de los actos administrativos. Tenemos que convencernos de nuestra decisión y somos expertos en esto. El problema es cuando no contrastamos esa decisión con otras alternativas.

El problema es cuando nos encaprichamos sólo en desarrollar nuestra magnífica aptitud y capacidad de justificar hasta los más tremendos disparates que cometemos porque encontramos buenas justificaciones para extraordinarios disparates. Trasladen esto al procedimiento administrativo. Cuántas veces hemos encontrado maravillosas motivaciones de completos absurdos. ¿Es posible motivar en términos de procedimiento administrativo las decisiones más absurdas? Y por qué... porque trasladamos el mecanismo de tomas de decisiones individuales y lo que hacemos como personas interiormente o en conversaciones verbales, el porqué de nuestras decisiones lo proyectamos al expediente o al sumario. Y nos limitamos a buscar razones justificadoras de la decisión. El sesgo subjetivo está presente.

Ni siquiera hemos actuado con un mínimo de inteligencia, porque un sujeto individual, una persona individual, en su proceso de toma de decisiones, puede desactivar la subjetividad planteándose alternativas, en decisiones de compra lo hacemos, en decisiones de celebración de negocios jurídicos lo hacemos.

Las grandes decisiones suelen estar basadas, presididas por la intuición y el reforzamiento posterior en términos de argumentos, pero también en la prudencia de la decisión individual, puede incorporarse la comparativa de opciones. Y es muy correcto hacerlo. La cuestión es por qué no se incorpora, salvo en procedimientos selectivos de contratistas, donde la comparativa de opciones está servida por la naturaleza misma competitiva del proceso, la motivación comparativa a la tramitación de un gran número de decisiones que comportan gastos públicos considerables o ejecuciones de políticas públicas relevantes.

Voy a poner un ejemplo muy aplicado porque esto que les cuento puede parecer muy abstracto, pero tiene aplicaciones muy concretas y muy prácticas en cuestión pública y en políticas públicas. Un ejemplo que está fuera de las cuestiones de malversación y gasto público pero que permite comprenderlo muy bien. Yo fui nombrado hace algunos meses, miembro de una comisión de caridad regulatoria de calidad normativa, para mejorar la calidad de las normas y el ordenamiento jurídico. Y una de las propuestas de innovación en materia de calidad de las normas que planteé fue la de cambiar los procedimientos de diseños normativos de propuesta de normas para introducir la práctica de trabajo simultáneo y paralelo sobre cinco, al menos cinco borradores completamente distintos, cinco opciones de normativas diversas.

Yo planteaba como técnica, como procedimiento alternativo de mejora normativa, el partir de cinco propuestas distintas. Algunas de ellas extremas, en un sentido u otro. Pero ese proceso en el que se comparan distintas soluciones, permite efectivamente, ponderar de hecho, las ventajas y los inconvenientes de cada uno de ellos en su implementación técnica. Esto también vale para las elecciones de modo de gestión de los servicios públicos o las políticas sociales.

Automáticamente partimos de un prejuicio en el diseño de las políticas públicas y también en la elección de formas de gestión de servicios públicos y buscamos argumentos jurídicos y económicos y de otro orden que sustenten esa decisión. Descartamos de partida las opciones alternativas. No digo que la intuición de los gestores no sea fiable en muchos casos porque ellos disponen en sus mentes de información que les hace avanzar, la cual es, en un contexto determinado, la mejor de todas las opciones, pero el no ponderar simultáneamente o fieles alternativas, delimita de sobremanera la verosimilitud y la coherencia de la decisión.

Cuando digo que el procedimiento debe garantizar que se tenga presente toda la información y que se eviten los sesgos cognitivos, lo que intento sugerir es una reformulación del procedimiento administrativo, esto está sucediendo allá en Europa y en España, ya hay algunas normas que lo exigen, la motivación comparativa, los procesos de decisiones, especialmente los que tienen trascendencia a efectos de gastos, que demuestre, no sólo con argumentos fortalecedores de esa decisión sino que demuestre también por comparativa con otras opciones, que esa es la decisión correcta. Y donde encontramos la buena administración, es en el proceso

mismo, que nos traslada al gestor público de descarte de opciones alternativas, es decir, tenemos que ir reconfigurando la motivación, no tanto, como la búsqueda de argumentos justificadores de la decisión que finalmente adoptamos, como de exposición de razones por las cuáles no se han tomado otras decisiones alternativas.

Esto es positivo desde el punto de vista de la calidad de la gestión pública. Esto es positivo desde el punto de vista de la interlocución con el órgano de control porque es una interlocución más rica y es muy positivo también, desde el punto de vista del blindaje de las responsabilidades del funcionario, de la autoridad, porque siempre puede llegar cuatro años, o tres años, o cinco años después, un juez penal y fuera de contexto, sin haber tenido que bregar en el tiempo real en el momento, y decirnos: ¿y usted por qué no hizo esto otro?

Pues yo no lo hice porque tenía razones para no hacerlo y fueron expuestas en el expediente administrativo de la resolución. La exposición de todas las alternativas posibles, a través de la comprensión sustantiva del procedimiento administrativo, prepara los debates posteriores en términos de fiscalización y exigencia de responsabilidades, fortaleciendo considerablemente la posición del funcionario. No estamos acostumbrados a hacer esto, a hacer un uso del procedimiento administrativo más rico, en el que se plasme todo el proceso mental que ha llevado al funcionario a tomar una decisión determinada, pero en esto consiste, finalmente, la buena administración.

¿Cómo discernir entonces si estamos ante una buena o mala administración en una gestión pública concreta? Pues hay que recalcar la importancia, las formas y los

procedimientos en Derecho Público. Es la idea del Derecho Administrativo en los Estados Unidos. Si han escuchado todas las opiniones, ¿el procedimiento ha sido lo suficientemente rico como para que sepamos efectivamente que esto es lo mejor? Hay una herramienta reciente que viene de las experiencias más avanzadas de la administración Obama y se está utilizando mucho en España en los últimos meses, como consecuencia de la legitimidad en muchas instituciones públicas que es útil a esos efectos, que es la herramienta de gobierno abierto. Me imagino que en Argentina ya se están empezando a desarrollar modelos de gobierno abierto, en los cuales, lo que hace el poder ejecutivo es exponer sus propuestas y sus proyectos y en tiempo real y en foros interactivos recoger todas las sugerencias y observaciones de los interesados en el procedimiento. Es un mecanismo alternativo a los clásicos trámites de audiencia, que son planos y en los que, quien presenta una obligación, una observación, no puede interactuar con el resto de los participantes.

La herramienta de gobierno abierto permite al poder ejecutivo exponer sus propuestas y sus proyectos y en tiempo real y en foros interactivos recoger todas las sugerencias y observaciones de los interesados en el procedimiento.

En realidad en un trámite de audiencia clásico, la Administración abre un saco y recibe observaciones. Mientras que en una herramienta de gobierno abierto, quien cuelga una observación, consigue que su punto de vista sea tenido en cuenta por todos los que van a observar después y se pueden abrir debates y se abren nuevas perspectivas sobre la pro-

puesta de política pública o la propuesta normativa, porque se está haciendo con proyectos de decretos, proyectos de leyes, hay herramientas muy avanzadas en este sentido y con ello, lo que se consigue es que la administración en el momento en el que está gestando una decisión, porque vale para proyectos normativos, pero vale también para proyectos de decisiones ejecutivas, conozca de antemano cómo percibe esa decisión el público, cómo la reciben los potenciales interesados, que serán los primeros que participen, a través de los mecanismos de gobierno abierto y cómo puede mejorarse para evitar los resultados indeseables.

Cuando las herramientas de gobierno abierto funcionan en todo su alcance, mejoran significativamente la calidad de las decisiones del poder público. Muchos conflictos que después se suscitan por una mala interpretación, una mala percepción, o por no haber anticipado una situación de afectación de derechos o intereses, en los procesos de toma de decisiones, se pueden desactivar con las herramientas de gobierno abierto. Y al final esta nueva manera de gestionar la toma de decisiones en el ámbito público, el gobierno abierto, no sólo supone una profundización democrática que mejora la participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones, es que también mejora considerablemente la eficacia de las decisiones de la Administración, porque las afina, las forja en tiempo real.

Uno de los problemas que plantean las asociaciones administrativas, mientras se gestan, es que apenas se exponen a sus destinatarios, o se exponen a destinatarios privilegiados que por la posición que ocupan, o sus relaciones con la administración, tienen acceso a la información, pero no hay, no existe una posibilidad

de anticipar las reacciones de la opinión pública en general, de otros colectivos que no hayan sido tenidos en cuenta al diseñar la propuesta normativa, antes de tomar finalmente la decisión. Entonces la buena administración, en clave del siglo XXI y poniendo énfasis en el procedimiento, comportaría necesariamente también la utilización de estas herramientas de gobierno abierto que garantizaran que todos los puntos de vista sobre la decisión, se hubieran podido, no sólo escuchar, sino que hubieran podido interactuar antes de tomar la decisión, porque esa interacción en el foro correspondiente del gobierno abierto, vamos a poder aprovechar algunas observaciones que eviten riesgos posteriores, en el momento en que la decisión finalmente se adopte.

El siglo XXI, para ustedes, como para mí, es el siglo de la rendición de cuentas. El siglo XXI es un siglo en el que por los avances sociales lo podríamos resumir a la idea de la sociedad de la información y el conocimiento, entre otras consecuencias muy positivas que trae este nuevo fenómeno de la Sociedad del Conocimiento.

Los funcionarios y las autoridades estamos exponencialmente más expuestos a procesos múltiples de rendición de cuentas. Y esto, sin que se hayan desarrollado hasta ahora con toda su intensidad, porque ustedes en esto no son ejemplares y los españoles mucho menos, aunque ustedes en Argentina han avanzado considerablemente en los últimos tiempos pero no estamos tan avanzados como en los países del norte de Europa o como Estados Unidos, entonces, progresivamente, las exigencias de transparencia van a ser cada vez mayores, va a ser accesible toda la información sobre todos los funcionarios y las autoridades. Estamos desnudos delante de los ciudadanos, cada vez más.

Las exigencias de transparencia van a ser cada vez mayores, va a ser accesible toda la información sobre todos los funcionarios y las autoridades. Estamos desnudos delante de los ciudadanos, cada vez más.

Estamos muy expuestos. Determinados abusos generan unas percepciones desproporcionadas y reacciones en la jurisdicción penal, que finalmente pueden terminar sin condenas, pero estigmatizan a las personas y las someten a calvarios similares al que pasó Cervantes en la Cárcel de Sevilla. El grado de exposición es mucho mayor. No por eso tenemos que renunciar ni al gobierno abierto ni a la transparencia. Esto es como los foros interactivos en los predios.

Cuando hay noticias sobre la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, donde hay un local de Salamanca, pues siempre hay algún estudiante aquí suspendido, que hace algún comentario lindo sobre mi persona. Yo también estoy expuesto. Si hay una noticia en un diario sobre cualquier funcionario que haya tomado una decisión y en una ocasión determinada no favoreció a alguien que pretendía ser favorecido, pues probablemente se lo haga hacer pagar, tenemos que asumirlo. Forma parte de la profundización democrática. Pero cuidado, tenemos que pedir a cambio, claridad y certidumbre en cuanto a nuestras responsabilidades y que nos den también herramientas que nos permitan protegernos, no sólo cuando estamos en el ejercicio de la función sino después.

Yo asumo el gobierno abierto. Asumo la transparencia. Asumo mi incremento en grado de exposición a la crítica pública y



a la posible exigencia de responsabilidades. Todo sea en aras de la Democracia y del Estado de Derecho, ¿cómo no lo voy a asumir?. Pero no querría que, si pierdo unas elecciones dentro de dos años y son muy reñidas con mi oponente, después meta un microscopio en mis expedientes, los miles de expedientes que pueda haber gestionado, hasta que busque un error y en un tipo abierto y jurídicamente no aceptable, que por cualquier omisión o falla legal, puede determinar la exigencia de la reparación o me haga pagar el enfrentamiento político. No quiero esto.

Entonces, tenemos por un lado un grado de exposición cada vez mayor, la transparencia y el manejo de las nuevas tecnologías en la administración, en la gestión inteligente de la información pública, permite detectar los errores, trazar los comportamientos, eso es positivo en términos de rendición de cuentas. Pero los riesgos se multiplican. Es decir, no es casual que el señor Sarkozy haya sido detenido y que la Infanta de España esté imputada y que aquí no pase nada... No es casual. Esto no es de repente, pues como está lloviendo mucho, se conjure la Meteorología para que ocurra algo así. Es que estamos viviendo un cambio radical en los procesos de rendición de cuentas y eso afecta a los niveles superiores, porque hace veinte, veinticinco años, era impensable una situación así... Es decir, ver una primera página de un periódico y encontrarse con estas noticias. Esto obedece a un cambio trascendental en la manera de interpretar la gestión pública.

Entonces, necesitamos primero que estén bien precisadas las responsabilidades, y luego, herramientas de procedimiento y criterios fiables que nos permitan discernir cuándo estamos o no ante una buena o mala administración. Primero, la buena

administración no puede ser asociada a los resultados económicos de una gestión, porque uno puede intentar hacerlo lo mejor posible y salirle mal.

La buena administración tampoco se puede asociar al cumplimiento estricto hasta el último detalle de la juridicidad porque eso plantearía problemas de compatibilidad con la realización plena del interés general y porque la juridicidad es muy interpretable. La buena administración tiene que ser algo distinto a esos dos parámetros. He dicho entonces, tiene que ver con la objetividad. Se tiene que poder demostrar que el gestor público actuó de manera objetiva y no subjetiva. ¿Y cómo podemos saber si el gestor público está desactivando su subjetividad y está actuando objetivamente? Pues a través del procedimiento, la institución de la objetividad, siempre ha sido el procedimiento administrativo.

El problema que tenemos en países con nuestra tradición latina, el procedimiento administrativo ha servido más bien de poco o sólo para garantizar el derecho de defensa. Nunca ha sido una verdadera herramienta de objetividad. El procedimiento administrativo está diseñado para generar una apariencia de objetividad. Para que parezca que la decisión ha sido ponderada, para que parezca que la decisión ha sido legal, para que parezca que la decisión ha sido eficiente, para eso ha servido el procedimiento administrativo en la tradición española, desde luego y yo creo que en gran medida también, en muchas de las tradiciones a este lado del Atlántico.

Tenemos que transformar el procedimiento administrativo en clave de herramienta de evidencia del manejo de toda la información y de prevención del sesgo

cognitivo. ¿Y cómo conseguimos esto? Pues incorporando al proceso de toma de decisiones reflejado en el procedimiento administrativo, formas de actuar en concreto, gobierno abierto y técnicas de motivación comparativa, que permitan demostrar de cara al órgano de control, la interacción con el órgano de control y también con las fiscalizaciones posteriores, ya que puede ser objeto de la gestión pública, por la propia administración en secuencias posteriores. Exigencias de responsabilidades administrativas o en la jurisdicción penal, que demuestren efectivamente que la decisión ha sido coherente, inteligente, manejando toda la información y descartando cuestiones alternativas.

Una motivación comparativa permitiría desactivar en gran medida, aunque no basta con esto, por supuesto, porque hace falta un rediseño de los tipos penales. Y hay que limitar la responsabilidad administrativa de funcionarios y autoridades, tal como está en el ordenamiento argentino, desde mi punto de vista, claramente, pero una discusión como la motivación comparativa, permitiría cerrar intervenciones o blindar al gestor público frente a intervenciones posteriores de la jurisdicción penal que se desarrollen a partir de hipotéticos escenarios alternativos.

Un poco complejo lo que intento trasladarles pero muchas veces los razonamientos de la jurisdicción penal sobre las motivaciones que han llevado a determinadas decisiones de gestión pública, son hipotéticas y parten de la presunción de que en determinadas relaciones, lo que existe es un ánimo de enriquecimiento, cuando las interacciones dentro de la gestión pública pueden obedecer a razones múltiples. Y es relativamente sencillo para un juez penal construir la impresión

de que en una gestión pública la motivación puede haber sido distinta y el expediente no ha sido suficientemente escrupuloso a la hora de justificar el por qué se le ha dado el contrato a esta empresa y no a otra distinta.

Pensemos, por ejemplo, en contratos públicos, en una motivación de orden social o ambiental. Ustedes tienen muy regulada la utilización de otras variables que no sean económicas desde el proteccionismo, hasta conciliaciones de sustentabilidad, conciliaciones de adjudicación de contratos públicos. Pero pensemos que la decisión de adjudicar un contrato, basada en consideraciones de orden social, coincide con algún tipo de relación más o menos próxima entre los responsables de la empresa a la que se ha adjudicado el contrato y el ámbito de proximidad del contrato, haya o no existido un conflicto de intereses. ¿Es posible presentarlo hipotéticamente? Estaría servido. Si no hay una justificación suficiente en las razones.

Ahora vamos a ver cómo diseñar el expediente administrativo y cómo cambiar algunas de nuestras prácticas procedimentales en el sentido de favorecer la objetividad y evitar decisiones de gestión que puedan ser interpretadas después por órganos de fiscalización o por la jurisdicción penal, a efectos de exigir responsabilidades. Ya he dicho que la transparencia, además, introduce un elemento nuevo en estos procesos, porque muchas informaciones sobre la gestión pública antes pasaban desapercibidas y hoy se encuentran en el punto de mira.

Entonces hay que aprovechar, es una propuesta ésta que comparto con ustedes, las posibilidades ofrecidas por la transparencia en el sentido de favorecer una utilización del expediente administrativo

para desactivar conductas que puedan derivar en exigencia de responsabilidades. Propongo trasladar una propuesta de la economía conductual al Derecho Administrativo y al Procedimiento Administrativo, es la propuesta de Sanstein y Taller.

Sanstein es un administrativista de la Universidad de Chicago que ha dirigido la Oficina Federal de Asuntos Regulatorios o la Administración Obama durante años y Taller es un economista. Ellos proponen incorporar lo que llaman " " que son pequeños toques, empujoncitos en la gestión pública para orientar las conductas, la arquitectura de decisiones en un sentido positivo. Y yo pienso que esto se puede trasladar al expediente administrativo.

En el diseño de esos expedientes administrativos que favorezcan la motivación pueden incorporarse en el formato en papel o en el formato electrónico, o bien opciones por defecto, es decir, qué sucede si no hacemos nada, o bien exigencias puntuales, que desactiven aquellas prácticas que puedan presentar mayores riesgos desde el punto de vista de la determinación de las responsabilidades penales. Por ejemplo, sugiero incorporar datos relevantes sobre intereses personales en las decisiones de procedimiento que afecten a empresas en sus relaciones con la administración.

Hay una serie de informaciones de datos que no se incorporan necesariamente en los expedientes administrativos, por ejemplo, el dato de la titularidad de las empresas que se relacionan con la administración, quiénes son los titulares de las empresas que se relacionan con la administración y que sin embargo son indicadores que pueden hacer saltar alarmas, aunque a menudo saltan a posteriori y no

en el momento mismo de la tramitación del expediente, que pueden dar lugar a exigencias de responsabilidades penales, con independencia de que se haya producido o no algún enriquecimiento ilícito, porque ya a estas alturas no creo que siempre que dos personas aparecen juntas en una fotografía tengan que ser necesariamente amigas. Pueden ser amigas, pueden ser enemigas, o pueden haber coincidido físicamente en un lugar, pero no tener necesariamente una relación.

No creo que siempre que dos personas aparecen juntas en una fotografía tengan que ser necesariamente amigas. Pueden ser amigas, pueden ser enemigas, o pueden haber coincidido físicamente en un lugar, pero no tener necesariamente una relación.

Pero si se produce esa circunstancia de que en un expediente administrativo que tiene que ver con gestión de fondos públicos se relaciona un funcionario, una autoridad, que tiene una responsabilidad en un expediente y una empresa en la que es titular, esa persona u otra persona vinculada con él, debería saltar una alarma. Y no saltan esas alarmas en los contratos concomitantes o en las tramitaciones de los expedientes, por la sencilla razón de que nunca se ha considerado un dato relevante, y sin embargo, el logo es régimen de transparencia.

La transparencia propicia que esos datos terminen siendo accesibles y son situaciones de gran riesgo desde el punto de vista posterior penal porque vamos a sostener aquí la tesis de que la responsabilidad administrativa se reserva para las situaciones de culpa. En la responsabilidad penal tiene que haber un dolo y en el ámbito penal tiene que haber también aproxima-

damente una contaminación subjetiva que suele estar asociada, y desde luego, debe estarlo en los casos de malversación a enriquecimiento ilícito.

Entonces tenemos que buscar algún dato, algún indicador en el diseño del expediente administrativo que nos permita olfatear, detectar en tiempo real y con carácter concomitante, el riesgo de enriquecimiento ilícito. Y sin embargo, fíjense ustedes que hay datos relevantes a esos efectos, que no aparece en la gestión del expediente administrativo como de quién son las empresas, es un nudge o un elemento de arquitectura de decisiones, es incorporar un expediente con carácter sustantivo, sería seleccionar la información verdaderamente relevante a los efectos de localizar esas prácticas de riesgo e incorporarla de tal manera que apareciera, saltara la alarma y entonces se aclarara la situación antes de continuar con la tramitación de un procedimiento que eventualmente puede derivar después por un mal entendido o por la concurrencia efectiva de algún tipo de práctica de corrupción, en un proceso penal.

Es un ejemplo aplicado de esta propuesta de diseño en términos del sistema de alarmas y arquitectura de decisiones en el procedimiento administrativo. Incorporar datos relevantes sobre intereses personales en las decisiones procedimentales y que esto saltara con las aplicaciones informáticas de referencia, lo que se llama "metadatos" y permitiera una intervención más eficaz de los órganos de control, de fiscalización y evitara la intervención posterior de los tribunales del orden penal. Ven que el enfoque no puede ser un enfoque exclusivamente jurídico, tiene que ser un enfoque integral de gestión pública, incorporando la perspectiva de las aplicaciones informáticas y la perspec-

tiva también de la realidad de que muchas veces están sucediendo cosas en la gestión pública que no sabemos.

Yo, hace poco, he tenido la oportunidad de conocer a través de los medios y también por relaciones profesionales, el caso de un gran ayuntamiento en España en el que ha surgido un escándalo porque un responsable intermedio, un funcionario de segundo o tercer nivel, había estado adjudicando, según los medios de comunicación, contratos menores a empresas de su propia titularidad durante ocho años, por un importe de 2.000.000 de Euros. Allí los principales responsables de la institución no se habían enterado de nada.

Esto puede estar sucediendo en los contratos menores en España. Se tramitan y adjudican de tal manera por importes inferiores a los 18.000 Euros, y en algunos casos por encima de esa cantidad, negociados sin publicidad, de forma que no hay que instruir un expediente. Y entonces se trata sólo de emitir una factura. Eso pasa por la intervención, que se da en el control interno de cada institución de referencia, que funciona con un esquema similar al que puede representar la red cuyo nodo principal es SIGEN en Argentina.

Un control interno es un control concomitante pero ese control nunca se ha preocupado del dato de a quién pertenecen las empresas o quién tiene intereses en las empresas. Puede que pasemos en España ante prácticas de este tipo, de un sistema en que los contratos menores se adjudican sin ningún tipo de exigencia procedimental a otro en el que a lo mejor se va a perder flexibilidad en la gestión pública, en la gestión de la caja chica, de los contratos menores, que son importes relevantes, sólo porque, pueden producirse prácticas de conflictos de intereses.

Pero en realidad lo que tenemos que saber es cuál es el dato relevante que hay que controlar. El dato del precio, el cruzado de precios en el control interno, es fundamental para la localización de sobreprecios. Una de las aplicaciones más elementales del Big Data en el control interno del gasto público es tener grandes bases de datos de precios porque el sobreprecio es un indicador, junto a la titularidad de las empresas, básico en el seguimiento del manejo de los recursos públicos: cuánto está costando, si hay una sospecha de sobreprecio y quiénes son los titulares de las empresas. Eso hay que incorporarlo al procedimiento administrativo.

Pero fíjense ustedes, que si se están utilizando cláusulas sociales o cláusulas ambientales, habría que comparar los precios de otros contratos anteriores en los que ya se hubieran incorporado cláusulas sociales y cláusulas ambientales con los nuevos de referencia, es decir, hay que parangonar contratos que efectivamente sean parangonales, pero el metadato del precio de los contratos públicos sigue siendo relevante como indicador a efectos de que salte una alarma.

Y esto requiere pues, armar sencillamente, una gran base de datos, con unos cuadrantes de dimensiones contractuales básicas, que permitan señalar cuándo alguien está prestando un servicio o suministrando un bien al estado por encima del precio de referencia habitual. Yo creo que nos ahorraríamos un gran esfuerzo institucional que termina en los tribunales del orden jurisdiccional penal, como procesos por cohecho, tráfico de influencias, también se conseguirían enormes ahorros en la gestión del capítulo 2 de las Instituciones Públicas en Contratos, con el mero expediente de hacer un seguimiento mucho

más pormenorizado de las comparativas de precios en contratos públicos.

Es reconocido por las instituciones internacionales que la contratación pública electrónica comporta ahorros del 20-25%. Fíjense ustedes que sólo con eso de haber hecho esto bien, en España no hubiéramos necesitado ninguna política de ajuste. En el capítulo 2 de las Instituciones Públicas, la incorporación de mecanismos de contratación pública electrónica comporta ahorros de hasta el 25%. Y eso no quiere decir que alguien se esté metiendo en el bolsillo coimas, sobornos, por el 20-25% de los precios de los contratos públicos... No porque un factor determinante del sobreprecio de la contratación pública es la colisión de los contratistas.

Los grandes ganadores de los sobreprecios en los contratos públicos no son los funcionarios corruptos, los grandes ganadores son los proveedores del Estado que saben cómo tienen que articular sus dinámicas de oferta de manera que puedan seguir proveyendo bienes y servicios a un precio que compensa con creces sus costos. Y en el momento en el que se les incorpora un sistema verdaderamente competitivo y dinámico que son los sistemas electrónicos esas prácticas colusorias se ven seriamente desactivadas y por ahí vienen los ahorros, no por las coimas de los funcionarios.

Los grandes ganadores de los sobreprecios en los contratos públicos no son los funcionarios corruptos, los grandes ganadores son los proveedores del Estado que saben cómo tienen que articular sus dinámicas de oferta de manera que puedan seguir proveyendo bienes y servicios a un precio que compensa con creces sus costos.

Entonces, no hay que pensar que esto sirva sólo para detectar prácticas de responsabilidad de funcionarios públicos, es que sirve para mejorar la eficiencia de la gestión y desactivar redes que desde fuera del Estado, desde fuera de la Administración, sustraen recursos públicos que deberían servir para otras políticas.

Las bases de datos de precios de contratos son importantísimas como lo son también los procedimientos dinámicos de selección. Los procedimientos de diálogo competitivo y diálogo técnico, que es el nuevo sistema de selección de contratistas en los cuales se rompe ese esquema clásico de que se presentan nuevas ofertas, abren las ofertas, esto está todo diseñado. Yo dediqué bastantes años en trabajar en este tema y dirigí varias tesis doctorales, todo el procedimiento de selección de contratistas está diseñado para las prácticas colusorias. Está servido para las prácticas colusorias. La presentación de oferta, la apertura, la imposibilidad de negociar en el proceso con los contratistas, mejoras puntuales.

Entonces, si tenemos buenas bases de datos de precios, no es tan peligroso el permitir que la Administración negocie y busque mejores condiciones a lo largo del proceso, los procesos dinámicos, los procedimientos dinámicos de selección de contratistas, se pueden afrontar sin miedos, porque cualquier contaminación en la adjudicación sería detectada a través del control del seguimiento del precio del contrato. Es el verdadero indicador de si hay una contaminación de subjetividad.

No voy a insistir en el punto de las instituciones de control y garantía de la buena administración, porque el mensaje que les tengo que trasladar es muy simple: qué suerte tienen ustedes al haber sus-

tituido el Tribunal de Cuentas por SIGEN. El modelo de Tribunal de Cuentas es un modelo previo al nivel de la Nación, es un modelo que en España nos está dando problemas últimamente.

Hay un escándalo en los medios de comunicación españoles en las últimas semanas porque se ha detectado que en el Tribunal de Cuentas se estaban adjudicando contratos menores de forma reprochable. Se estaban adjudicando contratos menores a contratistas de confianza que luego tenían relaciones con responsables de la institución. Es un modelo ineficaz, inefectivo, porque el Tribunal de Cuentas en España presenta sus informes de seguimiento de control, del gasto público, con un retraso y una incapacidad de remediar las malas prácticas tal que no está ofreciendo el rendimiento institucional que constitucionalmente se le podría exigir.

Yo creo que un modelo de control integral como el argentino, interno, vinculado, pegado a la gestión pública, colaborativo con la gestión pública, no basado exclusivamente en un enfoque economicista, es un modelo a reproducir. Entonces, dentro de este tema de las instituciones de control de garantía de la buena administración, me parece que el modelo argentino es un modelo extraordinariamente bueno, reproducible, que está ofreciendo un rendimiento institucional también preferible al de las contralorías de muchos países latinoamericanos, que tiene otras desventajas, y solamente sugeriría en este punto una mayor colaboración, aunque ustedes tienen una red general de autoridades a estos efectos, con otras instituciones y en particular con el Poder Judicial, en lo que se refiere a la exigencia de responsabilidades.

Un modelo de control integral como el argentino, interno, vinculado, pegado a la gestión pública, colaborativo con la gestión pública, no basado exclusivamente en un enfoque economicista, es un modelo a reproducir.

Si los jueces del orden penal no empiezan a familiarizarse con el funcionamiento de este esquema de controles y autorrestringirse cuando consideren que el sistema de controles ha funcionado efectivamente, pues de poco sirve todo lo que nosotros podemos llegar a convenir. Sería oportuno demostrarle al poder judicial que en el control interno del manejo de los recursos públicos, los sistemas de alarma funcionan y que no fueron los jueces del orden penal los que descubren las redes de intereses o de titularidad sospechosa de empresas, sino que fuera el propio control interno el que hiciera a través de esas aplicaciones y esos metadatos y esas bases de datos el que detectara las situaciones. Y en los casos más graves, diera traslado a la jurisdicción penal.

Si el control interno no le demuestra su proactividad en este sentido a la jurisdicción penal, los jueces penales van a poner en entredicho toda la efectividad del sistema previo de intervención administrativa. Entonces, es muy importante la colaboración entre todas las instituciones del Estado, trascendiendo poderes como el Ejecutivo, el Legislativo también que tiene sus competencias en este ámbito, y el Judicial. Es muy importante que quien tiene toda la información, que es el control interno, localice aquella que efectivamente sí le puede interesar a la jurisdicción penal y se la traslade. De esta manera demostrará claramente que el sistema funciona y que no es necesario

ni es la manera más adecuada de resolver estos problemas que la jurisdicción penal busque de nuevo, solicite todos los expedientes o ande indagando quién ha hecho qué en la gestión pública. El sistema debe mostrar los resultados preventivos que se esperan razonablemente del mismo.

Los Tribunales de Cuenta presentan riesgos de politización, en España están ofreciendo un mal ejemplo. Los Tribunales de Cuentas pueden ser instituciones respetables y que ofrezcan un buen rendimiento, seguro que hay algunos diseños de Tribunales de Cuentas que son adecuados, pero la separación de la función controladora de la gestión en instituciones que actúan sin una colaboración fluida y constante y en tiempo real, presenta serias desventajas. Desventajas que no existen cuando hablamos de los controles de las instituciones de control y de auditorías internas.

El intercambio de información entre las instancias de buena administración me parece absolutamente imprescindible, relacionando instituciones. Además he hablado del Poder Judicial, con fines no necesariamente convergentes. Esas grandes bases de datos de las que tienen que disponer las instituciones de control interno y esos metadatos bien elegidos, precios de contratos, titularidad de empresas, deben ser contrastadas y cursadas con otras fuentes de información a través de bases de datos de autoridades con fines similares. Las autoridades que hacen los seguimientos de las declaraciones juradas, por ejemplo, de las evoluciones patrimoniales, de los altos puestos de responsabilidad política es un ejemplo, pero también con instituciones u organizaciones que no tienen fines específicos en este sentido, por ejemplo, las autoridades fiscales, las autoridades de impuestos, es decir, debieran cruzarse datos relevantes

y bien elegidos de carácter fiscal o de carácter bancario con las grandes bases de datos de las instituciones de control y en particular con el control interno.

Debieran cruzarse datos relevantes y bien elegidos de carácter fiscal o de carácter bancario con las grandes bases de datos de las instituciones de control y en particular con el control interno.

Hay que seleccionar muy bien qué datos son los que nos interesan. Gastos que tengan relación, por ejemplo, con gastos suntuarios, que son los que están utilizando las unidades policiales especializadas en la lucha contra la corrupción en países europeos. Gastos relacionados con gastos suntuarios, gastos relacionados con inversión en el extranjero, hay una serie de metadatos que a efectos de control pueden ser relevantes, que deben cruzarse adecuadamente para que salten las alarmas y sepamos cuándo. No digo que nos encontremos ante un caso que debe dar lugar a responsabilidades penales pero sí podría ser de los de riesgo. Y esto no prejuzga la concurrencia necesaria en la responsabilidad ni la activación de un proceso de ningún tipo pero sí va en la línea de no fiar al olfato o la intuición del controlador público o su grado de atención en un caso, o la carga de trabajo para un determinado tipo de expedientes, la localización de las irregularidades.

El sistema de control debe funcionar sólo. La palabra "control" viene del manejo de las autoridades fiscales en los imperios mesopotámicos, tiene que ver con un doble rollo, el contra-rollo que se utilizaba para ver quién había pagado los impuestos y quién no. El rol y el contra rol. Habían

dos rollos con la misma información y de esa manera se hacía el seguimiento informativo de quién cumplía sus deberes y quién no, es decir, el control es algo tan sencillo como cruzar datos. Y lo que hacen las instituciones de control en su versión administrativa clásica, no es cruzar datos, es leer papeles, y los seres humanos, cuando nos ponemos a leer papeles, somos falibles, se nos escapan muchas cosas, no podemos leerlos todos los papeles, porque los papeles son muchos y son muy aburridos.

Entonces, el volumen de información que tienen que manejar las instituciones de control, no permite una detección masiva de los riesgos de irregularidad, mientras que las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías y el Big Data, el manejo masivo de datos, sí permitiría la detección de esos supuestos de riesgo. Yo creo que cualquier institución de control, de manejo de recursos públicos que quiera estar a la altura de las circunstancias de nuestros días, tiene que estar planteándose nuevamente la creación de grandes fondos de datos que sean interoperables con los fondos de datos de otras instituciones para generar un sistema automático de alarmas, de conductas de gestión potencialmente de riesgo, y así desde esa proactividad demostrarle a las autoridades penales y de otros órdenes, que está cumpliendo verdaderamente su trabajo, lo que yo llamo repositorios electrónicos y una selección de metadatos de precios y titularidad de empresas que sean relevantes.

Por cierto que todo esto con escrúpulos jurídicos para proteger la intimidad de las personas y no prejuzgar la culpabilidad de nadie. En cuanto a la comprobación del cumplimiento del Derecho Administrativo, me parece muy importante. Hay que tener muy claro el concepto de "discrecionalidad". He dado por supuesto que



cuando estamos ante decisiones absolutamente regladas no hay margen y entonces tampoco hay que motivar ni hacer motivaciones comparativas.

Pero claro, la mayor parte de las decisiones controvertidas, no van a ser decisiones absolutamente regladas, serán decisiones de discrecionalidad, de discrecionalidad técnica o de conceptos jurídicos indeterminados. Un primer problema es que los jueces de lo penal, pues se les ha olvidado ya a la mayoría lo que es la discrecionalidad, lo que es la discrecionalidad técnica y lo que son los conceptos jurídicos indeterminados. Y casi cualquiera de esas situaciones les parece, pues, capricho de los gobernantes.

Entonces, es muy importante dejar claro que hay ámbitos de decisión que son de los políticos, porque en muchos estados democráticos de derecho hemos pasado de un escenario en el que si había una deferencia absoluta frente al gestor público que podía tomar decisiones con gran libertad, a un marcaje judicial extremo de esas decisiones. La discrecionalidad no es sustituible, las discrecionalidades en sentido estricto no es sustituible por las decisiones judiciales, es fiscalizable por las decisiones judiciales, pero hoy han visto lo que el político puede hacer de acuerdo con su criterio de oportunidad, lo que considera oportuno. Será aconsejable, justificar debidamente su decisión y de-

mostrar la coherencia con el expediente administrativo, con la motivación que yo les he defendido. Y luego hay otros ámbitos, el de la discrecionalidad técnica y el de los conceptos jurídicos indeterminados que también requieren un esfuerzo procedimental y de motivación, pero hace falta también desarrollar una prope-  
dética, una pedagogía a los órganos de control en general y sobre todo al poder judicial, de respeto al criterio de oportunidad política.

Yo creo que el punto de partida, es el respeto al criterio de oportunidad política, es reconocer que en gestión pública lo más importante es realizar los intereses generales. ¿Y cómo se realizan los intereses generales? Yo he sido elegido con este programa de gobierno y mi programa de gobierno que han votado los ciudadanos dice que tengo que universalizar este servicio. Que tengo que dar sanidad para toda esta zona. Y si tengo que dar sanidad para esta zona tengo que priorizar en presupuesto la sanidad y acortar los plazos para realizar este proyecto aunque incumpla el último de los reglamentos y me gaste un poco más de dinero del que me había gastado. Estoy realizando los intereses generales y mientras como político no me meta dinero en el bolsillo, no tenga un enriquecimiento ilícito, ni sea tan torpe que genere un gran daño por negligencia grave, ustedes no me pueden ni exigir responsabilidades penales,

Cualquier institución de control, de manejo de recursos públicos que quiera estar a la altura de las circunstancias de nuestros días, tiene que estar planteándose nuevamente la creación de grandes fondos de datos que sean interoperables con los fondos de datos de otras instituciones para generar un sistema automático de alarmas, de conductas de gestión potencialmente de riesgo, y así desde esa proactividad demostrarle a las autoridades penales y de otros órdenes, que está cumpliendo verdaderamente su trabajo.

ni exigir responsabilidades administrativas, porque los funcionarios públicos y las autoridades no estamos en nuestros puestos solo para irnos a nuestras casas al final del día y decir: bueno que bien, que no he incumplido ni un solo reglamento, o qué bien que no me he gastado ni un peso más del que debía gastar.

En gestión pública lo más importante es realizar los intereses generales.

Estamos en nuestros puestos para cumplir con los deberes que nos ha asignado la sociedad y en mi caso, pues yo soy decano en una facultad de Derecho, lo que tengo que garantizar es que la Facultad funcione, que las clases se den bien y para mí eso es lo importante y no cumplir hasta el último de los reglamentos o que no se gaste ni un Euro de más, porque si me gasto tres Euros de más, pero las clases se dan mejor, habré cumplido más mi deber. Este es un enfoque de efectividad. Nadie me debería exigir responsabilidades por ello y sí en conseguir cumplir mis objetivos, mis cometidos, de políticas públicas.

Tengo que hacer una interpretación del ordenamiento jurídico que relativice la última coma de un reglamento de 1954 porque hay veces que tenemos que aplicar normas que son completamente absurdas en el contexto en el que nos encontramos, pues yo tendré que buscar la manera como administrativista de hacerlo. Porque aunque pudiera estar más intranquilo sabiendo que he cometido el incumplimiento formal de una norma, la sociedad me está pagando para que yo haga mi trabajo y no debería propiciarse un contexto de interpretación de las normas que desmotivara o desincentivara a

los responsables públicos para cumplir sus cometidos y los enfoque de pura eficiencia económica y de juridicidad extrema. Así se convierten en desincentivos graves para los funcionarios y las autoridades y no cumplen su cometido.

¿Cómo conseguimos vivir tranquilos, dormir tranquilos, y cumplir nuestros cometidos? Pues que las máquinas funcionen y nos digan cuándo puede estar sucediendo algo por lo que nos tengamos que preocupar y del resto del tiempo que nos dejen hacer nuestro trabajo y que no nos pidan después responsabilidades por ello si no hemos entrado en ninguno de esos terrenos peligrosos del dolo, del enriquecimiento ilícito o del daño grave a la causa pública.

**2 de Julio de 2014 - SIGEN**  
**Disertación del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca (España).**  
**Dr. Prof. Ricardo Rivero Ortega**