

El control público en el marco de la democracia, Segunda parte: alternativas para un control eficaz

Por Juan Bautista Justo

En la anterior entrega sobre el tema se analizaron las razones que conducen a defender el establecimiento de sistemas de control sólidos como reaseguro de los principios del Estado de Derecho. En esta oportunidad, se esbozarán algunos de los rasgos centrales que deberían presentar esos regímenes si se quiere que funcionen eficazmente.

Ingresar en el análisis de las alternativas tendientes a tornar más eficaces el control sobre la Administración Pública y la lucha contra la corrupción puede convertirse en un ejercicio por cierto desalentador. No puede perderse de vista en ese examen que en el fenómeno de la anomia inciden factores culturales e históricos profundamente arraigados en nuestro país, cuya delimitación excede ampliamente un enfoque estrictamente legal sobre el punto.¹

Nadie pondría en discusión, a esta altura, que la Administración debe sujetarse en su obrar a la juridicidad, que debe ser conjurada la corrupción en la función pública y que los mecanismos de control a esos fines deben ser efectivos. Al igual que en el ámbito de los derechos humanos, el desafío actual del control público no pasa por el reconocimiento de su necesidad o beneficios, sino por su efectiva vigencia en la cotidianeidad del Estado.²

Lo cierto es que, pese al carácter endémico del fenómeno de la corrupción administrativa y a las perniciosas consecuencias que el mismo produce sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y sobre las raíces mismas de la democracia, los sistemas de control siguen siendo valorados como mecanismos *secundarios* en la dinámica constitucional, *accesorios* –de alguna manera– a la gestión de los fines estatales ejercida por los poderes *clásicos*, en especial el Ejecutivo. Clara muestra de lo anterior es que los órganos de control constitucionalizados a partir de 1994 no han adquirido la relevancia capital que les corresponde, sin perjuicio de los reparos que puedan efectuarse sobre los alcances de las competencias que, desde la Carta Fundamental, se les han asignado.

En fin, en la agenda de discusión no se ubica al control administrativo como una función esencial del Estado republicano, asimilable en esencia e importancia a las actividades integrantes de la tríada tradicional y no subordinada a ninguna de ellas. Ello posee una relevancia práctica fundamental, por cuanto tiende a jerarquizar tanto a los entes encargados de dicha tarea desde el plano de la interacción entre los diversos organismos públicos, como a su rol y alcance dentro de la emisión y ejecución de la voluntad estatal.

Desde tal prisma, la fuerza práctica de un sistema de control presupone los siguientes elementos:

1. Control integrado

El control debe encontrarse integrado en el procedimiento de emisión y ejecución del acto administrativo que comporte la disposición actual o futura de fondos públicos. Debe entenderse desde ese punto de vista como un recaudo formal que hace a la validez del acto administrativo de que se trate.

Cuando de derechos de los particulares hablamos, es el propio interés individual el que se nos presenta como operador primario –aunque no exclusivo– del control, ya sea por medio de recursos administrativos o impugnaciones judiciales. Pero cuando nos encontramos ante la disposición de fondos públicos, esa constatación no puede confiarse a los ataques de los ciudadanos –si bien no cabe descartar esa alternativa– sino que el propio sistema debe tener prevista la intervención obligatoria y previa de sujetos independientes que verifiquen la legalidad de la actuación.

Tal condición se encuentra expresamente receptada en la Ley 24.156, pero en la economía de la norma la misma se encuentra limitada al control interno. En mi opinión, la insuficiencia de dicha modalidad, por vía de las Unidades de Auditoría Interna, queda sellada en cuanto posiciona nada menos que al sujeto controlado como garante del control.

Determinar al control como integrado supone erigirlo como elemento de validez del acto que signifique disposición de fondos públicos, tornando aplicables las previsiones de los arts. 7, 8 y 14 del decreto – ley 19.549 (LNPA).³ Desde tal vértice, las técnicas de control deben ser entendidas como integrantes del elemento “procedimiento” de formación de la voluntad administrativa, englobada en una concepción amplia dentro de la “forma” del acto administrativo. En consecuencia, la falta de recaudo previo a la emisión derivará en la nulidad absoluta del mismo.

2. Independencia

¹ Véase, Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992.

² Postulaba Bobbio a fines de la década del 60' que “El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político” (Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, 1967, p. 61).

³ Mertehikian, Eduardo, “El control interno en la Administración Pública en el ámbito nacional. Unidades de auditoría interna”, en AA.VV, *Control de la Administración Pública*, RAP, Buenos Aires, 2003, p.142.

Ahora bien, el control integrado descrito anteriormente no debería ser desarrollado por funcionarios jerárquicamente dependientes del sujeto controlado. Se requieren una serie de resguardos que tiendan a asegurar la total independencia del órgano de control.

Volviendo a la dimensión constitucional de la función estudiada, la misma debe quedar rodeada de garantías similares a las de la actividad jurisdiccional. Esa protección debe brindarse a todos los funcionarios encargados de la tarea de control, así como se asegura a todos los jueces, no debiendo limitarse en consecuencia a las más altas autoridades de dichos órganos, como habitualmente sucede.⁴

En este punto, no debería aplicarse el principio de jerarquía en el diseño de la organización de control, sino que deberían configurarse –en todo caso– vías recursivas para el caso concreto, a semejanza del sistema diseñado para la función jurisdiccional. Debería, en suma, aplicarse a la conformación de los órganos de control la misma premisa de independencia diseñada en torno de los jueces, desde que hace a la racionalidad del control de las conductas administrativas que el funcionario encargado de tal tarea carezca de todo interés personal en su resultado, en el sentido en que la eventual solución a la que se arrije no modifique en nada su status jurídico o fáctico. Es claro que todo interés propio lo aparta de la posibilidad de interpretar objetivamente la regla frente a la que debe cotejar el acto.

Ese presupuesto de la independencia podría procurarse a través de los siguientes mecanismos:

a) Un proceso de designación complejo,⁵ con la necesaria intervención del órgano deliberativo y previa realización de un procedimiento de preselección que asegure los principios de publicidad, concurrencia e igualdad. En el análisis de los aspirantes debería darse amplia participación a diversos sectores representativos de la comunidad, así como a la eventual impugnación y/o consulta de cualquier ciudadano;

b) Esas reglas de designación deberían ser aplicadas a todos los funcionarios integrantes del órgano de control, a excepción de aquellos agentes que carezcan de potestades decisorias. Es decir que no debería atribuirse a la autoridad máxima del órgano de control la facultad de designación de los funcionarios “inferiores”, pues ello posibilita el “copamiento” del sistema. Todos los agentes con competencia decisoria en materia de control deben ser designados por un mecanismo que asegure las reglas expresadas precedentemente. Una eventual distinción podría plantearse en torno de exigir una conformidad por mayoría calificada del órgano deliberativo para la selección de la autoridad máxima de control.

c) Inamovilidad en el cargo e intangibilidad remuneratoria para los funcionarios de control con competencia decisoria.

d) Procedimientos de remoción también complejos, fundados en causales asimilables a las del juicio político.

3. Conclusiones. La necesaria reformulación del modelo nacional de control del sector público

A la luz de todo lo dicho, el sistema trazado por la Ley 24.156 debería ser revisado sobre las siguientes bases:

a) Diseño de una estructura institucional que tenga como tarea exclusiva el control integral e integrado de la gestión administrativa y que surja de la reformulación y fusión de los roles delineados en los títulos VI y VIII de la Ley 24.156, asegurando la regla de la independencia. Ello importará la modificación de los arts. 100, 101 y cctes. de la norma en cuanto delimitan el control *interno* y de los arts. 116, 117 y cctes. del mismo cuerpo legal en cuanto lo pautan como *posterior*.

b) Asegurar que el control externo del sector público en cabeza del Congreso Nacional sea llevado a cabo por medio de la Auditoría General de la Nación (AGN) como órgano con potestades propias de control y no meramente consultivo del Legislativo. El art.85 de la Constitución Nacional no plantea ningún impedimento para que el Congreso, por medio de la AGN, perfile un sistema de control integrado y externo. Por el contrario esta última -conforme el último párrafo de la disposición- tiene a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. De modo tal que –sin resignar la competencia política otorgada en el primer párrafo de la norma, con asistencia de la AGN, y siendo consecuente con el distingo del constituyente- el legislador debe posibilitar que ese ente con autonomía funcional ejerza su competencia propia, exclusiva, obligatoria e indelegable de control sobre el sector público con los alcances aquí propuestos, creando los órganos de control integrado con potestad decisoria que correspondan, a la usanza del art.75 inc.20 de la Constitución Nacional.

c) Modificación de los arts. 4 y 5 del Decreto PEN 971/93, asegurando a los funcionarios encargados del control la inamovilidad en sus cargos e intangibilidad de sus salarios.

d) Inclusión expresa en la LNPA del control previo a la emisión como elemento esencial del acto administrativo que suponga la disposición actual o futura de fondos públicos.

⁴Vg. arts. 4 y 5 Decreto PEN 971/93.

⁵En el sentido de demandar la voluntad concurrente de más de un órgano.