

EL CONTROL PÚBLICO EN LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS. APROXIMACIÓN A LA CRISIS Y TRANSFORMACIÓN DEL CONTROL

Isaac Augusto DAMSKY*

Solo en comunidad con otros pueblos
puede un pueblo ayudar a constituir un
mundo humano creado y controlado por
todos nosotros en común.

Hanna ARENDT**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La teorización de la crisis del Estado*. III. *Sobre las formas de control de la administración pública contemporánea*. IV. *La doble crisis del control público*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El control público en Argentina, y, muy probablemente en Iberoamérica, encuentra en el siglo XXI una nueva arena en la cual medir sus fuerzas transformadoras. Tiene ante sí nuevos horizontes de expansión, nuevos ámbitos de control, nuevos sujetos cotitulares del interés público implicado en la relación de control, y unido a ello encuentra nuevos poderes públicos muñidos de poderes de imposición e intervención más intensos, sofisticados e imperceptibles, que las tradicionales y previsibles técnicas de gestión provenientes del derecho público decimonónico, e imperantes

* Abogado (Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1994); docente de Derecho administrativo (Universidad de Buenos Aires/Derecho, desde 1996); magíster en Derecho administrativo (Universidad Austral, Buenos Aires, 1997), y actualmente, doctorando en la misma especialidad por la Universidad de Buenos Aires.

** Arent, Hanna, *La tradición oculta*, Buenos Aires, Paidós, 2004, p. 74.

hasta las últimas décadas del siglo XX, si bien con las modulaciones propias de los diferentes contextos temporales y espaciales.¹

Sin duda, esta novedad, y estas nuevas formas de actuación requerirán, como contrapartida, el desarrollo de una mayor sofisticación en cuanto a las técnicas, actualmente existentes, y determinarán una mayor complejidad en la estructuración de las nuevas relaciones de control público.

Y ello, porque el control tiene ante sí el desafío de adecuarse a un nuevo derecho público² y por tanto, a los nuevos paradigmas de la arena

1 Me estoy refiriendo al proceso de transformación del poder en la actualidad, en los términos presentados por Juan Ramón Capella, al decir: “La crisis del estado intervencionista y asistencial se resuelve en la gran transformación que se produce aceleradamente (en el contexto europeo) desde mediada la década de 1970, y que en veinte años origina un mundo nuevo, una Babel de características propias. Para los rasgos del proceso de cambio resulta decisiva la posición de predominio social en que se encontraba el capital transnacional... Componen la gran transformación dos macrofenómenos estrechamente interdependientes entre sí: una mundialización (“desigual” o “deforme”) de las relaciones sociales, y una nueva revolución industrial, la tercera. La mundialización desigual de las relaciones es una globalización multifacética que crea relaciones de interdependencia entre las distintas poblaciones del planeta y reorganiza el tiempo y la distancia en la vida social. La mundialización configura un sistema desigual: con un “sur” del mundo infra-dotado cuya periferia se hunde en la miseria y un “norte” trifocal (en torno al Japón, la Unión Europea y Norteamérica), con su propio entorno... En este proceso se hundan casi todas las burocracias industrializadas carentes de flexibilidad para adaptarse al proceso; y también quedan atrás las estructuras de tipo “fondista”, superadas por formas empresariales transnacionales, generalmente reticulares, que operan segmentando el proceso productivo y deslocalizándolo, con gran capacidad de innovación organizativa... La mundialización impone una nueva estructura o campo de poder: la forma Estado pierde su primacía al subordinarse a un soberano privado supraestatal de carácter difuso, con una asignación de funciones nueva en este cambio interrelacionado. El sistema de legitimación tiende a cambiar también, y el derecho se adapta y adquiere rasgos apropiados a la nueva situación. Una nueva cultura, babélica, presencia el enfrentamiento de tendencias contrarias: el impulso a la barbarización de todas las relaciones sociales, que puede desembocar en tiranías integrales y catástrofes sociales duraderas, y la debilitada tendencia a un ulterior afianzamiento, contra las desigualdades estructurales, del proceso de democratización”. Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida, una aproximación histórico teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 238 y ss.

2 Me refiero a la corriente doctrinal inaugurada en Argentina por el profesor Jorge Salomoni. Entre otros trabajos del autor citado, remitimos a los siguientes: *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999; “Interés público y emergencia” en, VVAA, *La emergencia hoy*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003; “La defensa del Estado argentino en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos” *Revista El Derecho*, Buenos Aires, 28 de octubre de 2003.

publica, a la cual describiera recientemente el profesor italiano Sabino Cassese en su obra *La crisis del Estado*.³

De esta manera, el “cariz funcional público” del control, en el sentido de Giannini —determinado por la interdependencia sistémica existente entre “organización administrativa de control” y la “organización administrativa de gestión”— determina que no sea posible reflexionar sobre el control público sin pensar antes al Estado.⁴ Y en la actualidad, toda reflexión sobre el Estado no podrá sino conducir a pensar su crisis e invitarnos a discutir los alcances de su proceso de transformación y cómo ello impacta sobre las distintas categorías fundantes de nuestro derecho público iberoamericano en general, y argentino en particular.⁵ Si bien un análisis exhaustivo acerca de los fenómenos de crisis del estado excede en mucho los propósitos del presente, su referencia es útil para presentar algunas de las manifestaciones de este fenómeno y su impacto sobre los atributos del control público.⁶

De esta manera, quiero invitar a reflexionar acerca de las incidencias que posea la actual crisis del Estado sobre el control público; como operan los nuevos paradigmas —si es que operan— sobre las estructuras de control vigentes, y, que transformaciones, seguramente, se producirán sobre las nuevas relaciones de control, que esta realidad compleja parece insinuarnos.

3 Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003.

4 En los términos explicitados por el maestro italiano Máximo Giannini, es ese cariz funcional público que el control asume en el Estado contemporáneo, el que determina la expansión de su ámbito de actuación, implicando ello la generalización del control a toda la actividad de los poderes públicos, como una consecuencia, al menos tendencial, de la funcionalización de dicha actividad, lo que determinará, por un lado, la imposibilidad de pensar un modelo de control en abstracto, y a consecuencia de ello, la necesidad de referirlo al contexto estatal o a la esfera pública, sobre la cual está llamado a operar.

5 Al respecto, dentro del derecho argentino me remito a los siguientes trabajos: Bidart Campos, Germán, *El orden socioeconómico en la Constitución*, Buenos Aires, EDIAR, 1999; Albanese, Susana, *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Buenos Aires, EDIAR, 1998; Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 5a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, t. I —en especial Capítulo VI—, 1998; Salomoni, Jorge Luis, “El concepto actual de servicio público”, “El origen, la organización y el funcionamiento del Mercosur”, “Medios alternativos de resolución de conflictos con el Estado. El proceso arbitral ante Tribunales internacionales: La fuerza expansiva de su jurisprudencia en el Derecho Público Argentino”, en VVAA, *Jornadas sobre procedimientos administrativos*, UCA, 2003; entre otras obras del referido autor.

6 Al respecto se sugiere consultar: Valadés, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000, con especial referencia a los capítulos I (puntos A, B y J) y II (puntos A, B, D y E).

Comenzaremos con una breve aproximación a la crisis del Estado, para luego presentar los componentes que, en mi opinión, integran la doble crisis del control público en la actualidad de mi país.

II. LA TEORIZACIÓN DE LA CRISIS DEL ESTADO

En nuestra realidad latinoamericana, la crisis del Estado, tiene como uno de sus puntos de inicio el desplazamiento del ámbito interno al internacional, tanto, de la definición de los derechos fundamentales, cuanto, del control del Estado por parte de organismos internacionales.

Así, se verifica en nuestras realidades la existencia de una fuerza expansiva del derecho internacional y supranacional sobre los ordenamientos nacionales, determinando la crisis de la facultad exclusiva de producir y aplicar el derecho, que hasta ahora detentaba el Estado-nación. Y, en este sentido, lo anterior, nos muestra el progresivo desarrollo de ordenamientos y espacios jurídicos globales, que a más de poner en crisis el “sistema cerrado de legalidad y sus fuentes”,⁷ transforman los mecanismos de creación y aplicación del derecho, reduciendo al Estado-nación a un sujeto más entre los varios operadores jurídicos de ese ordenamiento sobre el cual inexorablemente va perdiendo su poder de conformación exclusiva.⁸

Sin embargo, la percepción de este fenómeno en nuestra cultura jurídica no es inmediato y requiere de un progresivo desarrollo de canales de discusión sobre sus caracteres generales y sus manifestaciones sectoriales. Por ello se cree útil realizar una breve aproximación a esta problemática.

Siguiendo la línea doctrinaria en la cual se inscribe este trabajo, vemos que hasta no hace mucho tiempo atrás, la estructuración del Estado y sus relaciones presentaban, entre otras, las siguientes notas distintivas:

7 Al respecto, creo útil recrear las expresiones del profesor Diego Valadés, quien al considerar el proceso de ensanchamiento de las funciones del Estado de bienestar percibe el fenómeno de la crisis del Estado, señalando: “la reducción indiscriminada de las funciones del poder estatal está también abatiendo, con velocidad creciente, uno de los pilares de sustentación del propio poder. Por eso se pone creciente énfasis en los procesos democráticos de legitimación del poder; porque se intuye que se está perdiendo el Estado de bienestar como una forma de legitimación que resultó muy funcional en muchos sistemas, durante largos lustros”, Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 6, p. 2.

8 *Cfr.* Cassese, Sabino, *La crisis del Estado, cit.*, nota 3, pp. 42 y ss.

1. *Exclusividad del ordenamiento.* Los sujetos formaban parte de un ordenamiento que presenta carácter de exclusividad.⁹

2. *Estadocentrismo.* En el centro se encontraba el Estado, perfilando ello un poder público de estructura compacta y en posición de superioridad institucional.¹⁰

3. *Predeterminación legal.* La ley es la medida y el control del poder público. Predetermina su actuación, perfija sus deberes y por lo tanto es previsible-medible-controlable.¹¹ Veremos, que la transformación que los procesos de crisis del Estado operen sobre este aspecto impactan sobre la estructuración del control público. Ello así, por cuanto ésta se montó a partir de encontrarse la acción estatal normativa y rígidamente planificada por un ordenamiento preexistente que perfila los fines, reglas y deberes de actuación del poder público. Éste es el modelo del poder legal racional, previsible, medible y, por ende, controlable, dentro de la estructura tradicional, tal como lo explica Cassese.

4. *Estabilidad de la esfera pública.* Las relaciones entre lo público y lo privado son determinadas y permanecen estables: entre los organismos puestos en posición superior y los otros sujetos no hay convergencia, sino contraposición.¹²

Sin embargo, la fuerte internacionalización de los ordenamientos internos y el paulatino desarrollo de un *global governance*,¹³ verifica este

9 Señala el profesor Cassese: “Ante todo, los sujetos forman necesariamente parte de un ordenamiento jurídico que presenta carácter de exclusividad. Los sujetos no pueden elegir. El ordenamiento es un dato”, *op. cit.*, nota 3, p. 151.

10 Agrega el autor citado, “En segundo lugar, en el centro se encuentra el Estado, poder público con estructura compacta. El Estado está en posición de superioridad institucional. En algunos casos, admite ponerse a la par de otros sujetos, con los cuales negocia. Aunque, también en tales casos, puede retomar su posición de superioridad”, *Idem*.

11 Continúa el autor citado: “En tercer lugar, la ley asegura la medida y el control del poder público y, entonces, circunscribe exactamente sus competencias. Por el contrario, los particulares reaccionan según sus propios intereses y fines, en tanto, la ley define sólo aquello que a ellos es prohibido”, *Ibidem*, p. 152.

12 *Idem*.

13 En los términos de Cassese quien sostiene: “el *global governance* se presenta como un agregado de organizaciones generales, sectoriales y de acuerdos. No solo no hay una supremacía y un soberano, sino que ni siquiera existe una estructura definida. Por este motivo no se habla de *global government*: aspectos funcionales, reglas, procedimientos, comportamientos prevalecen por sobre organizaciones o estructuras. Estos existen pero su rol no es predominante como en los Estados aparatos, ni su estructura jerárquica sino más bien reticular. Esta estructura presenta una compleja mezcla de

proceso de crisis del Estado, dado su carácter compuesto, en el que se encuentran, yuxtapuestos, interdependientes, integrados, según los casos, elementos jurídicos diversos, estatales, internacionales y supranacionales.¹⁴ Si bien de manera más intensa en algunas realidades, menos intensa en otras y con las peculiaridades y modulaciones propias del contexto temporal-geográfico en los que se verifica el fenómeno.

Para la Argentina tuvo, entre otros, como hito histórico principal, su reforma constitucional de 1994, que facilitó el desarrollo de ámbitos de internacionalización de nuestro ordenamiento conformados por el sistema interamericano de derechos humanos, el proveniente de la integración comunitaria y el determinado por los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones. Sobre el particular, cabe aclarar que la internacionalización del ordenamiento argentino se produjo de manera especial y sin precedentes, entre otras razones, debido a la recepción de determinados tratados internacionales sin reserva de reciprocidad.¹⁵

Este fenómeno, ha operado transformaciones que resultan necesarias presentar para comprender a la nueva arena pública, en la cual pareciera inscribirse el control público del presente siglo.

Así, siguiendo la corriente doctrinaria expuesta, vemos que se pasará de una estructura ordenada a un esquema de autoordenación; el ordenamiento jurídico que antes era un dato, se transformará en una elección.¹⁶ Luego, al monismo estatal y a su organización compacta se sustituye un conglomerado de derechos también incompatibles, pero provistos de normas de conflicto y, por ende, de reglas que deciden que

componentes internacionales y de componentes nacionales y una gran cantidad de acuerdos sectoriales...”, Casesse, *op. cit.*, nota 3, p. 44.

¹⁴ *Ibidem*, p. 45.

¹⁵ Al respecto se ha dicho: “Resultará difícil al observador encontrar, en el derecho comparado, otro país que indiscriminadamente haya realizado ese fenómeno de internacionalización de su sistema jurídico, sin exigencia de reciprocidad hacia los otros Estados, y sin evaluar el verdadero impacto que tal fenómeno podría producir en el sistema de relaciones jurídicas nacidas al amparo del ordenamiento nacional, como lo hizo modélicamente la República Argentina”, Salomoni, Jorge, *La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: el caso de las prestadoras privadas de servicios públicos*, p. 2.

¹⁶ En los términos de Cassese, lo expuesto permite apreciar un paradigma, el de la mercantilización de las instituciones, que desmiente el paradigma tradicional por el cual las instituciones se imponen a los particulares, constituyendo un prerrequisito al cual estos últimos deben necesariamente adaptarse, *op. cit.* nota 3, p. 153.

normas aplicar al caso concreto.¹⁷ Entonces, advertimos que se registran las siguientes transformaciones, condicionadas por el grado de avance de los ordenamientos.

Del “Modelo estadocéntrico” se pasará a un “Modelo ultraestatal”, el cual mientras en la realidad del hemisferio norte tendrá sustancia mercadocéntrica —dato no extrapolable a nuestras empobrecidas naciones americanas— en el hemisferio sur lo encontraremos modulado a través de un nuevo *orden público supranacional* en progresivo desarrollo a partir del sistema interamericano de derechos humanos y los paulatinos avances en la integración latinoamericana, que permiten verificar un embrionario mercado de derechos fundamentales.

Este modelo ultraestatal opera de manera distinta respecto de los Estados, porque el nuevo modelo no es monopólico: no existirá una sustitución del Estado nacional por un Estado supranacional, y consecuentemente no encontraremos un *global government*, aunque exista un *global governance*. De allí que se verificará la ruptura del paradigma *the state as unit*. Luego, lo anterior provocará, un aumento del número de productores de derecho (*soft law*) el cual dejará de imponerse bajo fórmulas rígidas, determinando la pérdida de completitud, sistematicidad y unidad de los organismos jurídicos, en favor de la informalidad, para finalmente, desagregar a los Estados, en los cuales sus órganos internos especializados establecerán relaciones con los órganos similares de otros Estados.¹⁸

El impacto de la crisis del Estado sobre el control público

Así presentados los términos del fenómeno de crisis y transformación del Estado, advertimos que los sistemas de control público vigentes, al permanecer estructurados sobre el viejo modelo “estadocéntrico”, se muestran insuficientes para receptar las transformaciones apuntadas, dado que los ordenamientos jurídicos globales al escapar del dominio del Estado para integrar un derecho público no estatal, exorbitan también de la esfera estatal tanto a los sujetos —públicos o privados— cuanto a las relaciones jurídicas anudadas a su amparo. Un creciente ámbito de gestión de los intereses públicos, escapa ya a la tradicional estructura buro-

17 *Idem*.

18 *Ibidem*, p. 76.

crática de control. Por lo tanto al paralelo desarrollo de un nuevo derecho debiera verificarse el paralelo desarrollo de un nuevo esquema de control capaz de aprehender la nueva realidad.

De esta manera, la formulación actual del control resulta insuficiente, porque al integrar sólo al “Estado nacional”, pierde de vista la dimensión transnacional y al restringirse a las estructuras estatales entendidas como *sector público*, se ve limitado de comprender a la nueva *arena pública*,¹⁹ en las que se integran formas públicas no estatales y por formas estatales no públicas de gestión. A lo que se agrega, las reconfiguraciones tanto del contenido cuanto de los co-titulares de los intereses públicos y las transformaciones sobre la relación de control provenientes de la aparición de nuevas formas de actuación del poder con la consecuente crisis sobre los principios, normas, procedimientos y estructuras mediante las cuales actuaban los sujetos integrantes de la tradicional relación de control.

Así, si como todo proceso estructural de poder requiere de un control, el actual proceso de crisis y transformación del Estado pareciera requerir de la discusión sobre los nuevos horizontes del control público, fronteras afuera, pensado a partir de la nueva realidad que nos presentan los ordenamientos públicos globales. Es que, como lo enseña el profesor mexicano Diego Valadés;

...el control del poder es una de las cuestiones comunes todas las formas de organización del poder, ha todos los sistemas políticos que ha existido y a todas las preocupaciones de las sociedades y de los individuos en cualquier lugar y en cualquier época de la historia... las formas de control han estado presentes siempre en la organización y ejercicio del poder, aunque han variado de acuerdo con las concepciones dominantes de esa organización y de ese ejercicio, e incluso del origen mismo del poder.²⁰

19 *Cfr.* Cassese, la noción de arena pública es entendida como el espacio en el cual se desarrollan la actividad pública y el intercambio Estado-sociedad. Señala que esta noción “indica un espacio, no prejuzga las posiciones de los sujetos que en él operan (el Estado arriba, los ciudadanos abajo, según el paradigma tradicional), no vincula el actuar de los sujetos a un tipo... Permite, al contrario, la intercambiabilidad de los roles, la modificación de las relaciones, el comercio de la regla y de los principios ordenadores”. *Ibidem*, p. 108.

20 Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 7, p. 147. resulta de interés destacar las consideraciones formuladas por el autor, al analizar los antecedentes históricos de las formas contemporáneas asumidas por el control público. Señala: “Uno de los problemas medulares de los sistemas políticos es el concerniente a la forma en que el poder es susceptible de

Lo anterior, nos pone frente a la necesidad de caracterizar brevemente tanto las formas que requiere el actual control público, cuanto su objeto, contenido y estructuración de sus relaciones, de lo cual me ocuparé a seguir.

III. SOBRE LAS FORMAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONTEMPORÁNEA

Inicialmente deseo remarcar lo dificultoso de delimitar el ámbito de actuación del control. Y esto es debido a la complejidad que apareja establecer no solo una noción de “control”, sino también determinar el ámbito de “lo controlado”: desde el tradicional sector público —el Estado, en última instancia— a las nuevas formas de actuación del poder, la arena pública en el marco de los ordenamientos públicos globales.

Ello no es fortuito. Como se analizó, estas dificultades obedecen a la crisis y “transformación” que viene operándose sobre el Estado nacional.²¹ Todo ello impacta sin dudas sobre el control y, también sobre la diversidad de sujetos y objetos sobre los cuales recae y el muy distinto carácter de los instrumentos e institutos en que se manifiesta.

Sin embargo la variedad de significaciones y, la consecuente pluralidad de conceptos en torno al control, no empañan una significación quizás nodal: el control, es un derecho y por tanto, “una manifestación de la capacidad de fiscalización de los gobernados sobre los gobernantes para garantizar que gobierne la mayoría y evitar la consecuente tiranía de esa mayoría”. Si bien desde otra perspectiva y partiendo de la expresión de Ely en su célebre obra *Democracy and Distrust*, señala el catedrático

ser controlado. Aun cuando la discusión moderna reporta el origen del tema al momento de los planteamientos de Locke y de Montesquieu, en especial por sus aportaciones a la teoría de la separación de los poderes y de los balances y contrapesos que deben existir en el ejercicio de las funciones del poder, el problema va más allá de su enunciación doctrinaria y está en el centro mismo de las formas de ejercicio del poder. Los poderes indisputados nunca han existido. Incluso en las etapas de más acentuado autoritarismo, los procesos de control... han estado presentes, como otra forma de equilibrio del poder. En Roma, Juvenal se preguntaba *quid custodent custodens*. La expresión es bastante elocuente: se trata de saber quién ejerce el control sobre el poder”, Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 7, p. 137.

21 Como vimos, esta crisis se exterioriza en la resignificación de la soberanía estatal —política y jurídica—, lo que determina la alteración de los sistemas de fuentes del ordenamiento y su consecuente crisis en la creación y en la aplicación del derecho en nuestros Estados.

Manuel Aragón que el control, como garantía y como actividad, debe responder a la finalidad de hacer efectivo el principio de limitación del poder. Así, “todos los medios de control, en el Estado constitucional, están orientados en un solo sentido y todos responden, objetivamente a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos”.²²

En el capítulo preliminar de su obra *El control del poder* el profesor Diego Valadés se pregunta si es posible controlar el poder. Señala: controlar al poder contiene un enunciado en apariencia paradójico. La idea misma de poder parecería no dejar mayores espacios, sino mediante una utilización convencional del término, para pensar en su control. Merced a un gran esfuerzo disociativo se plantea la “división del poder”, para lo cual se tiene que pluralizar lo que en esencia es “unitario”. Así, agrega que:

...contra lo que se piensa, los procesos institucionales que se conocen como separación de poderes no se basan en la disminución de los efectos del poder, sino en su potenciación. La teoría newtoniana de los equilibrios inspiró el inteligente esquema de la separación de poderes. Uno de los efectos de esa relación es que los balances y contrapesos operan como fuerzas crecientes, no menguantes. En esa medida, y pensando en un sistema de equilibrios lo mas cercano posible a lo ideal, tantas más atribuciones como se confieran a un órgano que ejerce funciones de poder, tantas mas las que de manera agregada se irán incorporando progresivamente a otros órganos.²³

Es entonces, que, siguiendo al profesor Valadés diré que el control del poder supone dos niveles distintos de acción: por un lado, los que el poder se autoaplica y, por otro, los que resultan de la actividad ciudadana.²⁴ A la primera modalidad, y como razonada derivación de una teoría del poder, los denomina controles internos del poder. A su vez, a los segundos, los llama controles externos, los que suponen la intervención de

22 Cfr. Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder, introducción a una teoría constitucional del control*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995. p. 71.

23 Valadés Diego, *op. cit.*, nota 7, p. 1.

24 *Ibidem*, p. 3 Respecto de lo que llamaría las bases de los derechos fundamentales de participar en el control público, señala el autor que: “existe una fuerte tendencia reclamando el poder para la sociedad civil. Aparece como una opción la llamada «democracia participativa», acompañada de un conjunto de organismos denominados «no gubernamentales», y que demandan la ciudadanización de los instrumentos del poder, desde los órganos administrativos hasta los de contención política típica, como son los partidos. En rigor esta opción es una más de las intentadas para atenuar el peso del poder. Cfr. *Ibidem*, p. 2.

agentes de la sociedad y debieran ser tributarios de una teoría de los derechos fundamentales.

Ahora bien, sentado lo anterior, vemos que en lo atinente al control administrativo, este puede asumir la forma de “control sobre los actos” o “control sobre actividades”.²⁵

Los primeros pueden asumir la forma de control “directo” “sobre actos” cuanto de un juicio de conformidad a ciertas reglas —en los términos del maestro Italiano Giannini— lo cual implicará en caso de disconformidad una medida represiva o preventiva o rectificadora.²⁶ Esta modalidad tendrá por objeto concluir con la emisión de un juicio de valor —por parte del “controlador”— el que tendrá por objetivo expresar o bien su conformidad, o bien su disconformidad, total o parcial. Como explica Giannini, en este punto, la autoridad de control, adoptará una medida —obviamente en tanto el ordenamiento específico así la faculte— destinada a poner en orden todo lo que no es conforme a la regla...²⁷

Los segundos comprenden a los controles indirectos de auditoría comprensivos del *auditing* y *budgeting*,²⁸ por lo cual podrá estructurarse en base a requisitos de desempeño de los sujetos controlados, y se tratará entonces de un control de desempeño de los organismos públicos o de los sujetos encargados de gestionar cometidos e intereses públicos. Dentro de esta modalidad, el control podrá asumir la forma de un análisis de desempeño institucional en sus variados aspectos de gestión, legalidad, financiero, contable, etcétera, con base en indicadores o instrumentos de medición, que permitan la evaluación de los desempeños y sus logros.

25 Cfr. Giannini, Máximo, *op. cit.*, nota 5, p. 311. “Por lo que se refiere a los controles jurídicos se suele distinguir entre control de actos y control de actividades... El control de actos tiene por objeto actos singulares... El control de actividades se refiere, en cambio, a una actividad, ya sea en su conjunto, ya se refiera a uno de sus aspectos”.

26 Cfr. *Idem.*

27 Cfr. *Ibidem*, 312.

28 Explica Giannini, que el llamado *auditing* es un control que aplica reglas de conveniencia administrativa y empresarial, con referencia al resultado alcanzado, en orden a la actividad desarrollada... del *auditing* se ha derivado el control de gestión, que es un control más eficaz sobre la actividad administrativa. Es un control sobre la corrección de la ejecución y de las funciones; es informal, realizándose según reglas que varían según sea la actividad controlada; se realiza de forma contradictoria, pero libre y puede contener recomendaciones, órdenes o adaptaciones.

Ambas modalidades no son incompatibles.²⁹ Por el contrario, son complementarias, por cuanto mientras la primera procura evaluar la eficiencia y eficacia del desempeño en base a la significatividad y trascendencia de las acciones consideradas, en base a análisis de “muestreo” y en términos macro; la segunda centra su énfasis en el análisis de actuación por intermedio del control directo sobre los actos individualmente considerados. Así, se permite una integración de la revisión sobre la actividad con el juicio sobre los actos, y, consecuentemente el dictado de las medidas correctivas, unido a instrumentos idóneos mediante los cuales se posibilite el seguimiento, de la acción anterior de control, para supervisar la implementación de las medidas adoptadas.

De las formas de control descritas, se deriva la índole de las medidas adoptadas por el órgano de control, las que, en una clasificación meramente enunciativa, podrán ser:

- Tratándose de control sobre actos: encontraremos las medidas represivas, impeditivas, preventivas y sancionatorias.
- Tratándose de control sobre actividades: encontraremos las medidas sustitutivas y prescriptivas.

Entre las primeras, Giannini llama medidas represivas a aquellas tendientes a emitir desaprobaciones, negaciones del visto bueno, y hasta incluso llegar a la anulación de los mismos. Las impeditivas, serán aquellas que, anteriores al dictado del acto, impiden que el mismo adquiera eficacia. Luego, señala el autor, encontramos a las preventivas en las que se interviene dentro de un procedimiento relativo al acto sometido a control, a fin de evitar que el acto proceda a su perfección. Finalmente, por intermedio de las medidas sancionatorias se afecta al titular de la repartición, o al ente administrativo, pudiendo ser pecuniarias, aflictivas —mediante calificaciones negativas— y llegar incluso al dictado de instrucciones complementarias, de tal manera que pueden converger medidas

²⁹ Ello así, ya que conforme explica Giannini, el control administrativo implica un juicio de conformidad a las reglas. Toda acción tiene sus reglas, que varían según el enfoque valorativo. Las normas han individualizado desde hace tiempo: a) el control de legalidad, cuyas reglas son normas jurídicas y el juicio se refiere a la conformidad con éstas de los actos o de las actividades. b) El control de fondo o incluso de oportunidad, o también, más brevemente, tutela, en el cual las reglas son preceptos de conveniencia administrativa. c) El control técnico que tiene un contenido muy variado en razón de las distintas disciplinas técnicas. Giannini, *op. cit.*, nota 5, p. 312.

relativas a actos, con medidas relativas a actividades, en aras de la integridad del control.

Respecto de las medidas relativas al control de actividades: encontramos a las medidas sustitutivas, que son aquellas dictadas frente a omisiones administrativas en las que la autoridad de control, bien directamente o por medio de un oficio ejecutivo, lleva a cabo la actividad omitida. Las prescriptivas, toma lugar cuando la actividad, aún habiendo sido desarrollada, presenta fallas, y consisten en la emisión de una orden de hacer o de no hacer.³⁰

Sin embargo apreciamos que la actuación del sistema de control argentino, en su nivel federal, sustituido el Tribunal de Cuentas de la Nación por la Auditoría General de la Nación, se operó la consecuente supresión del sistema de control de actos y la modalidad de control previo. Con lo cual, la integridad del control se encuentra, de alguna manera, comprometida, por cuanto centrándose en controles indirectos y posteriores de *auditing*, éstos se limitan a la emisión de un informe final de auditoría en el cual se formulan “observaciones” concernientes a la porción de actividad considerada por intermedio de análisis de muestras.

No resulta extraño advertir que los poderes de imposición de los organismos de control sean nulos, por cuanto sus alcances solo llegan a la emisión de “recomendaciones de auditoría” para la corrección de los desvíos detectados en las observaciones.

Ello se corrobora a poco que se repare, que *a posteriori* el organismo de control se encuentra también limitado en sus poderes, dado que solo se puede proceder a realizar auditorías de cumplimiento, pero cuyo objeto será solo constatar el grado de acatamiento de las recomendaciones anteriormente formuladas.

El sistema de control argentino no faculta a sus órganos rectores a la adopción de ninguna de las medidas comentadas tendientes a constreñir al saneamiento de las situaciones controladas. No se admiten en la actualidad ninguna de las medidas presentadas. La ley argentina no provee un cuadro sancionatorio, ni un organismo ni un procedimiento para efectivizarlas. No existen sanciones ni acciones correctivas propias de la acción de control.

Sin perjuicio de ello, y de la necesidad de fortalecer institucionalmente al control para superar sus déficits operativos, mediante el desarrollo

30 Cfr. La clasificación de Giannini, *Ibidem*, p. 313.

de herramientas apropiadas, es necesario aclarar que, en función de la breve caracterización formulada —se estima impropio, ajeno e inconducente al control administrativo, considerar como instrumentos inherentes a su naturaleza, a aquellas medidas que denominamos de naturaleza legal—judicial. Me refiero a las provenientes de la sustancia eminentemente disciplinaria sobre los funcionarios, las anulatorias de actos y procedimientos, las intervenciones, y las de la orden penal, entre otras.

Tales herramientas son ajenas a la llamada *relación de control* y se vinculan con una noción distinta; el llamado *poder de control*, el cual —como se explicó— se encuentra insito en la potestad jerárquica proveniente de la organización administrativa y supone la sumisión del órgano inferior al superior, bajo el principio de jerarquía comprensivo de las potestades de dirección y control, por lo cual conviene distinguirlas.³¹

Ello así, por un atributo central del control administrativo: la independencia de criterio y la oposición, que son atributos que solo pueden darse en la medida en que el “controlador” se encuentre orgánica, relacional y funcionalmente desvinculado del “controlado”.

Se agrega, el hecho de que la utilización de las medidas referidas a más de ser atributos del poder jerárquico constituyen la última *ratio* del poder jerárquico y prescinden de la riqueza y utilidad de una extensa gama de medidas que son el sentido del control como instrumento preventivo y contributivo a la mejora de la calidad de gestión.

Consecuencia de lo anterior resulta que tales medidas tampoco dan respuesta a un extensa gama de situaciones que sin llegar a configurar supuestos que las habiliten, requieren en cambio de implementación de otras tendientes al fortalecimiento de las estructuras, la modernización de los procedimientos y la optimización de la gestión en términos de una mayor cobertura de necesidades y satisfacción de los usuarios/beneficiarios de la gestión de los intereses públicos.

Aún así, cabe una última aclaración. Si bien, las medidas correctivas de naturaleza legal-judicial, constituyen última *ratio* y resultan impropias de la función de control (la cual debiera ser preventiva y tendiente a optimizar la gestión), pero aún así, aunque se sostuviera que ello es coherente con la independencia y oposición del control de auditoría, aún así, quiere señalarse que la reforma administrativa argentina, que en materia de control público se instrumentó mediante la Ley de Administra-

31 Cfr. Lo advierte Giannini, *Ibidem*, p. 314.

ción Financiera de 1992 (LAF), desarticuló en este punto los controles ya que no diseñó mecanismos, complementarios al *auditing*, encargados de implementar toda esa gama de situaciones referidas, para las cuales se prevén otro arco de medidas que exceden y son más eficaces que las represivas legales.

Con lo cual, quiero significar, que desde esta óptica se advierte que el sistema de la LAF, presenta el inconveniente de carecer de mecanismos para efectivizar esas medidas. Si bien, algunos ordenamientos locales, como por ejemplo la Ley de Administración Financiera de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 35, Ley 70) prevé sanciones, no se reglan los procedimientos y órganos encargados de efectivizarlas.

IV. LA DOBLE CRISIS DEL CONTROL PÚBLICO

En mi opinión, el actual sistema de control público vigente en Argentina presenta dos inconvenientes: El primero de ellos, se vincula con el déficit operativo que el sistema vigente padece en la actualidad de mi país. El segundo, se determina por la inadecuación del control para aprehender las nuevas formas de gestión de lo público proveniente de los nuevos espacios jurídicos globales.

1. *Sobre el déficit operativo*

A continuación se presentarán los mecanismos de control público en Argentina tal como operan, para la observación de sus debilidades.

Para ello, es necesario relevar la estructuración del control en Argentina, explicando de que manera los controles al “acto” y a la “actividad” —en los términos que se explicitaron— tomaron forma. Se aclara, que no obstante el carácter complementario que ostentan ambos sistemas, en la Argentina no coexisten, habiendo sido suprimido el primero mediante un desarrollo parcial del segundo, a partir de la incorporación fragmentaria de la técnica de auditoría.

Respecto de dicha técnica de control, implantada universal y acriticamente de manera uniforme en variadas latitudes, nos interesará detenernos en la consideración de un informe del Tribunal de Cuentas Europeo, que revela las debilidades de ella, las cuales paradójicamente son demostrativas asimismo del carácter universal y uniforme de sus déficits. Ello,

en la creencia de contribuir a la comprensión de las falencias del régimen actual.

*A. El modelo de control en la Ley de Contabilidad (1956-1992).
Breve caracterización del Tribunal de Cuentas de la Nación*

Instituido en 1956 para el nivel federal, por el Decreto-Ley de Contabilidad No. 23.354/56, y disuelto en 1992 al crearse la Auditoría de General de la Nación —mediante la Ley de Administración Financiera No. 24156— constituía un organismo afín a la práctica presupuestaria de nuestro país, cuya figura continúa subsistiendo en el ámbito provincial argentino.³² De allí la importancia de su consideración para los fines de este trabajo.³³

Los primeros ensayos institucionales de Tribunales de Cuentas se remontan al período colonial, apareciendo en el Río de la Plata, al crearse el primer Tribunal Mayor de Cuentas en 1767,³⁴ hundiendo —por tanto— sus raíces en la tradición jurídica iberoamericana.

Las funciones que le fueron atribuidas exorbitaron las exclusivas de un órgano de control externo del Estado. Ejerció el control previo y posterior de la administración pública nacional, bajo una modalidad preponderante de *control sobre los actos*,³⁵ cumpliendo funciones jurisdiccionales³⁶ —sobre los funcionarios gestores de las cuentas públi-

32 A modo de ejemplo, en la provincia de Buenos Aires fue suprimido en 1821 y luego instituido en 1825 por el gobernador Las Heras. *Cfr.* Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *El control de la administración pública*, Buenos Aires, Abeldo-Perrot, 1995, p. 90.

33 Por exceder los límites del presente trabajo, no serán consideradas las funciones de contralor ejercidas por otros organismos tales como la Contaduría General, la Sindicatura General de Empresas Públicas y otros.

34 Así lo dispuso la Instrucción de Carlos III del 12 de noviembre de 1767, que mandó que las Cajas Reales de Buenos Aires, Tucumán y Paraguay cesaran de rendir cuentas al Tribunal Mayor de Cuentas de Lima, como lo venían haciendo. *Cfr.* Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, nota 32, p. 89.

35 *Cfr.* Artículo 84 del Decreto Ley 23354/56 le competía: “a) ejercer el control externo de la marcha general de la administración nacional y las haciendas para estatales, b) la fiscalización y vigilancia de todas las operaciones financiero-patrimoniales del Estado..., f) fiscalizar las empresas del Estado por medio de auditores o síndicos”.

36 *Cfr.* Artículo 84 del Decreto Ley 23354/56 le competía: “c) el examen y juicio de las cuentas de los responsables, intervenidas por las respectivas contadurías centrales, d) la declaración de responsabilidad y formulación de cargo cuando corresponda”.

cas— consultivas y administrativas —por encontrarse integrado al circuito presupuestal— detentando también potestad reglamentaria.

Por tanto, tenía a su cargo; el análisis de todos los actos administrativos que se refirieran a la hacienda pública, la intervención previa en los libramientos de pago,³⁷ el examen y juicio de las cuentas de los responsables,³⁸ la fiscalización de las empresas del Estado por medio de auditores o síndicos.³⁹ Entre sus funciones consultivas, era el órgano encargado de la interpretación del Decreto-Ley de Contabilidad, a lo que se agrega el asesoramiento a los poderes del Estado en las materias de su competencia.

Mención aparte merece el ejercicio de la función de *observación* de los actos administrativos de contenido patrimonial,⁴⁰ con reserva de *insistencia* por parte del proponente.

Cabe señalar que junto con la atribución de intervenir anticipadamente al libramiento de fondos del Tesoro General, constituían el control previo que la ley le acordaba.⁴¹

Mas allá de las críticas que se alzaron desde los distintos sectores, lo cierto es que este mecanismo constituía un instrumento eficaz para el ejercicio de un control en *tiempo real*, dado su cariz procedimental que

37 *Cfr.* Artículo 34 del Decreto Ley 23354/56. Intervenia en los libramientos antes de que estos pasaran a la Tesorería General.

38 A los funcionarios encargados de la administración de dinero, fondos, bienes etcétera, el Tribunal de Cuentas los atraía a su fuero y los juzgaba mediante el juicio administrativo de cuentas. En cambio, frente a situaciones de irregularidad de los funcionarios —incluso de aquellos no obligados a rendir cuentas— los juzgaba de acuerdo con el proceso denominado juicio administrativo de responsabilidad. *Cfr.* Atchabahian, Adolfo, *Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 744.

39 *Cfr.* Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *El control de la administración pública*, *cit.*, nota 32, p. 79; “Esta tarea no fue efectuada cabalmente por este órgano, hasta la creación de la Corporación de Empresas Nacionales primero, y luego la Sindicatura General de Empresas Públicas”.

40 *Cfr.* Artículo 85 del Decreto Ley 23354/56, que establecía la observación de los actos administrativos cuando contrariaran o violaran disposiciones legales o reglamentarias, dentro de los sesenta días de haber tomado conocimiento de los mismos. A tales efectos dichos actos debían serles comunicados antes de entrar en ejecución. Por su parte el artículo 87 disponía, que las observaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas serían comunicadas al organismo de origen y suspenderían el cumplimiento del acto en todo o en la parte observada. *Cfr.* Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, nota 32, p. 95.

41 *Idem.*

constituía una válvula de cierre a la tendencial fuga de los controles, por parte de los sujetos controlados.

La obligación comentada, desapareció al instaurarse el régimen de administración financiera —bajo justificaciones de variada índole— y sin que haya sido sustituida por otra medida de índole similar.

Con el paso de los años, esta arquitectura fue universalmente criticada,⁴² y en el caso de la doctrina nacional, se fustigó el ejercicio del control previo por parte del Tribunal de Cuentas llegándose a sostener “disfuncional”, en razón de los cometidos por los que se le reconocía algún nivel de ingerencia en la gestión administrativa,⁴³ todo lo cual constituyó campo fértil para la supresión de los controles previos independientes y su sustitución por el régimen que se analizará en el acápite siguiente.

B. El modelo de control instaurado por la Ley de Administración Financiera (1992-en adelante). La técnica de control de auditoría

Las técnicas de control actualmente vigentes en Argentina se implementaron en 1992 con el dictado de la llamada Ley de Administración Financiera No. 24156, norma que derogó al sistema anterior, el que sustituyó mediante la implantación de un nuevo modelo de control público,⁴⁴ sin precedentes en nuestro país. Cesaron los anteriores organismos rectores, resultando consecuentemente suprimido el control externo de carácter previo del Estado, a partir de lo cual el control externo quedó limitado a la modalidad *ex post facto*.

42 Al respecto, Giannini explicaba que “...los controles sobre los actos (legalidad y oportunidad) están bajo sospecha: sirven bien poco en relación a su coste económico y burocrático, dejando al margen todas las actividades ejecutivas y técnicas. Están, en cambio, adquiriendo importancia los controles sobre la actividad, tipo *budgeting*, *auditing*, los controles de gestión y los controles internos de eficacia. Estos son, sin duda, los controles del futuro... los controles de eficiencia exigirían, en las grandes administraciones, unidades internas específicas que pudieran establecer y controlar los flujos de trabajo de cada servicio, las técnicas de trabajo, la organización interna del trabajo, y el rendimiento del trabajo bajo los dos aspectos que en la ciencia de la administración se denominan eficiencia y eficacia”. *Cfr.* Giannini, *op. cit.*, nota 5, p. 314.

43 Al respecto, me remito a los comentarios expuestos en Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, nota 32, p. 92.

44 Así, la norma establece: “Artículo 1o. La presente ley establece y regula la administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional...” y luego; “Artículo 7o. La Sindicatura General de la Nación y la Auditoría General de la Nación serán los órganos rectores de los sistemas de control interno y externo, respectivamente”.

Cesado el Tribunal de Cuentas de la Nación, fueron creadas la Auditoría General de la Nación,⁴⁵ como órgano de control externo *ex post*,⁴⁶ la Sindicatura General de la Nación,⁴⁷ como órgano de control interno del Poder Ejecutivo y sus dependencias,⁴⁸ y se estableció la obligación, de parte de cada entidad dependiente del Poder Ejecutivo, de crear “Unidades de Auditoría Interna”: órganos de control interno posterior, poseedores de la extraña cualidad de ser controladores y a su vez dependientes

45 *Cfr.* Artículo 116, Ley 24156, que establece: “Crease la Auditoría General de la Nación, ente de control externo del sector público nacional, dependiente del Congreso Nacional. El ente creado es una entidad con personería jurídica propia, e independencia funcional. A los fines de asegurar ésta, cuenta con independencia financiera. Su estructura orgánica, sus normas básicas internas, la distribución de funciones y sus reglas básicas de funcionamiento serán establecidas por resoluciones conjuntas de las Comisiones Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras del Congreso de la Nación, por vez primera. Las modificaciones posteriores serán propuestas por la Auditoría, a las referidas comisiones y aprobadas por éstas. Su patrimonio estará compuesto por todos los bienes que le asigne el Estado nacional, por aquellos que hayan pertenecido o correspondido por todo concepto al Tribunal de Cuentas de la Nación y por aquellos que le sean transferidos por cualquier causa jurídica”.

46 *Cfr.* Ley 24156, artículo 117, se delimitan sus competencias: “Es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos... los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos... El control externo posterior del Congreso de la Nación será ejercido por la Auditoría General de la Nación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dispondrá sobre la modalidad y alcances de la puesta en práctica del sistema instituido en esta ley con relación al Poder Judicial de la Nación”.

47 *Cfr.* Se estableció en las siguientes normas de la Ley 24156: “Artículo 96. Crease la Sindicatura General de la Nación, órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional; artículo 97. La Sindicatura General de la Nación es una entidad con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del presidente de la nación...; artículo 100. El sistema de control interno queda conformado por la Sindicatura General de la Nación, órgano normativo, de supervisión y coordinación, y por las unidades de auditoría interna que serán creadas en cada jurisdicción y en las entidades que dependan del Poder Ejecutivo Nacional. Estas unidades dependerán, jerárquicamente, de la autoridad superior de cada organismo y actuarán coordinadas técnicamente por la Sindicatura General”.

48 *Cfr.* Ley 24.156, artículo 98, se delimitan sus competencias: “En materia de su competencia el control interno de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependan del mismo, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica”.

de la máxima autoridad de cada repartición, y que actúa bajo coordinación técnica de la Sindicatura General.⁴⁹

Se sostuvo que la nueva ley optimizó la gestión financiera y el control,⁵⁰ por lo cual se le atribuyeron una variedad de bondades, entre las que se cuentan —a título enunciativo— el haber propiciado; la interrelación de sistemas de gestión pública, la centralización normativa y descentralización operativa, junto con el desarrollo de instrumentos más ágiles de control, tendientes al logro de un triple objetivo: economía, eficiencia y eficacia.⁵¹

Por otra parte, se dijo que el control de auditoría contribuía a la economía de los recursos afectados al control, habida cuenta que el control sobre acciones implica una superación del control sobre actos, el que debido a su objetivo de procurar la completa legalidad y regularidad de todas las operaciones, generaba costes desproporcionados.⁵²

Principalmente, se reconoció como un acontecimiento de innovación —y por ello mismo digno de elogio— el hecho de que la Ley de Administración Financiera venga a estructurar a la gestión pública en base a la “teoría de sistemas”, lo que implicaría la institución de diversos sistemas para el funcionamiento financiero del Estado, de manera que aunque ca-

49 *Cfr.* Ley 24156, artículo 102. La auditoría interna es un servicio a toda la organización y consiste en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades a que hace referencia esta ley, realizada por los auditores integrantes de las unidades de auditoría interna. Las funciones y actividades de los auditores internos deberán mantenerse desligadas de las operaciones sujetas a su examen.

50 Al punto que estableció entre sus objetivos, el establecimiento de “un eficiente y eficaz sistema de control interno normativo, financiero, económico y de gestión sobre sus propias operaciones, comprendiendo la práctica del control previo y posterior y de la auditoría interna”. *Cfr.* Artículo 4o., inciso ii.

51 Al respecto se sugiere ampliar de Fowler Newton, Enrique, *Cuestiones fundamentales de auditoría*, Buenos Aires, Macchi, 2001; Mertehikian, Eduardo, *Administración financiera y control*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1997; Atchabahian, Adolfo, *Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública*, Buenos Aires, Depalma, 1999; Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, nota 32, pp. 101 en adelante; entre otras obras.

52 Entre las premisas de las que parten los controles de auditoría se sostiene que “no se puede esperar que un sistema asegure que todas las operaciones son correctas; en consecuencia, el alcance y la intensidad de los controles deberían proporcionar un equilibrio adecuado entre el costo global de su realización y los beneficios globales que aportan” *Cfr. Información de apoyo al dictamen núm. 2/2004 del Tribunal de Cuentas de la Comunidad Europea sobre modelo de “auditoría única” (y una propuesta de marco de control interno comunitario)*, punto 25, p. C 107/7.

da uno de ellos poseyera funciones específicas, existiera una verdadera interrelación de los órganos que los conforman entre sí.⁵³

Luego, en la racionalidad de la Ley, esos sistemas resultarían integrados en un ámbito material subjetivo —dentro del cual tome forma la actuación de la gestión pública y mediante el cual se precisen los contornos de la función administrativa— denominado *sector público nacional*,⁵⁴ noción mediante la cual se busca caracterizar a la administración pública.

Sin embargo, el nuevo régimen se limitó a diseñar tales sistemas de contabilidad —presupuesto público y control financiero—, pero al no desarrollarlos de manera adecuada ni detallar sus condiciones de operatividad, se afectó un elemento esencial en la construcción de un sistema: el nivel de interrelación necesario para el logro de la postulada “centralización normativa y descentralización operativa”.

De esta manera, la afectación de las condiciones de operatividad del “sistema de administración financiera” redundaba en la restricción de los consecuentes niveles de operatividad de los mecanismos de control de auditoría previstos en el nuevo régimen. Y ello porque la técnica de auditoría presupone la previa existencia de un sistema en funcionamiento al que controlará.

53 Cfr. Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, nota 33, p. 103. Al respecto, el artículo 2o. de la Ley 24156 dispone: “La administración financiera comprende el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos que hacen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado”.

54 Cfr. Ley 24156, artículo 8o. Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación en todo el *sector público nacional*, el que a tal efecto está integrado por: a) administración nacional, conformada por la administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de seguridad social; b) empresas y sociedades del Estado que abarca a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias; c) entes públicos excluidos expresamente de la administración nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones; d) fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus jurisdicciones o entidades.

Sobre este punto, para la comprensión de la racionalidad aspirada por intermedio de la Ley de Administración Financiera Argentina y el dimensionamiento de algunas aristas del déficit operativo de los controles de auditoría en Argentina, creo necesario reparar en los atributos principales de un sistema y su control.

Así, debe señalarse que un sistema es un conjunto de elementos que se interrelacionan de manera regular y ordenada para la consecución de determinados objetivos.⁵⁵ Ello presupone el desarrollo de un detallado y pormenorizado marco de actuación —normativo—, pero que a la vez posea la ductilidad necesaria para permitir las adaptaciones y adecuaciones que las necesidades organizacionales requieran.

Inicialmente apreciamos que, no obstante el sistema de administración financiera haber sido diseñado por ley —con base en el programa de reforma de la administración financiera y gubernamental— su estructuración resultó parcial.

No se desarrollaron de manera pormenorizada las normas, procedimientos y estructuras adecuadas que permitan su interrelación, atentando ello contra la eficiencia de los procesos de auditoría. Ello se comprueba a poco que se repare en la estructuración de los controles dentro de esta lógica de sistemas.

Como lo explica Enrique Fowler Newton:

En todo control de un sistema operante intervienen cuatro elementos:

a) Un objeto a examinar, que puede ser:

1. La producción del sistema durante cualquier etapa del proceso;
2. Una condición resultante de dicha producción;

b) Un método censor que permita medir las características o condiciones controladas;

c) Una unidad de control (el sujeto del examen) que compara los datos medidos con el rendimiento planeado, determina la necesidad de correcciones y la informa a:

d) Un grupo capaz de efectuar las correcciones del caso.

En consecuencia, lo que se postula es que la auditoría se caracteriza como la función de control de un sistema o conjunto de sistemas, por lo que resulta que bajo este enfoque la auditoría será siempre auditoría de sistemas, consistiendo de tal manera en la revisión sistemática y organizada de los sistemas en funcionamiento para ver si en ellos se verifican las propiedades descriptas.⁵⁶

⁵⁵ Cfr. Fowler Newton, Enrique, *op. cit.*, nota 51, p. 3.

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 4.

De allí entonces que el control de auditoría consista en:

...el examen del funcionamiento de un sistema o parte de él para controlar si sus características o condiciones responden a un sensor previamente establecido. En toda auditoría existe un propósito, un sujeto (el auditor), un objeto (lo que se examina), una acción (el examen) y un sensor que actúa como punto de referencia. Como resultado de la auditoría se emite un informe que puede ser empleado para corregir las desviaciones observadas o constituir un mero dato informativo.⁵⁷

Por tanto, conforme el autor citado, las condiciones necesarias para la realización de una auditoría serán: 1) que el sistema y sus controles internos sean auditables, 2) que exista un sensor perfectamente definido, y 3) que el auditor sea independiente e idóneo.⁵⁸

Sentado lo anterior, se comprende que los controles de auditoría sean externos y se cumplan *ex post facto* —un control de controles— de suerte que los controles previos se correspondan con los internos, razón por la cual estos debieran hallarse estructurados en la línea y en el grado.

Luego, la estructura de control debiera ser *piramidal*,⁵⁹ presuponiendo la existencia —en la base de la pirámide— de un *ambiente de control* adecuado, estructurado sobre controles de línea, previos e internos,⁶⁰ complementado por un sub sistema de *controles cruzados* dentro de la línea de mando que operen *blindajes técnicos* impeditivos de desvíos, para la consolidación de un control integral e integrado.⁶¹

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 64.

⁵⁸ Finalmente, todo informe de auditoría, en cuanto comunica información, debiera cumplir con los requisitos enunciados por la teoría de la información, entre los que se destacan los de relevancia, objetividad, oportunidad, precisión, integridad, claridad, suficiencia, prudencia, normalización, sistematicidad, verificabilidad, certidumbre, confiabilidad, practicabilidad y productividad. Cfr. Fowler Newton, Enrique, *op. cit.*, nota 51, pp. 64, 66 y 67.

⁵⁹ Cfr. postulan las normas de C.O.S.O. (Comité of Sponsoring Organisations of the Treadway Comisión).

⁶⁰ Cfr. Ley 24156, artículo 101. “La autoridad superior de cada jurisdicción o entidad dependiente del Poder Ejecutivo nacional será responsable del mantenimiento y de un adecuado sistema de control interno que incluirá los instrumentos de control previo y posterior incorporados en el plan de organización y en los reglamentos y manuales de procedimiento de cada organismo y la auditoría interna”.

⁶¹ Cfr. Ley 24156, artículo 103. “El modelo de control que aplique y coordine la sindicatura deberá ser integral e integrado, abarcar los aspectos presupuestarios, económi-

Sin embargo, lejos estamos de ello. No se ha logrado aún la implementación de los atributos operacionales definidos por la ley mencionada como necesarios para la efectiva vigencia del nuevo modelo, por cuanto se han desarrollado fragmentariamente —o en muchos casos, directamente no se han desarrollado— los mecanismos de control interno adecuados para prevenir —detectar— corregir errores e irregularidades y asegurar la consecución de los objetivos de las entidades, todo lo cual requiere consecuentemente de:

Un conjunto de sistemas de controles dentro de los cuales se incluyan:

- La estructura organizativa.
- Los métodos.
- Los procedimientos.
- La auditoría interna.

Así, mediante los mismos, debieran asegurarse la estructuración de mecanismos para: la protección de activos y recursos, el desarrollo de blindajes legales previos, el aseguramiento de una registración contable que garantice su completitud y exactitud, y la emisión de información financiera oportuna y fiable, etcétera.

A poco que se reconozcan estos déficits se comprueba que en la práctica, habiendo desaparecido técnicas como la observación, propias del control previo y, encontrándose centrado exclusivamente en el control posterior de auditoría, se verifiquen serias debilidades estructurales en materia de control preventivo. Careciendo de procedimientos internos que permitan la realización de un blindaje técnico, articulando gestión y control, encontramos que el desarrollo fragmentario de los mecanismos implementados por el sistema de administración financiera han determinado la desvinculación, en términos de procedimiento, de la gestión al control.

La debilidad en los controles previos, determina la necesidad de que los mecanismos de control externo realicen esfuerzos complementarios determinados por tareas investigativas previas, de relevamiento, de evaluación de la significatividad y trascendencia de las acciones a controlar. Dentro de este contexto no es extraño advertir que, si el auditor, no desarrolla sus mejores esfuerzos para realizar análisis de riesgos, relevar el

cos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, la evaluación de programas, proyectos y operaciones y estar fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia”.

universo de actividades llamado a controlar, previo a la extracción de muestras representativas,⁶² difícilmente podrá tomar conocimiento cabal respecto de aquellas acciones que puedan comprometer, en alguna medida, al erario público. Por lo tanto, desmontados los procedimientos de intervención previa, podría afirmarse que el control incurre en la paradójica pérdida de control sobre su ámbito. El control ya no revisará toda la acción pública, verá solo lo que pueda, lo que le muestren o lo que quiera.

2. Balance de lo expuesto

Como consecuencia de lo expuesto, aprecio que el déficit operacional que actualmente presenta el control público en Argentina, se produce, en mi opinión, principalmente por dos causas:

La primera, porque se sustituyeron los controles previos y se les sustituyó por los controles posteriores, no obstante que ambos resultan necesarios y complementarios.

La segunda, porque no obstante lo anterior, el nuevo sistema se desarrolló de manera fragmentaria, por cuanto, como se señaló, se omitieron prever normativamente los atributos operacionales del sistema. Por lo tanto, paradójicamente, su funcionamiento se volvió asistemático, ya que los nuevos mecanismos de control funcionan de manera desconectada y superpuesta entre sí, e incluso desconectados respecto de la gestión llamada a controlar.

3. Debilidades de los controles de auditoría. Importancia de la situación en la Unión Europea. El Dictamen No. 2/ 2004 del Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas⁶³

Habiendo caracterizado alguno de los inconvenientes que presenta el control público en Argentina, puede advertirse que tales problemas, en alguna medida, encuentran su réplica en el plano internacional, si bien con las modulaciones propias de los distintos contextos sobre los que operan.

⁶² Las técnicas de muestreo están destinadas a proporcionar una estimación de una característica determinada de una población de operaciones, sirviendo para identificar ámbitos de riesgo concreto.

⁶³ *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30/4/2004, C 107/1, en adelante.

Los condicionamientos que atentan contra la operatividad plena de los controles internos derivados del desarrollo asimétrico de los diversos sistemas de gestión y sus consecuentes dificultades de interrelación, han sido objeto de el dictamen del Tribunal de Cuentas Europeo “sobre el modelo de auditoría única (y una propuesta de marco de control interno comunitario)”, a partir de la emisión de un informe preliminar⁶⁴ cuyo contenido y recomendaciones resultan de utilidad ser relevantes en el presente.

El trabajo tuvo como objetivo lograr que: “cada uno de los niveles de control se base en el anterior, con vistas a reducir la carga sobre el objeto de auditoría y aumentar la calidad de las actividades de auditoría, sin minar, no obstante, la independencia de las instituciones de control”,⁶⁵ tendientes a la obtención de “un marco de control interno comunitario, que constituya un marco racional para concebir nuevos sistemas o desarrollar los sistemas de control interno existentes, a partir de unos principios y normas comunes”.⁶⁶

El dictamen produce una evaluación de las fortalezas y debilidades alcanzadas por el control en la Unión y revela la insuficiencia de los mecanismos⁶⁷ universalmente montados de manera uniforme.⁶⁸

64 Titulado *Información de apoyo al Dictamen No. 2/2004 del Tribunal de Cuentas sobre el modelo de “auditoría única” (y una propuesta de marco de control interno comunitario)*, de 18 páginas (*Diario Oficial de la Unión Europea*, 30/4/2004, C 107/3 en adelante). Estos trabajos tuvieron su origen en marzo de 2002, cuando el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que elaborara un informe sobre la viabilidad de introducir un modelo de auditoría única aplicable al presupuesto de la Unión Europea.

65 *Cfr.* Decisión 2002/444/CE, CECA, EURATOM del Parlamento Europeo, del 10 de abril de 2002, relativa a la aprobación de la gestión de la Comisión en la ejecución del presupuesto general de la Unión Europea para el ejercicio 2000.

66 *Cfr.* Dictamen, punto 3o.

67 *Cfr.* Considerando. 7o., p. C 107/1, “si bien se han realizado progresos importantes a la hora de mejorar los sistemas de control interno, aún es preciso perfeccionar su concepción, estableciendo objetivos claros y coherentes, asegurando una coordinación eficaz, suministrando información sobre los costes y los beneficios y garantizando una aplicación coherente de las normas”. Agregando: “los sistemas de control interno de los ingresos y gastos de la Unión Europea deberían garantizar que dichos ingresos y gastos se han obtenido y se han efectuado, respectivamente, de conformidad con las disposiciones legales y se han gestionado con el fin de conseguir una optimización de los recursos”.

68 Lo cual resulta objeto de valoración en el dictamen. *Cfr.* considerando 10, al decir “...las normas de auditoría internacionales, elaboradas, concretamente, por la Internacional Federation of Accountants (IFAC) y por la INTOSAI, constituyen un marco para la relación entre el control externo y el control interno, así como para la utilización del trabajo de otros auditores”.

El trabajo es de interés por cuanto recepta déficits internos propios de los controles de auditoría,⁶⁹ reconociendo de manera saliente que:

pese a los recientes progresos realizados en la mejora de los numerosos y diferentes sistemas, su calidad permanece, no obstante, variable sin que exista una visión global o una coordinación de los mismos ni mecanismos que garanticen que las mejoras efectuadas en un sistema concreto se tengan en cuenta para perfeccionar los demás.⁷⁰

Lo expuesto, trata, de alguna manera, de lo que se señaló más arriba respecto del control en Argentina.

Como principales señalamientos, se destacan los siguientes:

1. *Falta de claridad y de coherencia de los objetivos.* Los marcos actuales de control interno han evolucionado de manera poco sistemática, en momentos diferentes y con pocas muestras de coordinación... no se determinan los objetivos globales o específicos de los distintos sistemas, de manera que resulta difícil establecer nuevos sistemas que respondan a la calidad requerida, definir el nivel de recursos necesario, juzgar los resultados obtenidos y constituir una base para futuras auditorías.⁷¹

2. *Falta de coordinación.* Los organismos de control no tienen una obligación formal de coordinar la planificación de esos controles ni de tener en cuenta las verificaciones efectuadas por otros. La falta de coordinación implica el riesgo de que las distintas instancias de control terminen realizando inútilmente el mismo trabajo...⁷²

3. *Aplicación incoherente.* "...no existe coherencia en cuestiones básicas como el enfoque, el alcance, los calendarios, la cobertura, los márgenes y el seguimiento, produciéndose diferencias en la calidad de los controles".⁷³

Como consecuencia de las disfunciones brevemente presentadas, el trabajo citado establece lineamientos para la reforma de los marcos de

69 *Cfr.* Punto 16 del "Informe", p. C 107/6 "La eficacia de los sistemas de administración y de control de los ingresos y gastos de la Unión Europea, en lo que se refiere a su concepción o aplicación, ha sido causa de preocupación durante muchos años. Desde que fue creado, el Tribunal ha detectado numerosos ejemplos en los que el control ha resultado escaso o inexistente... Ello ha conducido a errores e irregularidades o a un empleo ineficiente o ineficaz de los fondos...".

70 *Cfr.* punto 17 del "Informe", p. C 107/6.

71 *Cfr.* "Informe...", punto 19, p. C 107/6.

72 *Cfr.* "Informe...", punto 23, p. C 107/7.

73 *Cfr.* "Informe...", punto 28, p. C 107/7.

control interno, los que dan cuenta de la crisis producida por los déficits internos. Se destacan los siguientes:

a) *En cuanto a los objetivos de los sistemas de control interno.* “Resulta esencial que los objetivos de los sistemas de control interno se definan y difundan con claridad y por completo. Los objetivos generales serán comunes a todos los sistemas de control interno, mientras que los más detallados dependerán de las características de cada ámbito concreto”.⁷⁴

b) *En cuanto a las condiciones.* “Los controles deben efectuarse de manera abierta y transparente permitiendo a todas las partes del sistema aprovechar los resultados”.

Ello, no es otra cosa que el requisito de interconexión entre los sistemas de manera de fortalecer la integridad del control. El requisito fundamental para ello, el informe lo encuentra en la necesidad de que: “la legislación... deberá ser clara y mostrarse exenta de ambigüedades... Dichas normas y reglamentaciones deberían reducir al mínimo las posibilidades de efectuar interpretaciones diferentes, sin imponer requisitos que los controladores o auditores no puedan verificar después”, debido a que: “cuanto más exigentes y difíciles sean las normas mayor será el riesgo de que se incumplan”.⁷⁵

c) *En cuanto a la estructura.* “Los sistemas de control interno deberían basarse en una cadena eficaz de controles que funcionen siguiendo normas comunes y donde cada nivel cuente con objetivos definidos específicos que tengan en cuenta el trabajo de los demás”.⁷⁶

Lo expuesto determinará, que para la efectiva aplicación del control se requiera, por un lado del desarrollo normas y objetivos claramente definidos para los sistemas de control interno, que constituyan una base objetiva a partir del cual el control externo, pueda evaluar su concepción y funcionamiento; y por el otro, del establecimiento pormenorizado de los requisitos y procedimientos de los sistemas de control en todos los nive-

⁷⁴ Cfr. “Informe...”, punto 35, p. C. 107/8. 2. Ello, fundado en la racionalidad de que los sistemas de control interno deben garantizar que se adopten medidas correctoras y se efectúen las recuperaciones correspondientes, por lo cual, “los procedimientos de control únicamente resultan eficaces si se lleva a cabo una acción correctora completa y oportuna de los errores hallados en las operaciones y de las debilidades de los propios sistemas”.

⁷⁵ Cfr. “Informe...”, puntos 37 y 38, p. C 107/9.

⁷⁶ Cfr. “Informe...”, punto 39, p. C 107/9. Lo señalado, implica la necesidad de que el sistema se construya en base a una estructura funcional, en la que los procedimientos se efectúen y los resultados se registren, de manera de permitir aprovechar el trabajo, a todos los interesados.

les del proceso, implicando ello el desarrollo de marcos normativos de control basados en reglas claras de “método-cobertura-calidad” que permitan la uniformidad de procedimientos.⁷⁷

4. *Déficits internos del control público: síntesis*

A esta altura de la exposición, podemos aventurar que se verifican los siguientes déficits en el sistema de control vigente en Argentina.

- a) *Restricciones en cuanto al alcance del control.* El sistema legal vigente permite solamente el ejercicio del *control posterior*, por intermedio de un control de auditoría, habiéndose suprimido los controles *previos y concomitantes*.
- b) *Falta de independencia y retrasos en el ejercicio de los controles.* Dado que los organismos de control requieren la previa aprobación, tanto de su plan de trabajo, cuanto de sus informes finales, por parte del Congreso, el sistema termina por volverse burocrático y el control corre el riesgo de descontextualizarse.
- c) *Ausencia de efectos jurídicos concretos a consecuencia del control.* Dado que toda la acción de control concluye con la emisión de un informe de auditoría, el controlador carece de potestades correctivas de los desvíos detectados, pudiendo solamente realizar posteriores controles de cumplimiento.
- d) *No integración de los particulares a la relación de control público.*

5. *Sobre el déficit por inadecuación del control a las nuevas formas de gestión de lo público provenientes de los nuevos espacios jurídicos globales*

La breve caracterización realizada nos muestra un sistema, con déficits internos pero a la vez con déficits externos, por haber sido desarrollado desde un modelo “estadocéntrico”, todo lo cual contribuye a acentuar su déficit de comprensión de la nueva realidad llamada a controlar.

⁷⁷ Cfr. “Informe...”, puntos 45-49, p. C 107/10. La idea central es la de establecer lo que el informe llama “una cadena de control” basada en pautas de objetividad, mediante las que se posibilite que los auditores del nivel central aprovechen el trabajo realizado por otros, con independencia de por quién y en qué lugar se lleven a cabo.

De allí nuestro interés en remarcar de que manera el modelo de Estado y su crisis condicionan la eficiencia del control público y requieren de su adaptación, por cuanto advertimos:

En primer lugar, que se transforma el ámbito y objeto del control: de la noción explicitada de *sector público* se pasará a un ámbito mayor y de contornos aún no precisados de *arena pública*, y, consecuentemente del Estado-nación como monopolizador del poder al *global governance*.

En segundo término, vemos que el fenómeno anterior transforma la relación de control, por la aparición de nuevos sujetos actores del poder, en reemplazo de las tradicionales formas del poder público, y por la reconfiguración del interés público comprometido en el control que reconocerá en los individuos particulares a un nuevo cotitular.

Así, la primer inadecuación se determina por la incidencia de los ordenamientos jurídicos globales que al escapar al dominio del Estado e integrar un derecho público no estatal, fomentan el desarrollo de relaciones que no resultan aprehendidas por los esquemas de control tradicional.

Por lo tanto el centro del control deberá desplazarse del Estado al orden global.

Como señala el profesor italiano Sabino Cassese, la globalización y las interconexiones internacionales producen la desterritorialización de las actividades económicas. Los Estados, que operan sobre territorios delimitados, terminan por ser desplazados, produciéndose una asimetría entre economía y Estado, en la cual encontramos que por una parte hay naciones sin riqueza y, por otra parte riqueza sin naciones.

Por lo tanto, al paralelo desarrollo de un nuevo derecho debiera verificarse el paralelo desarrollo de un nuevo esquema de control capaz de aprehender la nueva realidad.

Sin embargo, la formulación actual del control no alcanza ya que; por un lado su objeto de estudio comprende solo a los específicos organismos administrativos del Estado nacional, de manera tal que determinados sujetos privados que operan poderes públicos, quedan exentos de control.

En nuestra realidad post privatizadora, el caso paradigmático lo representa el infructuoso intento de controlar a las prestatarias de servicios públicos, no obstante que la Ley de Administración Financiera las incluye dentro del sector público controlable.

Ello se debe a que el alcance de control en la actualidad es muy limitado, ya que si bien le alcanza respecto del cumplimiento de obligaciones

contractuales, el vasto espectro de gestión de intereses públicos queda relevado del control.

Por otro lado pierde de vista la dimensión internacional de la actuación pública que progresivamente va desarrollándose, dicho segmento de actuación, cada vez más creciente, queda exento de control.

Y finalmente, el control público en la actualidad, como se vio, restringe su revisión a una organización estatal entendida como sector público, noción no idónea para abarcar la nueva arena pública, noción que integra formas públicas de actuación no estatales y formas estatales de actuación no públicas.

6. *Atributos del control público en el marco de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos*

Conforme lo hasta aquí expuesto, apreciamos que el nuevo ámbito de determinación de los intereses, transformará los mecanismos por los cuales se ejerce el control.

De esta manera las nuevas estructuras de poder presentaran una compleja mezcla de componentes y elementos jurídicos nacionales, sectoriales, internacionales y supranacionales, mutando la actual estructura administrativa sobre la cual se estructuro el control vigente y determinando que una porción creciente de la circulación del poder quede exenta de control.

Como lo dijimos, verificamos que el objeto de control ha dejado de ser solamente *administración pública estatal*, el *acto* como forma de expresión de su voluntad y la *acción estatal*, entendida como gestión administrativa.

Las nuevas formas de gestión de lo público y lo privado requieren el desarrollo de un mecanismo de control público que atienda las tensiones que se desarrollan a causa de las nuevas formas de convivencia entre los distintos ordenamientos nacionales, internacionales y supranacionales.

En consecuencia vemos que dentro de los *ordenamientos públicos globales* el nuevo control tendrá, entre otros, los siguientes objetos:

- a) El relevamiento del Estado o grado de avance de la nueva disposición de los poderes públicos sobre nuestras realidades junto con la detección de las asimetrías existentes.

- b) La detección de las ambigüedades, contradicciones y desvíos producidos por la aplicación del orden complejo de ordenamientos nacionales, internacionales y supranacionales,.
- c) La evaluación de los mecanismos de auto ordenación de tales ordenamientos.
- d) La determinación de las situaciones que requieren de adaptaciones recíprocas provenientes de las nuevas formas de convivencia entre los distintos ordenamientos.

Finalmente, advertimos que siendo el proceso de vertebración política del *global governance* distinto al de conformación de los Estados nacionales, los mecanismos de control que le sirvan no podrán ser pensados desde la lógica organicista del Estado nacional.

Y entonces, así, si como todo proceso tiene un control, el actual proceso de crisis y transformación del Estado, parece invitarnos a producir una discusión sobre los nuevos horizontes y contenidos del control.

V. CONCLUSIONES

Las consideraciones expuestas hasta aquí evidencian que la Argentina, como integrante de la realidad latinoamericana, se encuentra dentro de un proceso de “internacionalización” de su ordenamiento jurídico interno.

Sin dudas, la reforma constitucional de 1994 ha producido una profunda transformación del ordenamiento jurídico argentino, reconfigurando el sistema de derechos y el sistema del poder, desplazando los ejes de producción y aplicación del derecho, fronteras afuera.

Para quienes somos hijos de la reforma constitucional argentina de 1994, es deseable que este nuevo orden logre ser lo suficientemente debatido en cuanto a sus contenidos y alcances para evitar que nuestra futura producción jurídica incurra en las contradicciones que dominaron la escena jurídica argentina de buena parte del siglo XX y así evitar el acaecimiento de aquel fenómeno que el *padre fundador* de la Constitución Argentina, D. Juan Bautista Alberdi describió hace casi 150 años atrás en su célebre obra: *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*.

Nuestro *padre fundador* nos advirtió en los siguientes términos:

Todas las libertades económicas de la constitución pueden ser anuladas y quedar reducidas a doradas decepciones, con solo dejar en pie una gran parte de nuestras viejas leyes económicas, y promulgar otras nuevas que en lugar de ser conformes a los nuevos principios, sean conformes a nuestros viejos hábitos rentísticos y fiscales, de ordinario mas fuertes que nuestros principios.⁷⁸

Como corolario final diré que la profunda transformación operada en nuestros ordenamientos constitucionales, evidencia una modificación sustancial en la relación de control público, presentándonos el siglo XXI, un entramado de realidad complejo: bajo la internacionalización de los ordenamientos, la ampliación de los plexos constitucionales y la especificación de los derechos fundamentales, se determina una nueva modulación entre lo público y lo privado.

Todo ello, nos invita a pensar al sistema jurídico desde una renovada perspectiva iberoamericana integrada; es una invitación a pensar la novedad.

⁷⁸ “Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”, *Obras Completas*, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1886, t. IV, p 185.