

CUARTA PARTE
MOTIVOS (POLÍTICOS,
TÉCNICOS, JURÍDICOS)
PARA LA CREACIÓN
DE ÓRGANOS
CONSTITUCIONALES
AUTÓNOMOS

CONTEXTO Y JERARQUIZACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ORGANIZACIÓN AUTÓNOMA Y EL CONTROL PÚBLICO EN ARGENTINA

Isaac Augusto DAMSKY*

La actitud del derecho es constructiva; su objetivo es colocar el principio por encima de la práctica para mostrar el camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en intereses y convicciones.

Ronald DWORKIN, *Law's Empire*

SUMARIO: I. Breve introducción a los elementos esenciales de la historia argentina del siglo XX como base del contexto constitucional de 1994. II. De la Constitución deseada a la Constitución posible. III. La expansión de los derechos en la reforma constitucional. IV. Breve mención al contexto limitante de la jerarquización constitucional del control público: Consenso de Washington, leyes de reforma del Estado, privatización e implantación del sistema de administración financiera y control. V. El problema del control público tras el velo de la jerarquización constitucional de su autoridad rectora independiente. VI. El defensor del pueblo como autoridad constitucional independiente. Orígenes y significados de la figura. VII. Reflexión final sobre el problema estructural de los entes constitucionales autónomos y su independencia como asignatura pendiente.

* Profesor adjunto por concurso de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Titular de Estudio Jurídico especializado en Derecho Público y Administrativo y asesor jurídico externo en Derecho Administrativo de empresas de capital nacional, contratistas, concesionarias y proveedoras del Estado argentino y de organizaciones de la sociedad civil.

I. BREVE INTRODUCCIÓN A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA HISTORIA ARGENTINA DEL SIGLO XX COMO BASE DEL CONTEXTO CONSTITUCIONAL DE 1994

La Constitución nacional argentina reformada en 1994 comportó un significativo avance en la consolidación de la vida democrática de Argentina, que comenzó parcialmente a normalizarse en 1983.¹

Intentó estar a la altura de ese especial momento histórico de consolidación, para lo cual, de alguna manera, tomó en cuenta las sombrías realidades de la traumática historia argentina de 1930 a 1983 y, acaso, procuró incorporar aquellas mejoras indispensables al sistema de derechos y al sistema de poder destinadas a erigir protecciones institucionales que interdicen los riesgos de recrear ese funesto pasado de trágicas inestabilidades institucionales signadas por las intermitentes dictaduras cívico militares que azolaron a mi país durante buena parte del siglo XX.

Ese traumático periodo de cincuenta y tres años de marchas y contramarchas, de represiones sociales, supresiones institucionales, concentraciones de poder incontrolado, volatilidad económica y corrupción financiera fueron consecuencia de golpes de Estado promovidos por las minorías plutocráticas herederas o continuadoras de las otrora clases dominantes de finales del siglo XIX que buscaban instaurar dictaduras cívico militares para procurar recuperar por la fuerza los privilegios perdidos legítimamente en las urnas por el primer gobierno popular que accedió al poder en 1916.

Es así que el ciclo de golpes de Estado iniciado en 1930 procuró la restauración del llamado orden conservador. La recuperación por la fuerza de las minorías de aquello que habían perdido en las urnas: el poder. Poder que permitía y favorecía la libre circulación incontrolada de los monopolios hegemónicos, concentrados y clasistas, de los intercambios comerciales de mi país con las potencias europeas. Intercambios que en realidad encubrieron una explotación depredatoria, indiscriminada, incontrolada y desgravada de nuestros recursos naturales junto con el aprovechamiento agrícola y ganadero, bajo inexistencia de un umbral mínimo de protección de derechos de los trabajadores quienes eran considerados mercancías libradas a la oferta, con sumisión de nuestras fuentes de producción, con inexistencia de una política fiscal y rentística proporcionalmente adecuada. Tales términos de

¹ La Constitución Nacional de Argentina de 1853 fue reformada en 1860, 1866, 1898 y 1957. En 1949 se dictó una Constitución que fue derogada con la asunción del gobierno militar de 1955.

intercambio fueron marcadamente muy ruinosos para mi país, pero extremadamente lucrativos para sus personeros y, por ende, sumamente beneficiosos para los capitales europeos receptores. Este modelo resultó consolidado durante el paradójico periodo de mayor bonanza macroeconómica argentina.

Es el ciclo que tomó lugar entre 1880 y 1916 —año en que por primera vez llegó al poder un gobierno de afianzada representación popular— y que se conoció como la República Conservadora, en la cual se consolidaron los grandes centros urbanos —pasando Buenos Aires de ser “la Gran Aldea” a la Reina del Plata—, se desarrollaron notables avances científicos e innovaciones en el sistema educativo y universitario —ciertamente, para las clases aptas—, se ejecutaron las principales y más notables obras y mega obras de infraestructura posibilitando notables avances en la industria y el comercio —sólo dentro del paradigma de intercambio con Europa—, coronándose en majestuosas construcciones de inspiración europea —sólo para residencia de la elite— con una sociedad argentina signada por la *intelligentzia*, su muy fluido intercambio —sólo de las clases aptas— cultural, intelectual, académico y científico con las principales potencias europeas con epicentro en Francia y con supresión de las identidades nacionales originarias. No es ocioso decir que este periodo se inauguró con eliminación de los pueblos originarios por intermedio de la denominada campaña al desierto de 1880 en la que, merced a los avances del fusil remington, se operó un verdadero genocidio que posibilitó la ocupación sin oposición de amplísimas y riquísimas extensiones de terreno por parte de la floreciente y pujante sociedad. Este periodo operó la cerrazón a una América latina a la que se le dio la espalda por completo. También, este periodo tuvo a la ingente masa de trabajadores, el verdadero motor productivo, sumido en la pobreza y la ignorancia, y con condiciones inhumanas de vida. Este periodo se caracterizó por una escandalosa concentración de riqueza y sumisión masiva de ingentes clases rurales, inmigrantes y semiurbanas.²

² Entre la copiosa bibliografía existente, se recomienda ampliar en, al menos, los siguientes trabajos: Scalabrini Ortiz, Raúl, *Política británica en el Río de la Plata*, Buenos Aires, Lancelot, 1940; *Los Ferrocarriles deben ser argentinos*, Buenos Aires, Lancelot, [1946] 2009; Hernández Arregui, Juan José, *¿Qué es el ser nacional? (La conciencia histórica iberoamericana)*, Buenos Aires, Hachea, 1975; Jorge, Eduardo, *Industria y concentración económica*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986; Oría, Jorge, *Problemas de economía social (interferencia del factor político)*, Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1937; Ortiz, Ricardo, *Historia económica de la Argentina*, Plus Ultra, 1971; Jauretche, Arturo, *Política y economía*, Buenos Aires, 1977 (edición póstuma); *Política nacional y revisionismo histórico*, Buenos Aires, 1959; *El Plan Prebisch, retorno al coloniaje*, Buenos Aires, 1956, todas sus obras editadas en Editorial Corregidor.

Este brevísimo repaso intenta resumir el contexto del golpe de 1930 al que ciertamente se llega a partir del durísimo impacto que la crisis mundial de 1929 infligió a la economía argentina dando inicio al mentado periodo de 53 años de inestabilidad. Dentro de este periodo tomó lugar el surgimiento de movimientos políticos populares obreros y democráticos que alcanzarían la cristalización de un proyecto institucional de gobierno durante el periodo 1945-1955, dentro del cual tomó lugar la Constitución social de 1949 signado por el desarrollo de derechos sociales y fomento a la industria nacional, dentro del marco democrático. Frente a ello, las minorías cívico-militares que encarnaron breves pero brutales gobiernos *de facto* que oponían un modelo opuesto afincado en políticas de desincentivos indirectos y directos de los tejidos productivos locales, publicitación de deudas privadas, otorgamiento de concesiones de privilegios desproporcionados a favor de capitales extranjeros con endeudamiento soberano.³

La historia argentina del siglo XX exhibió desde 1930 la marcada fragilidad de los poderes formales constituidos. El aludido cuadro de inestabilidad y fragilidad institucional extrema, reconoció intervalos democráticos que resultaron fuertemente repelidos por brutales y sucesivos golpes militares. Se padeció la pulverización de derechos fundamentales conquistados en gobiernos democráticos. Se suspendieron y suprimieron numerosas garantías constitucionales. Se intensificó marcadamente la fragmentación social y se abrió paso a la volatilidad económica y desmantelamiento del tejido empresarial nacional productivo asfixiando al capital nacional mediante políticas de liberalización cambiaria, sustitución de exportaciones, incentivo a la especulación financiera y desincentivo a la iniciativa productiva.

Este cuadro de situación requirió del desarrollo y consolidación de un funesto aparato institucional y orgánico, teórico y dogmático legitimador del ejercicio de un poder ejecutivo fuertemente concentrado.

Doctrinas oscuras legitimadoras del poder encontraron terreno muy fértil en la desvalida vida institucional argentina. Ello permitió una concentración y legitimación del poder central expandiendo, aún más, los confines del hiperpresidencialismo argentino y sus potestades de actuación.

Florecieron doctrinas como la del carácter *In Fieri* del derecho administrativo que justificaba la imposibilidad de su racionalización y reducción normativa, la supuesta verificación de “zonas de reservas de la administración”, por ende, exentas del control judicial y del imperio de la decisión fundada, la progresiva ampliación, expansión y justificación de los poderes

³ *Idem.*

reglamentarios del Poder Ejecutivo hasta confines inimaginables en el texto constitucional originario, más una reelaboración de la teoría de la organización administrativa cuya significancia jurídica de sus principios jurídicos de estructuración tales como la competencia y la jerarquía resultaron reescritos bajo un sesgo militarista que luego fue proyectado al régimen del procedimiento administrativo de marcado tinte inquisitivo que en lugar de operar una reducción de la discrecionalidad administrativa fungió, en sus albores, como un legitimador de la razón de Estado. Ello a su vez impregnó técnicas de supresión de derechos —permitiendo burlar elementales postulados constitucionales— al abrigo del desarrollo de la teoría del poder de policía y permitiendo el ejercicio de la actuación represiva estatal al abrigo de las categorías de policía administrativa por las que desnaturalizaron las potestades y garantías sancionatorias inaplicando las garantías mínimas del derecho de defensa. Todo ello mediante el fortalecimiento exponencial de una organización piramidal central convergente en un Poder Ejecutivo que en los hechos reunía la suma del poder público. Dentro de este esquema la descentralización se utilizó para el desarrollo de actividades económicas, desarrollando empresas públicas sometidas al derecho privado, que operaron como una válvula de escape al existente sistema de contralores presupuestarios y administrativo.⁴

Dentro de este contexto se operó también el desarrollo progresivo de una volatilidad económica y una corrupción financiera sin precedentes, sumado al cuadro de reducción de los ámbitos reales de ejercicio de derechos fundamentales, llegando al clímax del derrocamiento del gobierno constitucional de 1976, en que se inició el periodo más oscuro de la historia argentina, de mayor lesión a los derechos humanos, que recién logró comenzar a reencauzar —sólo en lo institucional— en 1983, si bien con una crisis crónica económica de tal magnitud que requiere mucho más que la restauración del imperio de las fuerzas constitucionales, claramente insuficientes.

II. DE LA CONSTITUCIÓN DESEADA A LA CONSTITUCIÓN POSIBLE

La idea de reformar la Constitución se encontraba ya presente en el ciclo de restauración democrática inaugurado en 1983. Campeaba consenso en torno a la finalidad de revivificar la finalidad del texto constitucional como

⁴ Véase Marienhoff, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966.

reordenadora de la vida institucional mediante el fortalecimiento del sistema de derechos a la luz del desarrollo de un sesgo deliberativo y participativo, a través de contenidos concretos y mediante la especificación de un cuadro de derechos fundamentales y garantías instrumentales. Y, al mismo tiempo, el desarrollo de un sistema de poder que contribuya a atenuar los riesgos del hiperpresidencialismo argentino mediante el desarrollo de autoridades constitucionales independientes y el refuerzo de las autonomías institucionales y territoriales a través de su consagración constitucional.

Todo ello se documentó en los trabajos realizados por el “Consejo para la Consolidación de la Democracia” creado en 1985 como un órgano de asistencia presidencial y cuya conducción estuvo a cargo de Carlos Nino y que dio como resultado una serie de documentos publicados en 1986 que constituyeron una fuerte inspiración para la reforma constitucional deseada, no obstante advertir que —en tanto dinámica política de consensos posibles— el resultado finalmente plasmado en el texto positivo fue el texto posible y no el deseado. No obstante, corresponde citar este especial hito jurídico e institucional de nuestra historia reciente. Los documentos titulados: “Reforma constitucional: dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia”.⁵ Acaso sea la Constitución deseada.

El hito siguiente lo constituyó el “Pacto de Olivos” en el cual las dos fuerzas políticas principales acordaron un “núcleo de coincidencias básicas” de lo que se declaraba necesario reformar.

Ello dio lugar a lo que se denominó la Constitución posible, finalmente adoptada y que reconoce entre sus principales aciertos la especificación de los nuevos derechos y garantías, la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos, la plasmación de algunos instrumentos participativos tales como la audiencia pública, la iniciativa y la consulta popular —aunque nunca hasta ahora fueron utilizadas. También se incorporó la elección directa del presidente y vicepresidente, se simplificó el trámite de sanción de las leyes por el Congreso, se reconoció a las provincias el dominio originario de sus recursos naturales, se proclamó la autonomía municipal, se consagró la autonomía de la ciudad capital de la república denominándola Ciudad Autónoma de Buenos Aires —que en 1996 dictó su propia Constitución— y se dio un primer paso en la estructuración de un sistema de poder con elementos de autonomía institucional constitucionalmente reconocidos mediante su creación o su jerarquización en el texto reformado.

⁵ Publicado por Eudeba, Buenos Aires, 1986, al que siguió el Segundo Dictamen, publicado en 1987.

Así, el texto constitucional reconoció a: el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, el Ministerio Público, la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo.

Ahora bien, en cuanto a las debilidades del texto posible, que finalmente se sancionó, existe consenso en señalar desarrollos institucionales negativos que, acaso, anularon en gran medida muchos de los avances logrados. Tal como sucedió con la exaltación del hiperpresidencialismo. Se permitió la reelección presidencial y se constitucionalizó la habilitación presidencial para el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia y de legislación delegada, todo lo cual debilitó muy especialmente al Congreso de la nación.

Lejos de atenuar al presidencialismo, se exaltó. Y esto no es menor porque mi país ya poseía entonces un sistema presidencialista muy fuerte en razón del cual no es osado señalar que, paradójicamente, la Constitución que, por una parte, prohibía otorgar al presidente la suma del poder público, en realidad concurrió a legitimarla a través de la reforma de 1994, motivo por el cual mereció un muy extendido reproche doctrinario.⁶

Así, la figura del jefe de gabinete de ministros prevista por la reforma constitucional, en los hechos, terminó desnaturalizada al quedar reducida a una instancia jerárquica inferior y dependiente del órgano “presidente de la nación” de función ejecutora de sus decisiones de significatividad menor o trascendencia ordinaria. En materia de control público también se operó un fenómeno inverso. Se declamó su jerarquización debido a que la Constitución reformada previó a la Auditoría General y al Defensor del Pueblo, pero luego, por las condiciones operativas de estos órganos, su marcado tinte político y la oportunidad de ejercicio de sus funciones con carácter poste-

⁶ Véase Bianchi, Alberto, “Constitución y administración luego de la reforma de 1994”, en varios autores, *A una década de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004. Sostuvo: “Bajo la constitución de 1853 el presidente argentino ejercía la suma del poder administrador. La simple lectura del art. 86.1 según la cual el Presidente es el jefe supremo de la nación y tiene a su cargo la administración general del país es suficiente para dar una idea del poder presidencial... ¿puede decirse que la administración fuerte de antaño es ahora más débil y que la constitución” a partir de la reforma de 1994 “ejerce mejor su función de contenerla? Mi respuesta sobre este punto es negativa y creo encontrar en ello dos tipos de causas: (a) lo que dispone la propia Constitución y (b) la dinámica posterior. En relación con lo primero, observamos que la administración nacional se mantiene igual... El jefe de gabinete es un órgano en el cual la Constitución ha desconcentrado una parte importante de las funciones que antes ejercía exclusivamente el presidente, sin embargo, no es un órgano autónomo. Por el contrario es un subordinado político y administrativo del Poder ejecutivo que lo nombra y remueve discrecionalmente... La independencia entre Presidente y Jefe de Gabinete no existe... En la práctica ha obrado como un ministro más”.

rior, en los hechos determinó una desarticulación y desmonte del sistema de control imperante. De allí la importancia de tratar en particular los efectos de la autonomización constitucional del control público.

Por esto es importante citar a máximos autores que invitan a tener en claro que las instituciones no son lo que las normas dicen que son, sino lo que la cultura de un pueblo les permite que sean. Consecuentemente, los cambios normativos sólo son efectivos si descansa, detrás de ellos, una voluntad cultural de cambio que haga de la ley o de la Constitución la expresión genuina de esa voluntad. De lo contrario, al cambio legislativo, sobrevendrá el desasosiego que genera el olvido o los incumplimientos de las normas.⁷

Sin embargo, corresponde rescatar las virtudes del texto finalmente reformado que superan ampliamente a las apuntadas deficiencias porque, principalmente, los dos grandes ejes de su reforma comportaron, sin lugar a dudas, un avance en la protección de los derechos fundamentales. Y el fortalecimiento o jerarquización constitucional de la autonomía institucional y territorial con previsión de organismos independientes, ha sido y es sin duda un paso adelante mediante el cual, sin duda, se intentó atender a ese funesto cuadro de traumas históricos del pasado reciente de mi país, brevísimamente graficado más arriba. Para ello, la reforma constitucional procuró avanzar en los siguientes dos ejes:

Por un lado, en un desarrollo dogmático y orgánico orientado a fortalecer las condiciones de operatividad del sistema de derechos intensificando el cuadro de garantías constitucionales y procesales a fin de evitar intersticios que dieran lugar a ulteriores tachas de programaticidad en sus cláusulas que pudieran obstruir su plena efectividad. Inscrita en la tendencia universal de especificación de derechos fundamentales, desarrolló un capítulo sobre nuevos derechos y garantías que complementó y fortaleció a su originaria parte dogmática o libro primero sobre declaraciones, derechos y garantías, de 1853-60, avanzando también en la restauración de los derechos sociales reconocidos en la derogada Constitución de 1949, erigiendo como especial punto de apoyo la jerarquización constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.

Por otra parte, y en lo que nos interesa, intentó el fortalecimiento institucional de ciertos efectos independientes y descentralizados del sistema de poder, para evitar fenómenos de concentración e inmunidad del poder al control, mediante el desarrollo constitucional de determinadas autonomías institucionales y territoriales. Entre las primeras tenemos el caso del desarro-

⁷ Bianchi, Alberto, *op. cit.*, p. 103.

llo del Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura y los Entes Reguladores de Servicios Públicos, entre otros, dotados de autonomía funcional. Entre los segundos, ciertamente, contamos con el reconocimiento constitucional de la autonomía municipal, la creación de la ciudad autónoma de Buenos Aires y la previsión constitucional sobre la creación de regiones.

Pero en lo que especialmente interesa, la reforma brindó jerarquización constitucional al sistema de control público externo, mediante la consagración de la Auditoría General y de la figura del Defensor del Pueblo de la Nación, procurando de esta manera fortalecer el rol del Congreso de la Nación. Sin embargo, el desarrollo de este sistema presenta una serie de interrogantes y exhibe numerosas contradicciones que han permitido a la doctrina mayoritaria enarbolar una crítica enfática afincada en el señalamiento de desarticulación del sistema de control. De allí el especial interés que este tema concita como real centralidad conceptual para discutir al control del poder en serio.

III. LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La expansión tangible de los derechos recién comenzó a hacerse parcialmente visible bien entrada la década de 1990⁸ a partir de este hito. La reforma constitucional argentina, si bien ha ocurrido, nos encontramos lejos de la evolución deseada. Así, tenemos que recién sobre finales de siglo XX y durante los primeros años de este —aún flamante— siglo XXI, comenzaron tímidamente a asomar sutiles contornos que posibilitarían ensayar distinciones entre los derechos de petición, los de participación y los de acceso sea a la información pública o a las funciones públicas. Y estos desarrollos son de importancia en el tema que nos ocupan por su simetría conceptual con el desarrollo, aún pendiente, de condiciones reales de autonomización e independencia de los organismos constitucionales así vertebrados.

⁸ Corresponde remitirse al pensamiento del profesor Eduardo Mertehikian en punto a las transformaciones operadas sobre el derecho público argentino en las últimas décadas. Entre sus múltiples aportaciones, se recomiendan especialmente las siguientes obras: Mertehikian, Eduardo, *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, RAP, 2007; *Administración financiera y control*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1997; *Estudios sobre contratación pública*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, al igual que sus numerosos trabajos.

Al abrigo de estos desarrollos, siempre difusos, fragmentarios y parciales, comenzaron sobre mediados de la década de 1990 con tinte homogéneo en el espacio iberoamericano algunas prácticas de participación ciudadana.⁹ Y se intensificaron a partir del año 2000 por intermedio de algunos interesantes ejemplos institucionales tales como la Carta Compromiso con el Ciudadano, la auditoría ciudadana y la jerarquización constitucional de los presupuestos participativos —especificados en la Constitución Porteña de 1996— junto con desarrollos de instituciones de elaboración participada de normas y bases y condiciones contractuales. Respecto de esta última es frecuente citar en sus albores —o protohistoria— la inclusión de las técnicas de *data room* en los pliegos de privatización de corredores viales a principios de 1990.

Por esto, recién promediando la segunda década del siglo XXI es posible visualizar una interacción o retroalimentación parcial de los derechos de petición, participación y acceso en su conexión con la gestión pública. Sin duda, como natural avance del hito evolutivo cristalizado en la reforma constitucional argentina de 1994.

Quiero expresar lo siguiente: la especificación de derechos fundamentales en la reforma constitucional, ciertamente, obedeció a los desarrollos logrados hasta ese momento. A modo de ejemplo podría establecerse que desde la incorporación al ordenamiento interno de la Convención Americana de Derechos Humanos —con la reinstauración democrática de 1983— se transitaron varios hitos jurisprudenciales que determinaron, acaso, como necesaria derivación su jerarquización en la reforma constitucional. Ahora bien. Lo propio corresponde decir que aconteció desde 1994 hasta el presente.

Las nuevas racionalidades de la Constitución reformada de 1994 y sus legitimidades afincadas en las ratios de los derechos humanos, apoyados sobre la dignidad de la persona humana,¹⁰ más el impacto de los postulados de la democracia deliberativa-participativa sobre las fórmulas constitucionales clásicas democrático-representativa-cerrada, sumados a las nuevas formas de actuación del campo del poder sobre un ámbito más amplio de dinámica de los intereses públicos de corte *mercado-centrista*, nos advierten sobre un

⁹ Véase Sánchez-Sánchez, Zulima, *Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana*, Valladolid, Lex Nova, 2004.

¹⁰ Ampliar en: Gutiérrez Colantuono, Pablo, *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009 y complementar en: “La dimensión dinámica y abierta de los derechos humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones Públicas”, LL 18 y 19/01/2018, entre las numerosas aportaciones del autor.

cambio de época.¹¹ Más aún si consideramos la incidencia de la fenomenología de la mundialización y globalización en sus diversas manifestaciones difícilmente reductibles.¹²

IV. BREVE MENCIÓN AL CONTEXTO LIMITANTE
DE LA JERARQUIZACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONTROL PÚBLICO:
CONSENSO DE WASHINGTON, LEYES DE REFORMA DEL ESTADO,
PRIVATIZACIÓN E IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA
DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA Y CONTROL

En lo que nos interesa, a modo enunciativo y no limitativo, es importante reparar en que el modelo de control instaurado acaso resultó una exteriorización del llamado “Consenso de Washington” que sobre finales de la década de 1980 propiciaba la implementación de un conjunto de reformas “estándar” administrativas y estatales para los países en desarrollo azotados por la crisis. Se impuso mediante políticas públicas a nivel mundial, fundamentalmente a los países en desarrollo para la liberalización de la economía mundial mediante el disciplinamiento fiscal y el redireccionamiento del gasto público, la liberalización de las barreras a la inversión extranjera directa, la privatización de las empresas estatales, la desregulación en fomento de la competencia y, en lo que nos interesa, la reformulación de los órganos de control superior de los Estados. Estos términos fueron el motivo suficiente para la instauración del modelo de control público finalmente desarrollado sobre la base de una autoridad independiente, pero marcadamente recortada en sus funciones y confinada al ejercicio de un control posterior para coadyuvar en la implantación de un mecanismo de gestión sin controles previos o concomitantes a fin de asegurar la libre circulación y desenvolvimiento de la gestión.

De allí la importancia de abordar muy brevemente la cuestión aquí propuesta debido a su directa incidencia. Porque dentro de esta racionalidad se inscriben los motivos reales que determinaron la creación de una autoridad de control público autónoma luego jerarquizada.

El célebre trabajo del economista John Williamson lo resumió en diez puntos: 1) disminuir el déficit presupuestario y jamás recurrir a la inflación

¹¹ Ampliar en: Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003.

¹² Ampliar en: Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre la lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013; Cárdenas Gracia, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

para financiarlo, 2) el gasto público se debe apartar de aquellas áreas que reciben recursos desproporcionados en relación con los beneficios económicos que se producen tales como los subsidios en gasto social, 3) promoción de reformas tributarias para ampliar la base de los ciudadanos que deben contribuir, 4) libre determinación por el mercado de las tasas de interés bancarias y financieras, 5) unificación de los criterios de cambio monetario, 6) liberalizar el comercio mundial a través de acuerdos de libre comercio con reducción de aranceles nacionales, 7) fomento de la inversión extranjera directa, 8) privatización de empresas públicas, 9) eliminación de normas restrictivas de competencia, 10) robustecimiento de la propiedad privada y su protección.¹³ Sin duda que una resignificación de estos postulados cobran vigor como condicionantes de los sempiternos procesos de endeudamientos soberanos.

Ello se plasmó en el bloque normativo que posibilitó llevar adelante la reforma del Estado argentino que tuvo como punto de partida las leyes 23696 y 23697 mediante las cuales se sancionó el programa de privatizaciones y a las que se siguió el reordenamiento del sistema de control público por intermedio de la sanción de la ley 24156. Ello fue la base del modelo de control finalmente plasmado en la reforma constitucional de 1994.

V. EL PROBLEMA DEL CONTROL PÚBLICO TRAS EL VELO DE LA JERARQUIZACIÓN CONSTITUCIONAL DE SU AUTORIDAD RECTORA INDEPENDIENTE

En el marco del proceso de reforma del Estado operado en Argentina sobre finales de la década de 1980 e inicios de 1990 se dictó la ley de administración financiera número 24156 de 1992. Bajo los dictados del Consenso de Washington instrumentó un profundo replanteo de las estructuras y sistemas de gestión pública y control público. Intentó suprimir el tradicional y anterior modelo de Hacienda y contabilidad pública de afianzado enraizamiento cultural para sustituirlo por el modelo de cuño anglosajón de administración financiera.

Así se procedió a derogar instituciones muy afianzadas en nuestra cultura por provenir de la inspiración hispánica y gozar de extendido predicamento en América, como lo es el Tribunal de Cuentas. En su reemplazo

¹³ Cfr. Williamson, John, "What Washington Means by Policy Reform", en Williamson, John, *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington, Peterson Institute for International Economics, 1990, cap. 2; citado por Cárdenas Gracia, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, cit., pp. 14 y 15.

se instauró la Auditoría General y la Sindicatura General, si bien hoy nos interesa abordar la primera. Ello comportó en los hechos el desmontaje del sistema de control. Porque mientras que los tribunales de cuenta cumplían una función de control sobre actos y actividades bajo el ejercicio de controles previos y concomitantes, el nuevo sistema los eliminaba y sólo dejó los controles posteriores.

Sobre esa estructura, la Constitución reformada de 1994 brindó reconocimiento en su artículo 85 a la Auditoría General incardinada como autoridad independiente dentro de la órbita del Poder Legislativo. Se señaló como fundamento de su ubicación en el seno del congreso que ello obedeció a dos motivos: por un lado, a la intención del constituyente de redimensionar la función para que, superando al control de legalidad, desbordarlo y llegar a la revisión de gestión, de manera que ningún sector de la cosa pública quede fuera de su capacidad de inspección. Por el otro, procurar que no haya ningún sector de la administración pública que sea un área reservada en la cual la lectura del congreso no pueda entrar.

La auditoría general fue creada con autonomía funcional y financiera señalando que se procuraba garantizar auténticas condiciones de independencia que le permitan el cumplimiento de sus finalidades de desarrollar un eficaz control externo para posibilitarle realizar libremente su tarea propia. La idea que campeaba era el ideal de independencia de criterio. Por consiguiente, la dependencia del congreso no es ni jerárquica ni funcional estrictamente puesto que se sostiene que no es una dependencia o apéndice de él. Sin embargo, la dinámica funcional nos ha demostrado lo contrario. La función de control lejos de haber ganado independencia y profesionalismo ha quedado severamente condicionada a *ratios* políticas y, en parejo orden, marcadamente confinada a un control *ex post* y a ejercicio vencido.

Por ello, creo indispensable que un abordaje serio en materia de la autonomía del control requiere analizar en detalle sus antecedentes institucionales, la organización reemplazada y, al mismo tiempo, las especificidades de funcionamiento del nuevo sistema. De ello trataré seguidamente.

1. *El modelo de control en la ley de contabilidad (1956-1992).*
Breve caracterización del Tribunal de Cuentas de la Nación

El antecedente de la Auditoría General fue el Tribunal de Cuentas. Interesa analizarlo en su contexto porque sólo a partir de allí podrán comprenderse y dimensionarse las bases para concretar aportaciones al sistema actualmente imperante.

Instituido en 1956 para el nivel federal, por el Decreto-Ley de Contabilidad núm. 23.354/56, y disuelto en 1992 al crearse la Auditoría de General de la Nación —mediante la Ley de Administración Financiera núm. 24156— constituía un organismo afín a la práctica presupuestaria de nuestro país, cuya figura continúa subsistiendo en el ámbito provincial argentino.¹⁴ De allí la importancia de su consideración para los fines de este trabajo.¹⁵

Los primeros ensayos institucionales de Tribunales de Cuentas se remontan al periodo colonial, apareciendo en el Río de la Plata, al crearse el primer Tribunal Mayor de Cuentas en 1767,¹⁶ 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*,¹⁷ cumpliendo funciones jurisdiccionales¹⁸ —sobre los funcionarios gestores de las cuentas públicas— 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,¹⁹ el examen y juicio de las cuentas de los responsables,²⁰ la

¹⁴ A modo de ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires fue suprimido en 1821 y luego instituido en 1825 por el Gobernador Las Heras (*cf.* Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *El control de la administración pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 90).

¹⁵ 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.

¹⁶ 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 (*cf.* Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, p. 89).

¹⁷ *Cf.* artículo 84 del Decreto ley 23354/56 le competía: “inc. 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”.

¹⁸ *Cf.* artículo 84 del Decreto ley 23354/56 le competía: “inc. 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”.

¹⁹ *Cf.* artículo 34 del Decreto ley 23354/56. Intervenia en los libramientos antes de que estos pasaran a la Tesorería General.

²⁰ 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

fiscalización de las empresas del Estado por medio de auditores o síndicos.²¹ 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,²² 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.²³

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 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,²⁴ y, en el caso de la doctrina nacional, se fustigó el ejercicio del control previo

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 (Cf: Atchabahian, Adolfo, “Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública”, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 744).

²¹ Cf: Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, 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”.

²² Cf: 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 ser 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 (cf: Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, p. 95).

²³ Cf: Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, p. 95.

²⁴ 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

por parte del Tribunal de Cuentas llegándose a sostener “disfuncional”, en razón de los cometidos por los que se le reconocía algún nivel de injerencia en la gestión administrativa,²⁵ 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.

2. *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 núm. 24156, norma que derogó al sistema anterior, el que sustituyó mediante la implantación de un nuevo modelo de control público,²⁶ 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*.

Cesado el Tribunal de Cuentas de la Nación, fueron creadas la Auditoría General de la Nación,²⁷ como órgano de control externo *ex post*;²⁸ la

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.*, p. 314).

²⁵ Al respecto, me remito a los comentarios expuestos en Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, p. 92.

²⁶ Así, la norma establece: “art. 1o. — La presente ley establece y regula la administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional...” y luego; “art. 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”.

²⁷ Cfr. artículo 116, Ley 24156, que establece: “Créase 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”.

²⁸ Cfr. Ley 24156, artículo 117, se delimitan sus competencias: “Es materia de su com-

Sindicatura General de la Nación,²⁹ como órgano de control interno del Poder Ejecutivo y sus dependencias,³⁰ y se estableció la obligación, de par-

petencia 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”.

Cfr. artículo 118, Ley 24156, se pormenorizan sus funciones: “En el marco del programa de acción anual de control externo... tendrá las siguientes funciones: a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en relación con la utilización de los recursos del Estado, una vez dictados los actos correspondientes; b) Realizar auditorías financieras, de legalidad, de gestión, exámenes especiales de las jurisdicciones y de las entidades bajo su control, así como las evaluaciones de programas, proyectos y operaciones;... e) Controlar la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público... g) Realizar exámenes especiales de actos y contratos de significación económica... h) Auditar y emitir opinión sobre la memoria y los estados contables financieros..., j) Verificar que los órganos de la Administración mantengan el registro patrimonial de sus funcionarios públicos...”.

²⁹ *Cfr.* se estableció en las siguientes normas de la Ley 24156: “art. 96: Créase la Sindicatura General de la Nación, órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional., art. 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... art. 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 dependen del Poder Ejecutivo Nacional. Estas unidades dependerán, jerárquicamente, de la autoridad superior de cada organismo y actuarán coordinadas técnicamente por la Sindicatura General”.

³⁰ *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 dependen del mismo, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica”.

Cfr. Ley 24.156, artículo 104, se delimitan sus funciones: “Son funciones de la Sindicatura General de la Nación: a) Dictar y aplicar normas de control interno... coordinadas con la Auditoría General de la Nación, b) Emitir y supervisar la aplicación... de las normas de auditoría interna, c) Realizar... auditorías financieras, de legalidad y de gestión, investigaciones especiales, pericias de carácter financiero o de otro tipo, así como orientar la evaluación de programas, proyectos y operaciones..., e) Supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno,... g) Aprobar los planes anuales de trabajo de las unidades de auditoría interna,... h) Comprobar la puesta en práctica, por los organismos controlados, de las observaciones y recomendaciones efectuadas por las unidades de auditoría interna..., j) Formular directamente a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, recomendaciones tendientes a asegurar el adecuado cumplimiento normativo, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de economía, eficiencia y eficacia; k) Poner en

te de cada entidad dependiente del Poder Ejecutivo, de crear “Unidades de Auditoría Interna”: órgano de control interno posterior, poseedor de la extraña cualidad de ser controlador y a su vez dependiente de la máxima autoridad de cada repartición, y que actúa bajo coordinación técnica de la Sindicatura General.³¹

Se sostuvo que la nueva ley optimizó la gestión financiera y el control,³² 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.³³

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.³⁴

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 con base en la

conocimiento del Presidente de la Nación los actos que hubiesen acarreado o estime puedan acarrear significativos perjuicios para el patrimonio público...”

³¹ *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”.

³² 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).

³³ 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.*, pp. 101 y ss., entre otras obras.

³⁴ 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], pto. 25, p. C 107/7).

“teoría de sistemas”, lo que implicaría la institución de diversos sistemas para el funcionamiento financiero del Estado, de manera que, aunque cada uno de ellos poseyera funciones específicas, existiera una verdadera interrelación de los órganos que los conforman entre sí.³⁵

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*,³⁶ 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”.

³⁵ Cfr. Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, 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”.

³⁶ 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.

Y complementando luego el artículo 120: “El Congreso de la Nación, podrá ser su competencia de control externo a las entidades públicas no estatales o a las de derecho privado en cuya dirección y administración tenga responsabilidad el Estado Nacional, o a las que éste se hubiere asociado incluso a aquellas a las que se les hubieren otorgado aportes o subsidios para su instalación o funcionamiento y, en general, a todo ente que perciba, gaste, o administre fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública” .

De esta manera, la afectación de las condiciones de operatividad del “sistema de administración financiera” redundará 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.

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.³⁷ 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 fue 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.

³⁷ Cfr. Fowler Newton, Enrique, *Cuestiones fundamentales de auditoría*, Buenos Aires, Macchi, 2000, p. 3.

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.³⁸

Siendo así, el control de auditoría consiste 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”.³⁹

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.⁴⁰

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*,⁴¹ presuponiendo la existencia —en la base de la pirámide— de un *ambiente de control* adecuado, estructurado sobre controles de línea, previos e internos,⁴² complementa-

³⁸ Cfr. *ibidem*, p. 4.

³⁹ Cfr. *ibidem*, p. 64.

⁴⁰ 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.*, pp. 64, 66 y 67).

⁴¹ Cfr. postulan las normas de C.O.S.O. (Comité of Sponsoring Organisations of the Treadway Comisión).

⁴² 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”.

do por un subsistema 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.⁴³

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-correr 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:

- i. la estructura organizativa,
- ii. los métodos,
- iii. los procedimientos,
- iv. 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 un registro contable que garantice su completitud y exactitud, y la emisión de información financiera oportuna y fiable, etcétera.

Por 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

⁴³ Cfr. Ley 24156, artículo 103: “El modelo de control que aplique y coordine la sindicatura deberá ser integral e integrado, abarcar los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, la evaluación de programas, proyectos y operaciones y estar fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia”.

contexto no es extraño advertir que, si el auditor no desarrolla sus mejores esfuerzos para realizar análisis de riesgos, relevar el universo de actividades llamado a controlar, previo a la extracción de muestras representativas,⁴⁴ 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.

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.

Breve identificación de las debilidades del funcionamiento de la auditoría general. Los déficits de independencia

Existe generalizado y extendido consenso doctrinario en señalar que en materia de control público estamos lejos de verificar que la Constitución reformada haya instaurado una verdadera autoridad independiente con autonomía funcional. Así, la doctrina verifica los siguientes déficits en el sistema de control vigente en Argentina:

⁴⁴ “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”.

- 1) *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.
- 2) *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, como de sus informes finales, por parte del Congreso, el sistema termina por volverse burocrático y el control corre el riesgo de descontextualizarse.
- 3) *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.
- 4) *No integración de los particulares a la relación de control público*: los particulares sólo poseen reconocido —y con cortapisas— el derecho de acceso a la información pública, más un errático conjunto de derechos de participación que en el ámbito de la administración confluyen, básicamente, en el sistema de audiencias públicas, si bien con la previsión de ausencia de vinculatoriedad de la decisión para con las conclusiones que se viertan en el acta de cierre. Ahora bien, estos incipientes reconocimientos de mecanismos activos de participación, unidos a una legitimación procesal en lo contencioso administrativo de carácter amplio y en progresiva expansión, nos permitiría inferir que no resultaría descabellado sostener que el próximo paso sea lograr el desarrollo de mecanismos efectivos de intervención —no ya la sola participación— en algunas de las instancias que integran los ciclos de control público dentro del modelo actual, tal como ha ocurrido con ensayos de auditoría ciudadana, las cuales fracasaron por el desaliento de su nula vinculatoriedad. A poco que consideremos que nuestras modernas Constituciones están transitando del tradicional modelo “constitucional representativo” —en el que el pueblo solo deliberaba y gobernaba mediante sus representantes— a un nuevo modelo “constitucional participativo” —en cuyo eje se centra el ciudadano/particular/persona humana como acreedor de toda relación de derecho público— podremos verificar la racionalidad de lo expuesto y la coherencia de este hito que estamos proponiendo: el reconocimiento de un nivel de intervención efectiva del individuo en las acciones de control público. Claramente nada de ello aún

acontece, no obstante contar con su expreso reconocimiento en el plexo constitucional y supraconstitucional —el sistema internacional de derechos humanos—. Claramente, éste es un déficit del actual sistema de control.

VI. EL DEFENSOR DEL PUEBLO COMO AUTORIDAD CONSTITUCIONAL INDEPENDIENTE. ORÍGENES Y SIGNIFICADOS DE LA FIGURA

El constituyente argentino de 1994 sostuvo que, con el objeto de promover un nuevo equilibrio en la gestión pública, debían fortalecerse las funciones de control en el rol del Congreso, por entenderlas de central importancia en la actual realidad parlamentaria.⁴⁵

Se postuló la necesidad de superar el antiguo control de legalidad para desbordarlo y llegar al control de gestión, de manera que ningún sector de la cosa pública quede fuera de su capacidad de inspección. Para la consecución de tales objetivos, produciendo un nuevo entrelazamiento entre el sistema de derechos y el sistema de poder y, siguiendo las líneas directrices del modelo español,⁴⁶ se otorgó jerarquía constitucional al Defensor del Pueblo de la Nación, en la nueva redacción del artículo 86, con la finalidad de servir de elemento de control de la administración pública nacional.

Sin embargo, el ombudsman se había introducido en nuestra vida institucional provincial y local, con anterioridad. Se previó para la Provincia de Buenos Aires, mediante el Decreto núm. 1.506 de 1984. Las Provincias de Córdoba y San Luis lo poseen en su Constitución desde 1987. San Juan, La Rioja y Salta desde 1986 en sus respectivas Constituciones. Y fue recepcionado en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires por medio de la Ordenanza núm. 40.831, que en 1985 creó la Contraloría General Comunal, para la metrópolis.

⁴⁵ Cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, 27 de julio de 1994. Ponencia del Convencional Paixao, quien sostiene que el fortalecimiento del rol del Congreso contribuye a conseguir una mayor eficiencia en el funcionamiento de las instituciones del Estado, afirmando que la actual etapa histórica de la Argentina no es la del hiperpresidencialismo, sino la de una descentralización del poder que posibilite un avance armónico y por consenso de los integrantes de la sociedad política.

⁴⁶ España incorporó al Defensor del Pueblo en su Constitución de 1978, con la finalidad de "...supervisar la actividad de la Administración" (artículo 54), extendiéndose su competencia a la revisión de la "administración de justicia" (cfr. Delgado, Salomón, *El Ombudsman*, México, Universidad de Guadalajara, 1992).

Al momento de sanción de la norma nacional se contaba con una experiencia local de casi diez años que abonaron su incorporación, a más de un muy extenso desarrollo comparado que es necesario relevar para una mejor comprensión de su marco conceptual en orden a reflexionar en torno a prospectivas sobre la reconfiguración de su función de control,⁴⁷ la ampliación de sus horizontes de actuación y un intento de superación de los límites que conspiran contra la concreción de su función.⁴⁸

De procedencia sueca, la institución del Justitie-Ombudsman se plasma en la Constitución de 1809, inspirada en las teorías de Montesquieu, fue concebida para balancear las amplias facultades concedidas al rey y a su consejo. En tal inteligencia, se le incorporó en el ámbito del Parlamento como control de las actividades gubernamentales para asegurarse de que las autoridades administrativas y los tribunales se adhieran a lo dispuesto por las leyes.⁴⁹

A su vez, sin duda se puede afirmar que sus antecedentes se remontan a 1660 con la creación de la figura del Grand Senechal —en Suecia—, cuya misión fundamental era vigilar, bajo la autoridad suprema, el buen funcionamiento y la administración de justicia en el reino —recuérdese que en la antigua monarquía sueca, la justicia y la administración no se encuentran separadas y constituía la judicatura una función esencial del rey—. Este funcionario recibía la información de los diferentes tribunales y señalaba al rey las faltas y negligencias que constataba en los jueces inferiores, proponiendo las eventuales reformas.⁵⁰

⁴⁷ Delgado considera que la institución del ombudsman tiene características propias inentendibles en su exacta dimensión, ocasionando en Latinoamérica que no alcance aún un ejercicio funcional pleno, atribuyendo esta circunstancia a la naturaleza jurídica ajena a la génesis romanista de nuestra tradición jurídica (Salomón Delgado, *op. cit.*).

⁴⁸ La doctrina sostiene que en Argentina no existen mecanismos eficaces que representen instrumentos mediadores idóneos para acercar al administrado a su administración ya que “la herencia burocrática ha socavado las formas de participación ciudadana para montar defensas que aspiran a proteger más al Estado frente al individuo que a este frente a aquel” (Maiorano, Jorge, *El ombudsman*, Buenos Aires, Macchi, 1987, p. 6).

⁴⁹ Bexelius, Alfred, *El ombudsman de asuntos civiles*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 57. Cfr. Legrand, André, *L'Ombudsman Scandinave*, París, Librairie Générales de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 23. Considera el autor a la figura del Grand Senechal anterior a la del Konungens Hogsta Ombudsman ya que esta fue instituida en 1713 con motivo de las guerras de 12 años del rey Carlos XII de Suecia en la necesidad de investir a un “procurador supremo” —traducción de la expresión escandinava señalada—.

⁵⁰ Cfr. Legrand, André, *L'Ombudsman Scandinave*, París, Librairie Générales de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 23. Considera el autor a la figura del Grand Senechal anterior a la del Konungens Hogsta Ombudsman ya que ésta fue instituida en 1713 con motivo de las guerras de 12 años del rey Carlos XII de Suecia en la necesidad de investir a un “procurador supremo” (traducción de la expresión escandinava señalada).

El término sueco *ombud* se refiere a una persona que actúa como vocera o representante de otro; siendo multívoco en su idioma, puede empleárselo como: mandatario, representante, delegado, diputado, agente. En su posición de vigilancia originariamente fue concebido como representante del parlamento y, por lo tanto, de los ciudadanos.⁵¹ Se trata de una institución que sólo puede existir en un sistema democrático, reposando su prestigio en el respaldo que le confiere el Parlamento,⁵² ya que carece por sí del monopolio de la defensa de los derechos fundamentales confiados a los poderes públicos.⁵³

1. *Hacia la delimitación de sus funciones*

El ombudsman, en su actividad, contribuye a complementar la actividad jurisdiccional erigiéndose en una magistratura de persuasión, por carecer de *imperium*; teniendo sólo *auctoritas* al valerse de recomendaciones y la publicidad de sus informes,⁵⁴ y en la inteligencia de que su poder no se basa en ninguna facultad coactiva, sino en su prestigio y en el reconocimiento que de su autoridad moral tienen gobernados y gobernantes. De tal forma que el peso de su autoridad ha de terminar haciendo valer sus opiniones ante los órganos de poder.⁵⁵

Es por ello que la institución del ombudsman es conveniente que sea unipersonal, toda vez que la experiencia indica que se precisa de un funcionario con elevada autoridad moral, una personalidad idónea, íntegra y con profunda experiencia, ya que el éxito de la gestión se encuentra ligado a la personalidad de su titular y al empeño puesto en hacer valer sus puntos de vista.⁵⁶

⁵¹ Cfr. Bexelius, Alfred, *op. cit.*, p. 57.

⁵² Cfr. Nogueira-Pinto, *El ombudsman... Reflexiones para su consideración en Chile*, Santiago de Chile, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, 1987, p. 2.

⁵³ Cfr. Maiorano, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁴ Maiorano sostiene que su función primordial es la de tutelar derechos fundamentales nacientes —económicos, sociales, culturales—, los cuales no tienen una acción esgrimible frente a los tribunales.

⁵⁵ Cfr. Giner de Grado, Carlos, *El Defensor del Pueblo*, Madrid, Editorial Popular, 1982, p. 63. Sostiene el éxito de su gestión por entender que el peso de sus recomendaciones ha de ejercer idéntica presión a la ejercida por la prensa, calificada de cuarto poder.

⁵⁶ Cfr. Napione, Giovanni, *L'Ombudsman*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1969, p. 172. Refiere el autor que esta institución importa una “magistratura di influenza, un ufficio di persuasione... l'ufficio è stato sempre affidato a uomini di grande autorità, competenza, esperienza e integrità...”.

Se agrega la necesidad de una gestión ágil. De esta concepción resulta la experiencia italiana; desoídas sus recomendaciones, se encuentra facultado a elevar la cuestión al Parlamento.⁵⁷ Una breve consideración acerca de la experiencia norteamericana⁵⁸ nos muestra el éxito de las *class actions*, que posibilitan el tratamiento simultáneo de conflictos individuales en un proceso único a través de la intervención en juicio de un representante de la clase de que se trate. En este contexto, reviste centralidad la figura del *attorney general*,⁵⁹ quien tiene funciones para representar jurisdiccionalmente los agravios que los particulares le elevan en los supuestos de *maladministration* —actuación defectuosa, negligente u omisiva de la administración—.

Se comprende de esta forma que una tutela eficiente de los derechos de los administrados ha de abarcar la facultad de ocurrir ante el órgano jurisdiccional, no bastando la sola atribución de elevar informes al Congreso para el pleno ejercicio de su cometido; si bien es cierto que su legitimación para ocurrir ante el órgano jurisdiccional no hace a la esencia de su función originariamente concebida. De lo expuesto se desprende su característica esencial, la cual es ser un órgano tutelar de los derechos e intereses de los administrados frente a los supuestos de mala actuación de la Administración, traducida por un “ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno”⁶⁰ de las funciones de los órganos que componen la Administración pública nacional. Su objetivo central el de vigilar y controlar a la Administración. Ejerce su función de órgano de control mediante la recepción y el despacho de las quejas, pudiendo iniciar y proseguir de oficio las investigaciones (*cfi.* artículo 14), prestando especial atención a “aquellos comportamientos que

⁵⁷ *Cfi.* Napione, *op. cit.*, p. 173. Sostiene que en su función tiene acción directa sobre la sede parlamentaria para llevar la cuestión “all’attenzione generale, en indica gli elementi negativi, suggerisce y remedi”.

⁵⁸ No hay demasiado para decir respecto del desarrollo de la institución en Estados Unidos por no haber recibido un profundo tratamiento. Ello se debe, al decir de un autor, al sistema de gobierno. “Los americanos son tan dogmáticos y confiados en sus principios de separación de poderes y sus sistemas de frenos y contrapesos, que resulta no parecer necesitar crear una institución separada de gobierno como método de control. A través de estos principios se cree que los departamentos legislativo y judicial ejercerán un correcto control del ejercicio del poder de parte del Ejecutivo”. Sundquish, James, *The Ombudsman Journal*, University of Alberta, núm. 10, 1992.

⁵⁹ Sobre el mismo ver Cappelletti, Mauro, “Governmental and Privates Advocates for the Public Interest”, *Michigan Law Review*, vol. 73, p. 793. Destaca las peculiares ventajas de este sistema.

⁶⁰ De conformidad con el criterio del artículo 14, Ley núm. 24.379.

comporten una falla general y sistemática de la Administración, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter” (cf.: artículo 15). Se le aprecia de esta forma como una herramienta eficaz de control, porque frente a los controles privativos de la administración ofrece la ventaja de tratarse de un órgano ajeno a ella; frente al complicado proceso judicial ofrece un procedimiento ágil, ya que basta con dirigirle un escrito desprovisto de formalidades, y respecto del control tradicional del parlamento se resalta la objetividad y profesionalidad de su función.⁶¹ Cabe, a su vez, destacar su función mediadora, por ser nexo de coordinación de intereses. Particularmente se desarrolló con esta óptica en Francia, donde lo hallamos con el nombre de “Médiateur”, porque resalta la función de intermediario entre administrados y gobernantes, centrando su preocupación en el respeto no ya de la justicia sino de la equidad, según el cual los gobernantes han de adecuar las normas existentes a la realidad existencial de los seres humanos. No se trata en la experiencia francesa de dulcificar los imperativos de la ley, sino de aplicar las normas, necesariamente generales, al caso concreto individual.⁶² Y para ello tiene la obligación de informar al pueblo sobre las vías y los cauces para solucionar sus problemas.

2. *El funcionario promotor del cambio*

Esta designación luce representativa del núcleo central de su función. Si bien al tratar la figura del Grand Senechal señalamos que era de su esencia señalar al rey las faltas y negligencias que constataba para promover la reforma de instituciones o procedimientos anticuados o inconducentes; recién con la incorporación de la figura a la vida institucional española se pone de relieve la importancia de esta función como elemento distintivo frente a los restantes órganos de control.⁶³

⁶¹ Coincidimos en el punto con Maiorano, *op. cit.*, p. 27. Cabe agregar que por el tipo de interés tutelado confiere legitimación para el encausamiento de acciones populares, defendiendo intereses colectivos, agregando sus amplios poderes de investigación y crítica de los que se encuentra investido para el desarrollo de su actividad.

⁶² Cf.: Giner de Grado, *op. cit.*, p. 50. Entiende que en Francia la característica esencial del Mediateur es su función pedagógica e informativa, por detectar la ignorancia casi absoluta en que se halla sumida la ciudadanía, sobre cuáles son sus derechos y las acciones que pueden emprender para defenderse.

⁶³ Es de nuestro interés remarcar que por esencia la institución del Ombudsman es un órgano de control para la promoción de la reforma y actualización constante de la administración, y en forma subsidiaria se erige en “*legitimador*” de acciones populares; necesaria atribu-

Allí se concibió que la razón de ser del ombudsman obedece a un perfeccionamiento en los medios de protección de los derechos humanos, ya que muy especialmente debe ocuparse de aquellas actuaciones administrativas que escapan al control tradicional, mediante la indagación de quejas elevadas a su despacho, constituyéndose en un control de humanidad.⁶⁴ En este sentido, se le reconoce una “función promocional del cambio” por corresponderle *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política* (artículo 9o. de la Constitución Española).

El defensor del pueblo español ha entendido su carácter de poder público impulsor del desarrollo de los principios y valores constitucionales de libertad, igualdad, justicia, pluralismo y solidaridad inherentes a un Estado democrático y social. Tal proceso de cambio exige la promoción de condiciones que hagan posible ese avance.⁶⁵

Extrapolando las funciones de representante legal de la comunidad, se erige en un verdadero promotor del cambio por poseer su actividad el objetivo de remarcar los errores de la administración,⁶⁶ detener los abusos del poder, y contribuyendo a la purificación de las instituciones, garantizar el respeto de los poderes públicos a la Constitución, contribuyendo a promover cambios estructurales más que coyunturales. Esta comprensión de su función la ejerce formulando advertencias y recomendaciones,⁶⁷ pero particularmente legitimándolo a ocurrir ante el órgano jurisdiccional para la interposición

ción para la efectiva tutela de situaciones jurídicas subjetivas que nuestro ordenamiento priva de legitimación, tales como los intereses “simples” y los “de incidencia colectiva”

⁶⁴ *Cf.* Nogueira-Pinto, *op. cit.*, p. 4. Concluimos que si bien es un órgano tutelar de derechos humanos, su actividad comporta una gama amplísima de defensa de derechos de los administrados ya que no debe olvidarse que se recurre a él frente a cualquier supuesto de mala actuación de la administración.

⁶⁵ *Cf.* Informe del Defensor del Pueblo Español a las Cortes Generales, 1984, p. 18.

⁶⁶ *Cf.* artículo 15 de Ley 24248, que afirma el deber de “prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la administración pública procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter” para de esta manera “proponer la modificación de los criterios utilizados”. *Cf.* artículo 27.

⁶⁷ Giner de Grado, *op. cit.*, p. 52, entiende tal función por la obligación que tiene el propio Estado de ajustar el orden normativo a la realidad existencial padecida por los individuos. Esto conlleva la constante revisión de leyes, no ya los surgidos en periodos totalitarios de los Estados, sino de la totalidad de la totalidad del bloque normativo del Estado. Debe de esta forma sugerir la modificación de los criterios y de las propias normas emanadas de los órganos legislativos o ejecutivos, siempre que estime que pueden provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados.

de recursos de amparo y de inconstitucionalidad; facultad de la cual es nuestro país tributario directo, toda vez que sólo la legislación española prevé dichas atribuciones.

3. *Facultades para la “promoción del cambio” en el ordenamiento interno argentino*

Esta función promocional del cambio aparece receptada en la ley argentina en el artículo 27 por el cual se le faculta a proponer a la administración pública o al Poder Legislativo la modificación de una norma si *como consecuencia de sus investigaciones llega al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de una norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados*.⁶⁸

A su vez, por el artículo 28 se faculta a *formular con motivo de sus investigaciones, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y funcionales, y propuestas para la adopción de nuevas medidas*. Pero al contrario de la cláusula anterior, se establece la obligación de los responsables de *responder por escrito en el término máximo de un mes facultándolo ante el silencio del funcionario cuestionado a poner el conocimiento del ministro del área o de la máxima autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas* y estableciendo la obligación del defensor frente a la renuencia del órgano a expedirse, de *incluir tal asunto en su informe anual o especial*,⁶⁹ *con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud*.

Las normativas comentadas obedecen al criterio que sentó la ley orgánica española, cuyo artículo 28 faculta al defensor para sugerir al órgano legislativo competente o a la administración la modificación de criterios y de las propias normas emanadas de estos órganos cuando estime que pueden provocar situaciones injustas o perjudiciales para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

A su vez, nuestra ley, completando el criterio de la española, le impone el deber de *poner en conocimiento de la Auditoría General de la Nación, en los casos*

⁶⁸ Conforme sostiene Varela Suárez Carpegna (*op. cit.*, p. 125), el fundamento de las facultades que apuntamos se halla en el hecho de que todas las sociedades, aún las más progresistas, corren constantemente el peligro de dormirse y adocenarse. Si se aspira a consolidar una sociedad democrática de avanzada se ha de estar alerta para perfeccionar a diario las instituciones del sistema político.

⁶⁹ Recuérdese que el defensor debe elevar informe anual al Poder Legislativo por el cual “rinde cuenta de su gestión”.

en que corresponda, los resultados de sus investigaciones,⁷⁰ determinándose una vía alternativa para encausar el contenido de las recomendaciones que efectúa; ya que no debe perderse de vista que *el defensor no es competente para modificar, sustituir o dejar sin efecto las decisiones administrativas*, el límite de su competencia está dado por la facultad que posee para proponer la modificación de criterios utilizados por los órganos sujetos a su control, conforme consigna en forma expresa el artículo 27 de nuestra ley, en identidad de términos que el artículo 28.1 de la legislación española.⁷¹

Las facultades comentadas han sido no pocas veces objeto de duras críticas, ¿qué clase de control puede ejercerse sin carecer de medios coactivos para imponer sus resoluciones? Frente a ello se ha remarcado que el hecho de carecer de potestades ejecutivas o jurisdiccionales no le impedirá ser un medio de control eficaz de la administración ya que ha de tenerse en cuenta que los regímenes democráticos son ante todo “regímenes de opinión”. En punto a ello la función del defensor deviene esencial dado su deber de ser cauce de comunicación entre los ciudadanos y la administración, de esta suerte se contribuye a un diálogo más inmediato y fluido entre todos los interlocutores; a una reparación más rápida y genuina de entuertos y a una evolución perfectiva de las normas vigentes, impulsando su interpretación o reforma, con un espíritu de justicia o, en determinados supuestos, con criterios de mayor equidad.⁷²

Para ello se halla inserto el ombudsman dotado de los medios indirectos comentados agregándose el control jurisdiccional que ejerce en virtud de la cláusula constitucional que le otorga legitimación.

Sentado lo expuesto, corresponde ahora proseguir con las conexiones entre derechos y control.

⁷⁰ Téngase presente la competencia de la Auditoría General de la Nación establecida en el artículo 117 de la Ley de Administración Financiera que somete a un control *ex post facto* de gestión presupuestaria, económico-financiera de los “organismos centralizados, entes reguladores de servicios públicos y los prestatarios de servicios públicos privatizados —estos últimos solo en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos”.

⁷¹ Razonable es la categórica prohibición comentada ya que una sustitución de criterios declarada, importaría el dictado de un acto administrativo viciado de nulidad por incompetencia en razón de la materia a tenor del artículo 14, inciso b, de la ley 19549 (Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. En adelante LNPA)

⁷² Se sostiene su función intermediaria entre los ciudadanos y diversos servicios, de todas las administraciones públicas, desde municipios a provincias, pasando por los diversos órganos de las comunidades autónomas. Estas expresiones alentadoras sobre su cometido mediador han sido formuladas por Joaquín Ruiz Jiménez y Cortés —defensor del pueblo— en su Informe a las Cortes Generales, Madrid, 1984, pp. 16 y 17.

4. *La legitimación procesal del defensor del pueblo*

Dentro del marco expuesto corresponde contextualizar a la legitimación procesal institucional. Como seguidamente se verá, el expreso reconocimiento de los nuevos derechos, en el plexo constitucional argentino, se proyectó en el ámbito de la legitimación procesal, ampliando los cauces de la tutela judicial.

Así, el artículo 43⁷³ —incorporado en la reforma constitucional de 1994— incorporó al llamado “amparo colectivo” protegiendo, en lo que aquí interesa *...contra cualquier forma de discriminación... así como a los derechos de incidencia colectiva en general...*

Ello, es de interés, por cuanto la Constitución argentina, como sostiene nuestra más calificada doctrina, extiende la protección judicial a aquellos supuestos en los que no existe solo un conflicto meramente individual, sino que —enfocada la cuestión desde el agravio a los derechos— se hace la dimensión o repercusión social de la afectación, su incidencia colectiva, y la dimensión social, colectiva de un interés general comprometido.⁷⁴

Pero también debe destacarse que en el texto constitucional encuentran cabida no solo aquellos derechos de pertenencia común, colectiva, difusa y que atañen a un bien único, indivisible y no fraccionable —tales como, el derecho al ambiente sano—, sino que la protección se extiende a derechos e intereses llamados “de pertenencia particular”, y de objeto divisible, cuya

⁷³ El artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina establece, en su parte pertinente: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiona, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad, o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un Tratado o una ley. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación... así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”.

⁷⁴ Morello, Augusto Mario y Vallefín, Carlos, *El amparo, régimen procesal*, 4a. ed., Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2000, p. 283. Sobre el punto, cabe destacar, junto con calificada doctrina nacional, que con anterioridad a la reforma constitucional, la doctrina defendía esos derechos e intereses bajo el ropaje de otros conceptos tales como “intereses difusos” o “de pertenencia difusa” o “colectivos”, “derechos de tercera generación”. (Jeanneret de Pérez Cortés, María, *La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de las asociaciones*, LL, T 2003-B, pp. 1334 y ss.).

afectación adquiere dimensión social e incide en intereses colectivos o generales —sin dejar de afectar a cada sujeto particular—. ⁷⁵

Como expresamente lo consagra la norma, la legitimación para ocurrir en amparo le es reconocida tanto al afectado como, en lo que principalmente aquí nos interesa, al defensor del pueblo.

Sobre este aspecto, debe remarcar, que esta legitimación procesal institucional se le reconoce al ombudsman argentino, con un doble sentido explicitado en el artículo 86 de nuestro texto constitucional: ⁷⁶

“i. El primero de ellos será, el de cumplir su misión de defender y proteger los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por el plexo constitucional,

ii. Luego, como garantía instrumental a fin de ejercer el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”.

En mi opinión, la novedad tanto de los derechos fundamentales de control como el nuevo cariz de la garantía que permite operativizarlo, toman cuerpo a partir del especial supuesto de legitimación procesal que le fue reconocido al ombudsman argentino, primero en el plexo constitucional y luego en la doctrina judicial, como seguidamente veremos.

Por ello, el defensor del pueblo es uno de los casos en que se prevé una legitimación llamada “anómala”, extraordinaria, diferente a la general, que se caracteriza por el hecho de que resulta habilitado para intervenir en el proceso judicial un organismo que actúa en nombre propio, para la protección de los derechos, garantías e intereses cuya titularidad es de otros, o en defensa de intereses que afectan al orden público social. ⁷⁷

Como es lógico suponer, el carácter anómalo de su legitimación, se verificó en las resistencias de la judicatura a su intervención en procesos, de resguardo o tutela de la legalidad o en resguardo de derechos de múltiples sujetos afectados, la cual no fue pacíficamente aceptada en la sede judicial.

⁷⁵ Cfr. Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p. 1334, para quien la esfera de protección señalada comprende, entre otras situaciones, la de los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo.

⁷⁶ Según el artículo 86 de la Constitución Nacional Argentina, es misión del defensor del pueblo: “La defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal”.

⁷⁷ Cfr. Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, con cita a Palacio, Lino, *El apagón de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del defensor del pueblo*, LL, 2000-C, 395.

Así, mientras en los tribunales federales inferiores su legitimación le fue reconocida,⁷⁸ no ocurrió lo mismo con nuestra Corte Suprema de Justicia. El criterio de nuestro máximo tribunal resultó restrictivo y su actuación le fue negada con las consabidas consideraciones generales y dogmáticas, desconociendo su accionar por no ser titular de la relación jurídica sustancial.⁷⁹ Sin embargo, en pronunciamientos más recientes, nuestra Corte Suprema se mostró receptiva, admitiendo su legitimación de modo implícito.⁸⁰

Es que, como señala calificada doctrina, cuando la afectación de derechos adquiere dimensión social... su intervención podría estar justificada por el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas que le fue encomendado por el texto constitucional. Y también podría sostenerse, en sustento de su legitimación, que el interés común del pueblo sería el de asegurar la juridicidad en el obrar administrativo público, ya que la extensión de la legitimación favorece el control de los actos de los poderes públicos,⁸¹ fortaleciendo una garantía indispensable para que cobre virtualidad la nueva configuración del derecho fundamental de control público.

⁷⁸ En lo que nos interesa, su intervención le fue reconocida, principalmente, en las siguientes causas:

1. “Defensor del Pueblo de la Nación —incidente III— c. Estado Nacional” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 23/9/97), en el que se reconoció su legitimación por actuar en seguridad de los derechos de incidencia colectiva de los usuarios de servicio telefónico, afectados por la medida impugnada. 2. “Nieva, Alejandro c/Poder Ejecutivo Nacional” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 26/8/97). Allí, se admitió su legitimación —en el juicio en que había sido impugnado un reglamento de necesidad y urgencia, por ilegitimidad— con base en lo expresado por los Convencionales Constituyentes, los artículos 86 y 43 de la Constitución Nacional, reconociendo con amplitud sus facultades. 3. En la causa “Youssefian” (Sala IV, de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, 23/6/98) se invocaron los artículos 86 y 43 de la Constitución, aclarando que *el Defensor del Pueblo actuaba en defensa de un derecho de los usuarios y consumidores de participación en el control de los servicios públicos, que se veía afectado por una ilegítima omisión administrativa*. 4. En las causas “Defensor del Pueblo de la Nación” (Sala V, Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, 13/9/2002), se estableció que, de acuerdo con las normas constitucionales estaba legitimado para actuar en juicio, aunque no fuese titular de la relación jurídica sustancial.

⁷⁹ Cfr. Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p. 1342, señala, como ejemplo, la causa “Rodríguez, Jorge” (CSJN, 17/12/97, Fallos: 320:2851), en la que el Máximo Tribunal Argentino le negó legitimación compartiendo fundamentos con el procurador general. De la misma manera en “Consumidores Libres” (7/5/98, CSJN, Fallos: 323:4098), se invocó la ausencia de un perjuicio inminente.

⁸⁰ Cfr. señala Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p. 1342, en causa: “Camuzzi, Gas del Sur SA s/solicitud de intervención en autos Defensor del Pueblo de la Nación c/Telecom Argentina y otros” (CSJN, 15/8/02).

⁸¹ Cfr. autor y obra citada, p. 1343, con cita a Bianchi, Alberto, “La legitimación colec-

Como lo estableció nuestro máximo tribunal:

La plenitud del estado de derecho... no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley...⁸²

VII. REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL PROBLEMA ESTRUCTURAL DE LOS ENTES CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS Y SU INDEPENDENCIA COMO ASIGNATURA PENDIENTE

Para concluir mi presentación procuro dar forma a una idea que, si bien campea o se infiere de todo lo dicho, requiere tomar —al menos— breve forma. Para ello diré que la idea que inspira la creación de un ente o autoridad autónoma procura lograr independencia de gobierno y de criterio junto con neutralidad política de su gestión. Es decir, los dos atributos indispensables son la independencia de criterio y el ejercicio por parte del ente de un control por oposición. Ello se refuerza por intermedio de la designación de directivos bajo *ratios* de profesionalismo y no políticas. Se pretende garantizar una gestión separada del riesgo de las interferencias políticas, la imposición de criterios, instrucciones o mecanismos propios del “control jerárquico” por parte del poder formal. Se intenta asegurar la gestión neutral. Estructuralmente se piensa que esto es posible lograrlo mediante el desarrollo de una estructura orgánica y funcional separada del gobierno.⁸³

Siendo así, se procura evitar que su personal directivo sea designado bajo *ratios* de representatividad política y pueda ser removido discrecionalmente. Y en lo que respecta a los poderes reales o grupos económicos con real capacidad de imposición, se pretende evitar el fenómeno de “captación del ente” —básicamente en materia de regulación y control de actividades económicas esenciales para la atención de necesidades públicas o colectivas

tiva en el amparo”, y Cardazi Mendez, Ariel, “El defensor del Pueblo goza de buena salud”, *LL*, 27 de septiembre de 2002.

⁸² Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos: 300: 1282, citado por Jeanerret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p 1355.

⁸³ *Cfr.* Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, pp. 407-410.

significativas— mediante la designación de un estamento directivo no influenciado ni permeable a las influencias e incentivos de grupos económicos hegemónicos.

En los Estados Unidos ésta especial estructura se encarna en “Agencias” o “Comisiones”. Son creados por leyes formales mediante las que se atribuyen a la Agencia una potestad normativa para dictar normas generales e individuales sobre su ámbito de actuación. También se les dota de potestad resolutoria y de ejecución. Están gobernados por un órgano directivo cuyos miembros no pueden ser libremente removidos. Se encuentra excluida del control presidencial.⁸⁴

En el caso argentino, resulta muy difícil validar estos atributos descritos. Por la propia dinámica institucional y cultural, en ninguno de los casos, los entes constitucionales autónomos tienen una independencia política. Por el contrario, en el caso de la Auditoría General el criterio de representatividad política inversa está constitucionalmente asegurado al establecerse que la presidencia del ente le corresponde a la primera minoría.

La gran diferencia con el modelo norteamericano, inspirador acaso de esta técnica, consiste en la falta de independencia real del poder. Y básicamente, se trata de entidades autárquicas dotadas con algunos niveles de mayor autonomía, por cierto, insuficiente. Por lo tanto, la independencia funcional es aún una asignatura pendiente. Y a ello ha de agregarse un cuadro de difusas potestades para cumplir su objeto. Finalmente, un dato que acaso reviste trascendencia se afina en el sobredimensionamiento de sus estructuras en las que no es difícil verificar superposiciones y duplicidades de cargos y funciones.

En el caso del Consejo de la Magistratura, paradójicamente, vemos que carece de potestad para designar magistrados. Sí, para sustanciar los concursos. Pero su función culmina con la proposición de “ternas” sujetas a la ulterior elección y decisión discrecional por parte del poder político el que tendrá facultades para apartarse y alterar los órdenes de mérito.

En el caso de la Auditoría General, ésta se encuentra vedada de emitir observaciones, imponer sanciones o intervenir de forma activa e impositiva frente a actos que comporten desvíos. No sólo porque su intervención previa y concomitante ha sido suprimida, sino porque no se les atribuyó tal función. Su función de control posterior y el ejercicio presupuestario vencido sólo se cristaliza, tenuemente, en la emisión de un “informe” de auditoría

⁸⁴ Ampliar en: Moreno Molina, Ángel Manuel, *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

en el que se contendrán “observaciones” y “recomendaciones”. Se agrega que esta modalidad de control *ex post facto* dificulta el ejercicio de un control contextualizado, oportuno y conducente para el logro de los postulados del control eficiente. El control posterior por sí solo, con supresión de los controles previos y sin efectivización de los resortes propios del “ambiente de control”, deviene insuficiente, inoportuno y, por todo ello, ineficaz.

Este cuadro de situación posee la virtualidad de constituirse en un componente del proceso que Habermas llamó “deslegitimador del poder”, dada su exposición a perturbaciones que merman la eficacia de sus operaciones y rendimientos, al igual que la legitimidad de sus decisiones.⁸⁵

La consolidación de una real autonomía sigue siendo una asignatura pendiente. Los organismos constitucionales autónomos siguen siendo rehenes de la designación e interferencia política y con difusos poderes reales de intervención. La dinámica institucional es elocuente al exhibir que, en realidad, no nos encontramos en el orden constitucional contemporáneo con la aparición de organismos que operen en concreto por fuera de la influencia de los poderes, ni tampoco más allá de las divisiones de los poderes tradicionales del Estado, pues, en mayor o menor medida, terminan dependiendo formal o informalmente de los resortes de expresión de la voluntad y los consensos políticos, al igual que, explícita y específicamente, de alguno de los poderes constituidos. No es osado verificar que muchas veces su función se reduce a la de legitimar decisiones adoptadas bajo racionalidades distintas por actores difusos e impersonales.

Sin embargo, a pesar de las observaciones presentadas, aún así, comportan un avance y revisten una enorme potencialidad afincada en su importancia y utilidad para erigirse como neutralizadores de los poderes tradicionales y de las presiones y los avatares de los comportamientos partidarios coyunturales, especialmente frente a cuestiones de alta significación política y fundamentalmente económica⁸⁶ y porque, además, en su actuación está garantizado un mínimo de independencia mediante la que se transparenta una porción, aún insuficiente, de gestión pública.

Sin embargo, en nuestro contexto latino, resulta tangible el riesgo cierto, siempre presente, de que los organismos autónomos en realidad sólo sirvan para suscribir y ejecutar decisiones que adopten otros en nuestro lugar.

⁸⁵ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 468.

⁸⁶ Cfr. Pérez Hualde, Alejandro, “Nuevas formas de actuación y los organismos constitucionales independientes”, en varios autores, *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA, 2013.

El derecho es un fenómeno evidentemente cultural dentro del cual el éxito o el fracaso de una institución determinada como la que me he propuesto compartir contigo, lector, al abordar la organización constitucional autónoma de control en Argentina, depende del contexto cultural histórico situado dentro del que se inscribe.

Somos lo que *nosotros* decidamos hacer *en* nuestro tiempo o seremos lo que *otros* nos dicten hacer *con* nuestro tiempo.

Por eso, junto con Willheim Reich me despido, diciéndote:

Tú eres heredero de un terrible pasado, tu herencia te quema las manos... Dejas que los hombres en el poder lo asuman en tu nombre... Y sólo demasiado tarde reconoces que te engañaron una vez más... tienes miedo de mirar hacia ti mismo, tienes miedo de la crítica... Ni siquiera te atreves a pensar que podrías ser diferente y libre en lugar de oprimido... todo gran hombre fue, en otro momento, alguien pequeño... que reconoció cuándo y en qué fue pequeño... ¡Solo tú puedes liberarte!... Yo solo agito tu confianza en ti, en tu humanidad... Tu grandeza es la única esperanza que nos resta a todos... Tienes todo en las manos... vivirás bien y en paz cuando la vida signifique para ti, más que la seguridad, y el amor más que el dinero... cuando tu forma de pensar esté en armonía con tu forma de sentir... cuando te sea posible reconocer el crepúsculo de una vieja era... cuando te sea posible vivir el pensamiento de los grandes hombres... cuando sientas que tu espíritu se engrandece conociendo la verdad y las formalidades te inspiren horror.⁸⁷

⁸⁷ Reich, Wilhem, *Listen, Little Man!*, 1946.