

CONTROL E INSTITUCIONES: INTERSECCIONES ENTRE DEMOCRACIA, REPÚBLICA Y DERECHOS HUMANOS

JOSÉ LUIS SAID

Secretario Judicial para Asuntos
Contencioso Administrativos y Tributarios,
Tribunal Superior de Justicia de la CABA;

Profesor Adjunto de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

RESUMEN: El trabajo plantea la necesidad de ejercer el control de la función administrativa tanto en sus aspectos de legalidad como de oportunidad y de eficacia. Vincula el control con la necesidad de limitar las prácticas corruptas que lesionan los derechos humanos. Pone de relieve la necesidad de fortalecer las instituciones republicanas para consolidar el control de la Administración*.

I.

La realidad, que supera toda dogmática, cuestiona los discursos en boga en las ciencias políticas, jurídicas, administrativas, económicas, dirigidos a legitimar el estado de cosas que presenta la actividad de la Administración Pública (*lato sensu*). La polémica por más o menos Estado, más o menos Derecho, más o menos poder burocrático, más o menos control, continúa y continuará siempre. El péndulo discursivo, cuyos movimientos acompañan los sutiles pero incesantes desplazamientos posicionales de los actores que los enuncian, comienza a tomar ritmo.

II.

El carácter *republicano* de la organización institucional del Estado en la Argentina, la matriz *democrática* del proceso político y el *derecho ciudadano* a una Administración que opere con probidad y eficiencia hablan en la ley, en las opiniones de doctrina y en los dictámenes y sentencias con palabras que expresan valores (fundamentales, instrumentales) tales como “transparencia”, “eficiencia”, “eficacia”, “economía”, “legalidad”, “servicio”, “racionalidad”.

La opinión pública y publicada (interesada o no, no es relevante para esta cuestión) y la calle superponen otras voces que parecen replicar, desesperanzadas, la

* Contacto: jsaid@derecho.uba.ar.

El presente artículo desarrolla el que fuera publicado en la *Revista AGPS*, N° 4, publicación institucional de la Auditoría General de la Provincia de Salta, República Argentina, 2014.

letanía que enseña el poder y sus escribas. Se escucha, entonces, hablar de “corrupción”, “ineficacia”, “descontrol”, “arbitrariedad”, “desgobierno”, “clientelismo”.

III.

El punto de partida (que es también el de llegada) de estas reflexiones ha sido enunciado con toda claridad por OSCAR OSZLAK¹: “... de una mejor o peor gestión pública depende la suerte misma de una sociedad, su mayor o menor nivel de desarrollo y bienestar social, el grado de equidad distributiva entre sus diferentes sectores y la gobernabilidad de sus instituciones”.

Pero ocurre que, como ya hace más de treinta años pusiera en evidencia MARTÍN DEL BURGO Y MARCHAND², existen vías de asedio a la Administración que afectan el desempeño de sus funciones. Las quejas de ese autor eran, entonces, otras. La corrupción en la función pública no había alcanzado la gravedad y trascendencia que ahora presenta; o al menos, no constituía un tema de la agenda de juristas, administradores, científicos políticos, sociales o económicos, ni de los organismos internacionales multilaterales³.

No obstante, partiendo de ese autor y abriendo nuevos surcos, resulta útil relevar los diferentes horizontes desde los que se acercan las tormentas que ponen en jaque a la Administración:

A) *Desde la ley y la justicia*

- 1) El legalismo extremo, que se expresa en el cuestionamiento doctrinario y jurisprudencial a la teoría de la subsanación en sede judicial de ciertas nulidades ocurridas en el procedimiento administrativo; en la aplicación del procedimiento como un rito cuasi-sacramental, en la determinación de parámetros de actuación incompatibles con las estructuras y recursos asignados a la gestión administrativa, entre otros.
- 2) Falta de cuadros expertos; la Administración colonizada políticamente prescindente de los técnicos y profesionales que tienen el saber y la experticia requerida.

1 OSZLAK, OSCAR, “Gobierno Abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública”, en *Colección de documentos de trabajos sobre e-gobierno*, N° 5, Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe, Red GEALC, septiembre de 2013.

2 DEL BURGO Y MARCHAND, MARTÍN, “La Administración asediada”, en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, Vol. I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, enero-diciembre de 1983, ps. 805 y ss.

3 WINFRIED HASSEMER explica: “Si nosotros nos preguntamos por qué la corrupción ha aumentado tan vigorosamente y por qué **ha concitado mayor atención, precisamente en la actualidad**, tenemos que admitir que ello se vincula con la economización de nuestra sociedad, con el quebrantamiento de normas sociales, con la pérdida de la decencia. Otras causas son el prestigio decaído del servicio público y una relación modificada de los políticos con las normas sociales”, en “Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción”, en *Revista Pena y Estado*, N° 1 “Corrupción de los funcionarios públicos”, Año 1, Editores del Puerto, 1996.

HAROLD LASKI señaló que: “La Administración del Estado moderno supone un cometido técnico, y que aquellos que la comprenden y conocen son pocos, relativamente (...) cualquier sistema de gobierno en sentido moderno supone un cuerpo de personas expertas que trabajan para la felicidad de las grandes masas de población que solo juzgan de la política por el beneficio de sus resultados”.

- 3) Judicialización de decisiones técnicas administrativas, que se expresa en el abuso de la tutela cautelar que, sin elementos suficientes, posterga la presunción de legitimidad del acto que, en fase cautelar, debe ser reconocida por los jueces a favor de lo decidido por la Administración; exacerbación del espíritu legalista, estrecho, esterilizante.
- 4) El Derecho Administrativo contemplado desde la “perspectiva patológica del proceso judicial”, que examina la Administración como un aparato dispuesto para la arbitrariedad y la injusticia. En los procesos judiciales no hay término medio: validez o nulidad.
- 5) Estrangulamiento a las atribuciones discrecionales, nada queda en pie que no sea judicialmente revisable si se admite el confronto de cada elemento de la actividad administrativa no sólo con la ley sino también con los principios generales (expresos, implícitos, positivos, metafísicos, etcétera).

B) *Desde la política*

- 6) La conducción política impone su ideología a la Administración, es una fuerza extrínseca que proviene del poder político. El cuerpo es administrativo pero la cabeza es política. Como en todo injerto, a veces se produce el rechazo o un fruto híbrido que no es el esperado. La sujeción de la Administración a la política es manifiesta.

C) *Desde la burocracia*

- 7) Apropiación del poder del Estado por la burocracia, mediante la configuración de oligarquías estatales tecnocráticas, que superponen sus intereses y proyectos a los que la conducción política pretende establecer.
- 8) Tendencia a la autoexpansión, una mayor burocracia que insume mayor presupuesto.

D) *Desde la sociedad*

- 9) Grupos de presión sectoriales que pretenden configurar sus intereses como intereses públicos y encomendarle a la Administración su gestión y desarrollo.
- 10) Grupos de intereses lícitos e ilícitos, públicos y secretos, altruistas y egoístas (captación del regulador, determinación de la agenda pública fuera de los espacios de debate representativo, cartelización de la contratación pública, etcétera).

El asedio al que se somete a la estructura administrativa del Estado es fácil de comprender: ella cuenta con la posibilidad de obtener recursos, de distribuirlos

y de proveer los servicios públicos y sociales y las funciones básicas del Estado, que son los espacios en los que la corrupción puede encontrar el suelo para arraigarse y los funcionarios para corromperse.

Y, en paralelo, la ineficacia en la atención de ciertos bienes públicos fundamentales (salud, educación, seguridad, cultura, recreación, entre otros) genera el terreno fértil para la mercantilización privada de esos bienes. Es que el Estado interviene en la distribución y redistribución del producto social cuando actúa y cuando deja de hacerlo, deliberada o negligentemente. Sólo una lectura ingenua o malintencionada puede no percibir la enorme implicancia socio-económica de la mala gestión de los administradores públicos⁴.

IV.

Aunque es difícil escuchar expresiones a favor del ejercicio corrupto del poder público, ello no niega la utilización de la corrupción como elemento de construcción y consolidación política. La corrupción así debe ser considerada no ya como una especie de sustracción desde el espacio público hacia el campo de lo privado, sino como un mecanismo más de control del propio ámbito público.

En ese sentido, el filósofo GABRIEL ALBIAC relataba en un reportaje que:

“... ya desde los clásicos del pensamiento político, la corrupción se ha considerado siempre como una fuerza constituyente, no lo olvidemos. De esa potencia constituyente proviene su importancia en el ámbito político. Recordemos, por ejemplo, cómo se realiza toda la revolución burguesa en Gran Bretaña por contraposición al modelo francés: se trata de la idea, sencillísima y por lo demás inteligentísima, de que, puesto que no tenemos fuerza para destruir el *Ancien Régime*... comprémoslo. No tenemos suficiente fuerza pero sí suficiente dinero. Y lo que se efectúa es esa traslación (muy bien analizada, además, por los historiadores de ese momento de ascensión burguesa): ‘Hagamos por vía comercial lo que los franceses tuvieron que hacer cortando cabezas; nos va a salir más barato y, como podemos pagarlo, no va a haber ninguna dificultad’. Efectivamente, los modelos de consolidación de las sociedades burguesas en Europa desde finales del siglo XVIII han sido siempre dos: la revolución como mitología constituyente, y la corrupción como fuerza constituyente”⁵.

Y recordaba hasta qué punto la corrupción podía cumplir una función de consolidación de un régimen político con la cita de un “pasaje de Hitler en las

4 “Eficiencia, efectividad y eficacia son conceptos fundamentales si existe la pretensión de contribuir al desarrollo económico y social de una nación”, en PEREIRA RIBEIRO, MARCIA CARLA y SCHWANKA, CRISTIANE, “Eficiência e gestão: do agir ao controle na atividade interventiva econômica estatal”, en BACELLAR FILHO, ROMEU FELIPE – WUNDER HACHEM, DANIEL (COORD.), *Direito Público no Mercosul*, Editora Forum, Brasil, 2013; traducción personal.

5 QUINTANA PAZ, MIGUEL ÁNGEL, “Los consuelos prohibidos. Entrevista a GABRIEL ALBIAC” disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/395/21804_Los%20

conversaciones con Rauschning acerca de la corrupción: ‘No se meta usted con la corrupción’, venía a decir Hitler, ‘pues la corrupción es un elemento central de la consolidación del Partido como Estado. Yo siempre digo a los míos: enriqueceos... pues ése es el modo de que todos estemos en situación de dependencia los unos con respecto a los otros’...”⁶.

No es extraño, entonces, que sea extremadamente difícil limitar, reducir o erradicar la inmoralidad e ilegalidad en la gestión de los asuntos públicos cuando esas prácticas son funcionales a la producción y reproducción del poder político.

No obstante, deben redoblar esfuerzos para tratar de comprender y combatir esa herida por la que se desangran las sociedades. En este punto, de acuerdo con el profesor GARZÓN VALDÉS, me parece útil señalar que cualquier sistema normativo positivo puede ser considerado desde la perspectiva de una moral crítica o ética –que establece principios y reglas de conducta no condicionados culturalmente y que satisfacen los requisitos de universalidad y perpetuidad en el sentido kantiano– y, desde esta perspectiva, podremos considerar legítimos o ilegítimos, o más o menos legítimo un sistema que otro. Pero es imperioso señalar, como lo hace el autor, que entre los sistemas normativos jurídico-políticos hay uno que satisface cabalmente las exigencias de legitimidad: *la democracia representativa institucionalizada en el Estado Social de Derecho*. Tal es el sistema jurídico-político vigente en la Argentina post-dictatorial. Cualesquiera que sean sus logros y sus déficits, la violación por parte de quienes tienen poderes de decisión de sus obligaciones institucionales en este tipo de sistemas es siempre una grave transgresión a la ética pública, a la soberanía del pueblo y una conducta desleal e inexcusable.

El control de la legalidad del obrar de la Administración y de su gestión se volvió, así, una *conditio sine qua non* para que la gestión de la res pública sirva al pueblo en sus necesidades e intereses, y abra las chances del desarrollo y la reversión de los niveles de injusticia.

Bien enseña el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción que ella “socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como el desarrollo integral de los pueblos”. En esas palabras se asumen los distintos núcleos que son, usualmente, abordados al considerar esta forma generalizada de gestión pública: la dimensión *moral*, la dimensión *política* y la dimensión *económica*⁷.

consuelos%20prohibidos.pdf.

6 *Ibíd.*, cita Hermann Rauschning, *Gesprache mit Hitler*, Europa Verlag, Zúrich-Nueva York, 1940.

7 La *Revista Pena y Estado*, N° 1, op. cit., contiene trabajos que asumen las distintas líneas de abordaje del problema que se desprenden de la convención.

Me interesa poner en primer plano la reflexión lacerante de ERNESTO GARZÓN VALDÉS referida a que la falta de probidad de los *funcionarios pone en debate el problema capital de la lealtad democrática*⁸. Debe ser remarcado, la proliferación de las actividades corruptas indican la existencia de un problema de una envergadura mayor y más profunda, a saber: *la tendencia a sustituir el ideal democrático de cooperación por formas de competencia y de imposición de los propios intereses que contradicen radicalmente ese ideal*.

JUAN RAMÓN CAPELLA agrega que las *funciones políticas* deben desempeñarse sobre la base dos principios que deben ser satisfechos simultáneamente, para no incurrir en responsabilidad: *el principio de la confianza y el principio de la dignidad*. Afirma que ello es así “porque el comportamiento de las personas que desempeñan funciones políticas no las afecta solamente a ellas mismas como actores políticos, sino que afecta además a la credibilidad y a la confianza en las instituciones públicas”⁹ (aparece, aquí, otra de las claves que quiero rescatar y sobre la que volveré más adelante: “*las instituciones*”). Esas mismas exigencias se trasladan al ejercicio de las potestades asignadas a los *funcionarios administrativos del Estado*. Se debe evitar que se traicione la confianza y se debe exigir que se ejerza con dignidad la función encomendada, ya que esas son consecuencias ineludibles del servicio a los intereses públicos para el cual se atribuyen esas potestades.

La *lealtad a los fines de las normas* y la *transparencia en los medios* que ponen en acción la potestad son, también, otras exigencias que, entiendo, complementan las anteriores.

No es casual, entonces, que la mayor parte de las propuestas para combatir la corrupción estén directamente relacionadas con el reforzamiento del sistema democrático, tales como la vigencia del principio de publicidad, la reconsideración del siempre problemático tema de las potestades discrecionales y su control, la participación ciudadana en los procedimientos administrativos y aún en los judiciales, los mecanismos de selección y designación de los funcionarios de los tres poderes del Estado y órganos extra-poderes, etcétera.

V.

Otra de las caras de este poliedro muestra cómo la corrupción y la mala gestión afrentan en forma directa los derechos humanos. Hay un consenso generalizado en cuanto a que la corrupción es un problema serio para las sociedades. A tal punto que la Organización de las Naciones Unidas ha tomado el problema de la corrupción en la función pública como un problema global. Y lo ha enmarcado

8 GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, “Acerca de la calificación moral de la corrupción – tan sólo una propuesta”, en *Isonomía*, N° 21, octubre de 2004.

9 CAPELLA JUAN RAMÓN, *La responsabilidad política hoy: cuatro apuntes breves*.

como un crimen que impacta en los derechos humanos de las personas y de los pueblos.

El fenómeno de la corrupción entraña una violación del derecho a la igualdad ante la ley y conduce a la sustitución del interés público por el interés privado de quienes se corrompen. Se establece así una vinculación esencial entre la corrupción, el Estado de Derecho, los derechos humanos y la democracia.

ALEJANDRO NIETO GARCÍA¹⁰ advierte que el Estado de Derecho no es una forma política realizada; que los regímenes políticos se aproximan más o menos a un modelo que es actualizable al incorporar nuevas exigencias. Y en cuanto a los defectos estructurales que lo afectan señala, por un lado, *la partidocracia* (que orada la democracia parlamentaria); y, por otro, *la corrupción* que, vinculada con el sistema partidocrático, ha desmantelado los principios rectores de la gestión pública.

¿Qué hacer? El sujeto, la persona, no puede controlar el sistema político en el que se juega el Estado de Derecho en abstracto y sus derechos y necesidades en concreto.

Aunque el cuadro de situación es dramático –y pretende vanamente ocultarse tras la jocosidad del sainete– una publicación electrónica de la ONU dedicada específicamente a la corrupción (denominada “Track”) aporta una mirada optimista, condicionalmente optimista, al exponer que: “La buena noticia es que parece existir una correlación inversa entre la democracia y la corrupción; instituciones democráticas fuertes y robustas resultan en la disminución de la corrupción en todo el sistema. El papel de las instituciones democráticas sólidas, incluido un poder judicial independiente y una prensa independiente, junto con la participación política activa, es crucial para la lucha contra la corrupción”¹¹. Nuevamente, en “las instituciones” parece cifrarse la clave de bóveda de la arquitectura del Estado de Derecho y la república y la posibilidad de abordar el control de la Administración.

En nuestro continente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manda tener presente que “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”¹².

Transparencia que resulta inconsistente con finalidades privadas de los agentes que actúan la voluntad del Estado. Sabemos –lo ha explicado ARISTÓTELES– que

10 NIETO, ALEJANDRO, *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona, 2007.

11 Traducción personal del inglés; disponible en: www.track.unodc.org/CorruptionThemes/Pages/home.aspx.

12 Corte IDH, 19/09/2006, “Caso Claude Reyes y otros”, considerando 86.

las acciones humanas no son procesos causales ciegos, sino encadenamientos de sucesos mecánicos sobredirigidos por la voluntad humana hacia alguna finalidad¹³. Entonces, si toda acción humana está orientada por un fin, la pregunta por el telos que guía a cada uno de los agentes estatales y particulares que interactúan con las administraciones es no solo pertinente dogmáticamente, sino también legítima.

VI.

Pero no es fácil, en estos tiempos anómicos, persuadir a los gobernantes sobre la necesidad de apoyar la praxis del poder estatal en las instituciones; al menos, convencer que las instituciones de la democracia republicana pueden limitar y ordenar el ejercicio del poder de la Administración, y de su conducción política.

ERNESTO LACLAU, pensador que ha guiado la comprensión política del gobierno nacional cesado en diciembre de 2015 —y que es tomado en España por “Podemos” para dar sustento a su construcción como “populismo de izquierda” —, ha señalado “que las instituciones no son nunca instituciones neutrales. Las instituciones son una cristalización de la relación de fuerza entre las mismas. Por tanto, todo proceso de cambio radical de la sociedad, como el que estamos viviendo en nuestro país, en el que nuevas fuerzas sociales empiezan a actuar en la arena histórica, necesariamente va a chocar en varios puntos con el odio institucional emergente”¹⁴. Y en esa tarea de demoler instituciones, afirma que el parlamentarismo no garantiza la democracia.

Días después, en el mismo periódico, TOMÁS ABRAHAM respondió con una severa observación: “La libertad sólo puede ser garantizada por la ley y la autoridad (...) si no fuera por las instituciones y sus normas, la sociedad estaría a merced de las armas y del dinero, las dos fuentes de la dominación”¹⁵.

Conviene que recordemos que el valor y el acento en las “instituciones” como mecanismo estabilizador de la democracia es uno de los legados fundamentales de la Grecia antigua a las sociedades modernas. PHILIPPE RAYNAUD explica:

“El problema común de la democracia y de la filosofía es la auto-limitación de la libertad y la razón, que debe fijar límites a la actividad instituyente o al cuestionamiento sin recrear, pese a ello, una clausura que niegue la capacidad creadora de los hombres. La democracia va a buscar la solución a ese problema

13 ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Colihue, 2007; puede verse, con toda utilidad, la concisa y completa investigación NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, 1987.

14 LACLAU, ERNESTO, “El constitucionalismo busca mantener el poder conservador”, *Perfil*, 14 de octubre de 2012

15 ABRAHAM, TOMÁS, “Democracia armada, o la política como una forma de la guerra”, *Perfil*, 20 de octubre de 2012.

en sus instituciones, que introducen un mínimo de distancia entre la Ciudad y los ciudadanos sin recrear una división asimétrica entre dominantes y dominados ni establecer un ‘Estado’ radicalmente separado de la ‘sociedad’...”¹⁶.

La racionalidad de un poder enmarcado por instituciones, que legitimen y condicionen el ejercicio de las potestades administrativas, se impone como condición para que la vida social –en la que las personas integran sus esperanzas, expectativas, intereses y derechos– no se aleje del Estado de Derecho.

Estado de Derecho que en cuanto se refiere a la acción de la Administración Pública, puede ser enunciado con una fórmula sumamente expresiva: *Estado de las elecciones administrativas legítimas*, al decir de JUAREZ FREITAS¹⁷.

VII.

Un requisito básico para que la Administración se mantenga en el quicio constitucional es que los gobernantes y administradores conozcan cuáles son los límites entre lo que es políticamente discernible y lo que no es jurídicamente dispensable (se juega allí ni más ni menos que la diferencia entre licitud e ilicitud; entre el mérito político y el reproche ético-jurídico) de su actuación; y deban responder por sus acciones y por los resultados de su gestión.

Nuestra débil práctica ciudadana sumada a mecanismos de concentración en pocas manos (funcionarios, por cierto) de la legitimación para demandar el control del Estado, por lo general deja afuera de la acción ciudadana la vigilancia de la legalidad y eficacia y eficiencia de los procesos y resultados de la actividad estatal y de la utilización de los dineros públicos.

Aunque los procesos constituyentes provinciales y nacionales postdictatoriales y las normas inferiores y jurisprudencia fueron incorporando mecanismos novedosos de participación y control ciudadano de ciertas decisiones (audiencias públicas, elaboración participativa de normas, integración de asociaciones representativas de usuarios en los órganos de regulación de servicios públicos, acciones populares y de clases, etcétera), y sin desconocer que existen en la sociedad civil instituciones que se orientan a controlar el uso de los recursos, *el afianzamiento de las instituciones sigue siendo el canal constitucionalmente establecido para garantizar que la Administración intervenga con la mirada puesta en el interés público fundamental: la vida digna de los habitantes, el desarrollo compatible con la preservación ambiental y el uso racional de los recursos públicos (materiales y humanos)*.

16 RAYNAUD, PHILIPPE, “Castoriadis y el legado griego”, publicado junto con los seminarios de CORNELIUS CASTORIADIS, *La ciudad y las leyes*, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2012.

17 JUAREZ FREITAS, *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, Malheiros Editores, Brasil, 2007; traducción personal.

VIII.

El inevitable el control por medio de las instituciones se desarrolla, en el ámbito federal de la Nación Argentina, en la provincia de Salta y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, bajo el sistema de “contraloría, que por sus características y sus implicancias en términos de reconversión institucional y funcional, facilita de algún modo la implementación del control por rendimiento”¹⁸.

El control externo con auditorías de rendimiento incluye, además del control de los estados financieros-contables y de legalidad de la actuación, la información sobre rendimientos de productos para verificar de qué forma se desarrolla la gestión y si los objetivos se logran con economía, eficiencia y eficacia. GORRI y GIMÉNEZ destacan que la INTOSAI (Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores) se refiere en forma amplia al concepto de auditoría del rendimiento como “... un examen independiente de la eficiencia y la eficacia de las actividades, los programas o los organismos de la Administración Pública, prestando la debida atención a la economía y con el propósito de llevar a cabo mejoras”; y destacan que este modelo de control público es el que se instauró en Argentina con la reforma de la administración financiera del sector público de 1992.

El efecto cautivante de las tres “E” se ve convertido en un escueto “sofisma de administración”¹⁹ que dice así: “Lo eficaz es verdadero, lo verdadero es justo. Luego, lo eficaz es justo”. Sin embargo, no alcanza con la acción eficaz, la racionalidad economicista para dotar de legitimidad a la acción y para delimitar el marco del control. El eficientismo, en nuestro ámbito, tiene consecuencias devastadoras para la satisfacción regular de los intereses públicos. En especial, la despreocupación de las externalidades negativas ya que, finalmente, los costos sociales y globales son más difíciles de ser medidos que los económicos y globales²⁰. A ello debe agregarse la observación de LUCIANO PAREJO ALFONSO, en cuanto la fragmentación de la acción del Estado bajo el principio de eficiencia conduce a una utilización de la Administración de acuerdo a conveniencias y no a los principios prestablecidos, lo que genera un grave desprestigio al Estado de Derecho²¹.

Así, la idea de que lo que da resultados está bien, degrada la probidad, eticidad, legalidad y racionalidad exigible a los funcionarios de acuerdo con la Constitución de la Nación.

18 GORRI, ALICIA S. y GIMÉNEZ, LUIS FEDERICO, “Algunas reflexiones sobre el control de la hacienda pública con especial referencia a la situación de la provincia de Mendoza”.

19 LE MOUËL, JACQUES, *Crítica de la eficacia – Ética, Verdad y Utopía de mito contemporáneo*, Paidós, 1992.

20 GABARDO, EMERSON, *Principio Constitucional da eficiencia administrativa, Dialética, Brasil*, 2002.

21 PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Eficacia y Administración – Tres Estudios*, INAP, España, 1995.

IX.

Hace unos años, examiné en unas jornadas de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo las máximas de *ULPIANO* sobre el Derecho. Me pareció interesante considerar si aquellas tres clásicas sentencias –*vivir honestamente, no dañar a otros, dar a cada uno lo suyo*– podían mantener algún interés para guiar o juzgar el Derecho Administrativo y para la Administración Pública contemporánea. Luego de concluir que sí, y de señalar las derivaciones de cada principio, consideré prudente formular una advertencia que es tanto metodológica como ética: los tres principios operan en conjunto.

Dije y repito: No es correcto utilizar disyuntivamente uno o un par de ellos y prescindir del otro u otros en una situación concreta. La actividad estatal debería preguntarse, siempre, si cada acción es una acción honesta, si daña injustamente a alguien y si da lo que corresponde a quien le corresponda. Sólo cuando la respuesta sea satisfactoria en esos tres planos estará legitimada (es sabido que en ciertas ocasiones el Estado debe producir legítimos daños individuales en beneficio de intereses públicos superiores; en tales casos, cuando se presentan los presupuestos de la reparación por actividad lícita, “dar a cada uno lo suyo” reequilibra la prohibición de “dañar a otro”). La ruptura de esa fantástica maqueta institucional y social formulada en tres piezas por *ULPIANO* ha prohijado expresiones que exhiben la degradada praxis política, jurídica y administrativa nuestra, como por ejemplo: “roban, pero hacen”, “son honestos, pero no hacen nada”²².

Los valores de la gestión se deben apoyar en la legalidad de la acción administrativa y sus procedimientos de actuación. No es posible escindirlos.

X.

El creciente incremento de órganos, entes, sujetos públicos y privados que acceden a financiamiento con recursos públicos, la tendencia a dotar de potestades discrecionales a los estipendiarios, dificulta el control que los órganos de control pueden llevar adelante; tanto por su complejidad como por su volumen. En paralelo, el proceso de responsabilización de los funcionarios se torna más complejo.

XI.

Parte de las dificultades pueden ser explicadas a partir de la mutación de la función de los parlamentos en el siglo xx, fundamentalmente en cuanto a la tarea de concretar en las leyes mandatos precisos de actuación para la Administración. *ALBERTO A. SPOTA*²³ ha explicado que “los Parlamentos y los Congresos

22 SAID, JOSÉ LUIS, “La vigencia de *Ulpiano* (o la Administración frente al honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere)”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 408, Argentina, 2012.

23 Ponencia presentada por el autor en el IX Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional denominada “La delegación legislativa en el Ejecutivo y el cambio de rol de los Parlamentos y Congresos (en la vida política de los pueblos de Occidente, en el siglo xx). Ensayo”, *Boletín*

comienzan a ser visualizados por todos los pueblos, como el ágora o foro donde se debaten las grandes líneas de conducción y se deciden los cursos generales de acción de la comunidad, más que como hacedores exclusivos de la ley en sentido material (...). De modo que la función actual de los Parlamentos y los Congresos no aparece como antaño relacionada tan directamente con el debate de proyectos de leyes y su formación; sino más bien como el desgrane, análisis, discusión de los problemas y conflictos, y de su resolución mediante la toma de decisiones trascendentes en orden a superarlos; pero también como el lugar donde se toman las decisiones relativas a las grandes líneas de conducción ordenadas al futuro”.

La Administración, despegada de claros, precisos y concretos mandatos, se encuentra frente un espacio discrecional mayor.

La cuestión aparece, según la explicación de LUCIANO PAREJO ALFONSO, del siguiente modo:

“... desde la perspectiva de la Administración el Derecho acota el ámbito de las alternativas decisionales válidas, es decir, en principio y primariamente delimita negativamente la decisión que aquélla puede tomar. Consecuentemente, cuanto más genéricas e imprecisas sean las reglas de Derecho aplicables, tanto más amplio será el abanico de alternativas decisionales válidas y tanto menor será la efectiva y positiva dirección o programación normativo jurídica de la elección entre estas...”²⁴.

Este proceso de conversión de la función legislativa en algo menos preciso que hacer la ley en el sentido de programación normativa de las decisiones fijada por el órgano parlamentario, trajo aparejado que el principio de legalidad se vaciara de contenido, y que la vinculación de la Administración con la ley no indique ya la conducta a desarrollar por la Administración, sino sólo la atribución de competencia y potestades discrecionales para instrumentar el curso político señalado por el Congreso. La discrecionalidad legislativa para concretar la Constitución se transfiere al Poder Ejecutivo y el control de las funciones de la Administración se debilita seriamente al quedar acotado a los aspectos de legalidad del acto administrativo.

No obstante, un adecuado diseño de la función de control no puede dejar fuera un enorme espectro de cuestiones que no debería quedar ajeno a la mirada de los órganos de vigilancia. LUIGI FERRAJOLI ha enseñado que “los controles políticos –más allá de su ineficacia en nuestro país– alcanzan lo que en la administración política y administrativa es lícito y decidible, mientras que al control judicial concierne en ella lo que es ilícito e indecible”²⁵.

Informativo de la AA DC, enero de 1990.

24 PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “Crisis y Renovación en el Derecho Público”, *Cuadernos y Debates*, Nº 30, Centro de Estudios Constitucionales; y “Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias”, *Tecnos*, especialmente en la extensa nota 20.

25 FERRAJOLI, LUIGI, *Revista Pena y Estado*, Año 1, op. cit.

No basta con verificar si concurre una norma habilitante y si ésta confiere una potestad discrecional. Habrá que avanzar sobre los pantanosos territorios de la “oportunidad, mérito y conveniencia” para someter la decisión al escrutinio de las celosas herramientas desarrolladas para acotar o encauzar la discrecionalidad: separación de lo que constituya un estándar jurídico indeterminado, control de los elementos reglados, de los hechos determinantes, de la motivación y de la finalidad; ejercicio del control no sólo de cara a la ley sino también frente a los principios generales del Derecho, y alguna otra más que omito en este rápido repaso.

En su magnífico ensayo, JUAN IGARTUA SALAVERRÍA²⁶ expone las preguntas fundamentales para repensar el alcance del par “legalidad-discrecionalidad”, que nos ilustran sobre las múltiples posibilidades de desarrollo del control de la Administración. Dice el autor:

“Como se sabe, el principio de legalidad entronizó a la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en principio, no es oponible ningún otro derecho, cualquiera que sea su forma y fundamento. El radio de acción de este principio cubre, por tanto, espacios más amplios que el meramente administrativo. Sin embargo, en la Europa continental, el principio de legalidad ha nacido, se ha afianzado y ha evolucionado según marchaban las relaciones entre la Ley y los poderes del Ejecutivo-Administración. Tan es así, que la misma locución ‘discrecionalidad’ sólo es concebible en el marco de ese principio. Es decir, la ‘discrecionalidad’ está –conceptual y lógicamente– conectada con la ‘legalidad’. En efecto, la actividad ‘discrecional’ se define como tal porque encuentra en la ley un límite (relativo al fin, a la competencia, al procedimiento...). De lo contrario, se llamaría ‘libre’. Si bien el principio de legalidad sigue alumbrando discusiones bien surtidas (sobre la identificación de su fundamento, la determinación de sus contenidos, su incidencia en los diferentes ámbitos de la actividad administrativa, etc.), me contentaré con cargar el acento sobre dos preguntas, más básicas imposible. A ver. Si decimos que ‘legalidad’ significa conformidad con la ley: ¿qué se entiende por ‘ley’? y ¿en qué consiste la ‘conformidad’ con la ley?”.

XII.

La mayor discrecionalidad no puede constituirse en un recurso para eximir de control (y de responsabilidad) a los funcionarios administradores. La eficacia de la gestión tampoco.

Si la reforma constitucional en materia de ética pública algún sentido tiene es, precisamente, reducir los núcleos de impunidad y hacer operativa la responsabilidad de los gobernantes y administradores.

26 IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN, “Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 1-100, Civitas, edición en CD.

Parto de una noción de “democracia constitucional” que asume las instituciones como modo de estabilizar los dinámicos procesos de creación, distribución y control de los poderes que se asignan a los actores involucrados en las distintas prácticas que la constituyen. La garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales, exige el control de todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados.

En el Estado constitucional la Administración no es un espacio libre de la ética pública ni desapegado del Derecho del Estado. La Administración Pública no tiene poderes y potestades que no estén fundados en el contrato social. Es por ello que la Constitución coloca a la Administración al servicio de las personas, y le encomienda cumplir sus ideales orientados a favor de la dignidad del hombre, la democracia y la república.

La pregunta relativa a las estructuras y a las funciones del control es también una pregunta sobre la correcta comprensión de la Constitución; ya que la posición de los organismos y procedimientos de control de la Administración se expresan en relación con otros valores constitucionales como la dignidad del hombre, la libertad individual, los límites a los abusos, la justicia, el bienestar general, la democracia, la ciudadanía, etcétera. Cualquier respuesta teórica, normativa o procedimental que incremente el riesgo de que los recursos puestos a disposición de los funcionarios puedan ser mal aplicados, se aleja de la Constitución y de la cultura democrática e institucionalista que pretende erradicar la ineficacia y la corrupción, en tanto crímenes contra los derechos humanos de los pueblos y de los hombres.

XIII.

HAMLET, el príncipe burlado, el soberano sin poder, proclama “¿Quién aguantaría los ultrajes y desdenes del mundo, la injuria del opresor, la afrenta del soberbio (...) las tardanzas de la justicia, las insolencias del poder y las vejaciones que el paciente mérito recibe del hombre indigno...?”.

Con dolorosa belleza, SHAKESPEARE denuncia la injusticia, la deshonra de una época. ¿Qué otra cosa, sino la indignación, expresa HAMLET cuando ante el reclamo de hacer justicia que le formula su padre, el espectro inacabado del rey, exclama “*The time is out of join*”?

Las traducciones han sido diversas: “El tiempo está fuera de quicio”, o “el mundo está fuera de quicio”, o “el mundo está al revés”, o “esta época esta deshonrada”. Se ha señalado que la tradición del idioma inglés otorga a esa expresión un sentido que es más propio de la ética y de la política que de la mecánica.

*Ese desplazamiento epistemológico permite dotar a la queja del príncipe burlesco toda su intensidad dramática pues se pasa de lo desajustado a lo injusto*²⁷.

Palabras que sobre la margen sur de la América austral siguen pronunciándose con la voz de nuestro pueblo, pero que retumban con el sonido hueco de un cuarto ya deshabitado.

27 La explicación fue tomada de DERRIDA, JACQUES, *Espectros de Marx El Estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional*, Trotta, 1995.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

I

Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2016

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina