



FLACSO
ARGENTINA

FACULTAD LATINOAMERICANA

DE CIENCIAS SOCIALES (FLACSO)

MAESTRÍA EN CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIOLOGÍA

TESIS

“REFORMA DE ESTADO- EL CONTROL EXTERNO DEL SECTOR PÚBLICO”

“LA AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN”

Directora: Dr Hugo Quiroga

Maestranda: Adriana Mack

Rosario, marzo de 2003

INTRODUCCIÓN	4
1 RELEVANCIA DEL TEMA- PRINCIPIOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	6
1.1 El Estado Constitucional	12
1.1.1 Estado Constitucional, soberanía y derechos fundamentales	16
1.1.2 El control de la administración en el marco de la división de poderes ..	21
1.1.3 Principio de soberanía popular	28
1.1.4 La Supremacía de la Constitución el Principio de legalidad	28
1.1.5 Principio de reserva de ley.....	30
1.1.6 Principio de Legalidad.....	32
2 CONSTITUCIÓN Y CONTROL DEL PODER	35
2.1 Significado del Término Control	35
2.2 Relación Entre Constitución y Control	36
2.3 Control Político	41
2.3.1 Naturaleza Del Control Ejercido Por El Parlamento Sobre La Base De Los Informes De Los EFS.	45
2.4 Control Judicial	45
2.5 Control del Sector Publico	46
3 REFORMA DE ESTADO (LA MODERNIZACIÓN ¿?)	51
3.1 Fiscalización y Control	56
3.2 Estado, Control y Responsabilidad	62
3.2.1 Justificación del control externo.....	64
3.2.2 Las Técnicas de Auditoría	71
4 POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ORGANOS DE CONTROL EXTERNO	74
4.1 Naturaleza Jurídica De Los Organos De Control	74
4.2 Relaciones Del La AGN Con El Poder Legislativo	84
4.2.1 Dependencia de la AGN del Congreso.....	87
4.2.2 Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas - Su relación con la AGN	92
5 COMPOSICIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LA AGN	94
5.1 Control De La Gestión Publica	95
5.1.1 Control Que Realiza La Agn	99
5.2 Modalidades Del Control	101
5.2.1 Control Interno	103
5.2.2 Control De Legalidad	104
5.2.3 Control De Gestión	105
6 PRINCIPIOS Y TÉCNICAS DE CONTROL	107
6.1 Eficiencia y Eficacia	107
6.1.1 Eficacia.	110
6.1.2 Eficiencia.	110
6.1.3 Economía	111
6.1.4 Eficacia y organización Administrativa	112
7 SUJETO DE CONTROL DE LA AGN	118

7.1.1	El Sector Público Nacional-Sujeto Pasivo De Control.....	118
8	<i>OBJETO DE CONTROL DE LA AGN</i>	120
8.1	Técnicas de Auditoría- La Auditoría General De La Nación	121
8.1.1	Planificación:	122
8.1.2	Planificación de auditoría	122
8.1.3	Evidencia	123
8.1.4	Papeles de trabajo	124
8.1.5	Conclusiones:	124
8.1.6	Irregularidades	124
8.1.7	Responsabilidad.....	124
8.1.8	Control de calidad.....	125
8.2	Tipos De Auditorías	127
8.3	Informes Y Dictámenes	128
9	<i>CONCLUSIONES PRELIMINARES</i>	130
10	<i>CONCLUSIÓN</i>	134
11	<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	140

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo hacemos el intento de mostrar la necesidad de la existencia de un sistema de control eficaz del gasto público dentro del contexto del “*Estado Constitucional*”.

En primer lugar desarrollamos la categoría de Estado constitucional, como ha evolucionado históricamente y el carácter inherente del control a este tipo de Estado. También intentamos demostrar cómo la conformación del sistema de control va evolucionando de acuerdo a la evolución y necesidades del Estado.

En segundo lugar, desarrollamos el concepto de control y las diversas modalidades que el mismo puede asumir dentro de la Teoría de la Constitución en su relación con la Teoría del control. Queda claro en esta parte del Trabajo que el control que asumen los Entes Fiscalizadores Superiores (EFS) a pesar de ser necesarios desde el punto de vista técnico, lo ejercen con carácter de órganos auxiliares vinculados al Poder Legislativo, éste es el verdadero depositario del control político, en lo que se refiere a la configuración y ejecución del gasto público que realiza la Administración; por lo tanto asegura y dota de contenido al ejercicio democrático del control legislativo.

Además, intentamos demostrar cuáles son los elementos y criterios que permiten evaluar la idoneidad de un sistema de control, para que pueda ser compatible tanto con el principio de equilibrio constitucional entre los poderes, como con el principio democrático.

También analizamos la naturaleza jurídica de los órganos de control externo, y utilizamos la “*Teoría jurídica de los órganos constitucionales*”, siguiendo la doctrina Italiana y Española. Se trata de establecer con este análisis que no existe una única forma orgánica, sino que lo relevante en el Estado Constitucional es la garantía de su ejercicio independiente.

Examinamos la función que los órganos de control externo ejercen en el Estado Constitucional, así como la delimitación objetiva y subjetiva del ámbito sujeto a control, la estructura orgánica del órgano, el proceso y la técnica para su ejercicio y evaluación, y finalmente el resultado obtenido mediante el ejercicio del control.

Para concluir, nuestro objetivo consiste más bien en hacer una abstracción de las características esenciales de funcionamiento y de organización del ejercicio del control externo del gasto público, en la estructura del Estado Constitucional, y de la significación real que el control adquiere dentro del mismo. A propósito de dicho objetivo en esta instancia del trabajo, nuestro análisis se centró en la dogmática jurídica, pero sin ocultar con esto la fuerte connotación política y axiológica que el Derecho trae implícito. Dado que, si bien el Derecho se manifiesta como un mandato del Estado y se pone en funcionamiento por las fuentes gubernamentales, no debemos perder de vista que el mismo es una compleja operación social, que está impregnada de politicidad, y que adquiere distintas formas y caminos que tienen que ver fundamentalmente con la distribución de “diversos” poderes en la sociedad.

1 RELEVANCIA DEL TEMA- PRINCIPIOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

La búsqueda de la libertad, “*la retorsión ante la heteronomía kelseniana*” ha sido la propulsora del diseño institucional de la separación de poderes, sea ésta plasmada en las democracias parlamentarias o en las presidencialistas. El Estado liberal de Derecho creyó asegurar esta libertad mediante el *imperio de la ley*, la *separación de poderes*, la *legalidad de la administración* y la *garantía de los derechos humanos*. Sin embargo, modificaciones políticas y sociológicas transformaron estos diseños; las funciones del Estado se ampliaron, se aumentó el aparato burocrático y no se logró garantizar efectivamente aquellos derechos

Podríamos desplegar varios interrogantes alrededor de cómo se puede garantizar la libertad. ¿El imperio de la ley garantiza la libertad?, ¿La supremacía constitucional garantiza la libertad?, ¿Cómo ha de funcionar la relación entre los poderes del Estado para garantizar la libertad?, ¿Cuáles son los límites del poder administrador (poder de policía) para garantizar la libertad?, ¿Los derechos humanos, cómo han de ser protegidos, instituidos, declarados y garantizados?, ¿Cuál tipo de Estado es más conveniente para proteger la libertad?

Esta cadena de preguntas nos lleva a una segunda y significativa interrogación ¿son aquellas, preguntas a la política o al derecho?. Pensamos que están dirigidas a ambos. La pregunta sobre la libertad es una pregunta política ya que se relaciona con la problemática de la limitación del poder del Estado. Al mismo tiempo es el Derecho el que hace posible la limitación, entonces es también una pregunta jurídica. Por lo tanto, el reconocimiento de la limitación jurídica es también una cuestión política, la legitimidad de la limitación del poder, tiene que ver con el convencimiento de los gobernantes (en especial los actores privilegiados del gobierno, los partidos políticos) y de los gobernados, de que es posible la autoridad y no el poder puro (fuerza); que la convivencia civilizada y pacífica es sólo posible en libertad. Los partidos políticos deben poder alternarse en el gobierno, y al mismo tiempo ser la garantía del *control* democrático sobre las acciones del gobierno (en sentido amplio, ejecutivo, legislativo y judicial). Este *control* debe tener como consecuencia la transparencia en las acciones de gobierno y la responsabilidad no sólo política, sino en el sentido anglosajón del término, la “*accountability*”. En este sentido el *control* es un mecanismo político-jurídico que tiene por finalidad última garantizar la libertad.

La separación de poderes, división de facultades y funciones entre distintos órganos, lo que NINO¹ llama la dispersión de la soberanía, la limitación rígida de delegaciones de facultades del Legislativo al Ejecutivo y el control judicial de constitucionalidad, no hacen otra cosa que permitir el juego político dentro de ámbitos de libertad cambiantes, es decir, permiten que diferentes actores políticos surjan y que las mayorías no opriman a las minorías, reconociendo identidad propia a los diferentes grupos que surgen en una sociedad cada vez más compleja, y al mismo tiempo sosteniendo un escenario común que permita la convivencia pacífica y libre entre las personas.

La doctrina europea del Estado liberal de Derecho según FIORAVANTI² nace como una crítica tanto a la Constitución como norma directiva fundamental cuanto, a la Constitución como norma fundamental de garantía. En el S. XIX el liberalismo constituye su identidad con base en esta doble crítica. La Constitución como programa evocaba el aspecto jacobino de la soberanía popular y la democracia directa, y la imagen de un poder constituyente movilizado en forma permanente. El Estado liberal de Derecho del siglo XIX manifiesta una fuerte necesidad de estabilidad, la búsqueda de un desarrollo ordenado, paulatino, y de dejar atrás las llamadas revolucionarias a la virtud de los ciudadanos. La cultura liberal europea posrevolucionaria se desarrolla en dos vías: una la de restituir seguridad y autonomía a la sociedad civil, y la otra procurar confianza y estabilidad a los poderes constituidos.

Con HEGEL Y SAVIGNY, se desarrolla la crítica al contractualismo revolucionario, es decir, a la reducción del espacio político-público al simple producto de la voluntad de los individuos y las fuerzas sociales. La estabilidad, obsesión de los liberales, también conduce a la crítica a la Constitución como mera norma fundamental de garantías, y la rechaza por hacer derivar las instituciones políticas, de las necesidades y de los intereses de los particulares y las fuerzas sociales. “Rechaza por ello, no solamente la supremacía del poder constituyente como motor primero de la Constitución como norma directiva fundamental, sino también, la supremacía de la sociedad civil, de los particulares como

¹ NINO SANTIAGO; “El hiper-presidencialismo argentino y las concepciones de la democracia” en El Presidencialismo puesto a prueba; Centro e Estudios Constitucionales, Madrid 1992.

² FIORAVANTI, MAURIZIO, “Los Derechos Fundamentales” Presentación de CLARA ÁLVAREZ ALONSO, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

fundamento de la Constitución como norma fundamental de garantía que abandona en exceso la esfera de la política y de las instituciones a las voluntades de los individuos y de las fuerzas sociales”³.

La aspiración a la estabilidad para los liberales decimonónicos, se manifiesta en la idea del Estado de Derecho. Este *estatalismo liberal* se expresa tanto en la protección de los individuos frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, como en la protección de los mismos poderes frente a las voluntades particulares, individuales o de grupo, operantes en la sociedad civil. Niegan por lo tanto que la autoridad-legitimidad de las instituciones políticas devenga del poder constituyente de los ciudadanos, de la voluntad de los individuos resultante del contrato social. Desean restituir la autonomía a los poderes constituidos, desvinculándolos del arbitrio circunstancial de las voluntades de los individuos; colocando en su lugar al *pueblo-nación*, como fundamento más estable y sólido de las instituciones políticas.

Se produce entonces, un renovado protagonismo del Estado en pleno s. XIX, el que se manifiesta en dos direcciones fundamentales: *el Código Civil y la Administración Pública*. En el centro de los proyectos revolucionarios estaban estos dos. El Código Civil es un instrumento fundamental para extender las ideas revolucionarias a la esfera del derecho civil, como derecho cotidiano de la apropiación y de la venta. No podían subsistir regímenes jurídicos diferenciados. Construir una administración pública dotada de autoridad, en contra del sesgo hereditario y venal del Antiguo Régimen, es también una aspiración revolucionaria. Acceder a aquella por méritos y talentos y no por tradición aristocrática o por la fuerza de la riqueza, es asegurar la igualdad formal. Ambos reclaman los principios individualistas de la revolución, en clara relación con la Declaración de Derechos de 1789 para construir un modelo de relaciones políticas y sociales fundado en la *unidad del sujeto de derecho*.⁴ Los derechos ya no son tutelados por la Constitución, en su lugar aparece la idea de la *certeza del derecho*, garantizada por el Código Civil y por la ley, por el derecho positivo del Estado.⁵ Las constituciones son ahora sólo la organización del poder estatal. El *estatalismo liberal* pone a la ley del Estado en la cumbre

³ Ibídem p 103.

⁴ Ibídem . p. 109.

⁵ Ibídem. 110.

del sistema de fuentes y reduce el ámbito de la Constitución al diseño institucional, a la organización de los poderes públicos. La *Declaración de 1789* pasa a ser un manifiesto programático que poco tiene que ver con el derecho positivo estatal, que es el que los jueces cotidianamente aplican. En tal sentido los derechos humanos enumerados y declarados en 1789, se convierten sólo en tolerancias; en consecuencia pueden ser revocados o directamente no reglamentados legalmente, convirtiéndose en fantasmas de sí mismos. Permanecen en el Parnaso del ordenamiento jurídico pero no son operativos en tanto no reconocidos positivamente o sólo mientras lo sean.

Paralelamente el derecho de la Administración pública se emancipa en forma similar de la Constitución; se convierte en un sistema cerrado y autosuficiente, dotado de propias y específicas instituciones y principios generales, elaborados por la ciencia jurídica, convirtiéndose en un derecho basado en sí mismo que desconfía de una legitimación de orden constitucional. Va ganando terreno una interpretación del derecho administrativo de impronta estatista. La Administración representa en el nivel más alto la *potestad originaria y soberana* del Estado, que no tolera la intromisión de normas que provengan fuera de él. No puede admitirse por una parte, que el Estado como administración se someta con su autoridad al régimen jurídico civil ordinario, o que sea llamado a juicio como cualquier particular, y por otra, que toda la vida del Estado, cuando actúa cotidianamente como administración, esté influenciada constantemente por los cambios del orden constitucional.⁶

“El Estado de Derecho es el Estado capaz de imponer su Derecho a todas las fuerzas particulares que actúan en la sociedad y el pueblo”⁷. Los juristas del s. XIX fundan los derechos individuales sobre *un acto soberano de autolimitación* del Estado, ya no hay que buscar un fundamento extrapositivo. La soberanía del Estado de Derecho transformada por la doctrina de los juristas mencionados en relación con las libertades podría enunciarse según FIORAVANTI de esta manera: “En el Estado liberal de Derecho decimonónico, la amplitud de las libertades civiles, “las negativas”, así como las formas de garantía de estas libertades dependen de un acto de autolimitación del Estado soberano; y las libertades políticas, “las positivas”, dependen de un acto de soberanía del Estado,

⁶ *Ibidem.* p. 111.

⁷ *Ibidem.* p. 118

que llama a los individuos-electores a desarrollar una función pública, es decir, a designar a la clase política dirigente”⁸

Las libertades políticas también quedan comprendidas en la soberanía del Estado. Entonces FIORAVANTI concluye que si todas las libertades (negativas y positivas) se fundan exclusivamente sobre las normas del Estado, se debe admitir que existe *un solo derecho fundamental, el de ser tratado conforme a las leyes del Estado*⁹

Pero entonces cómo hacer para distinguir al Estado liberal de Derecho del Estado despótico? , ya que la plena vigencia del imperio de la ley, con el sistema de fuentes que implica -ley posterior deroga ley anterior-, sumada a la soberanía del Estado, posibilita que lo que la ley hoy ha concedido, mañana puede ser quitado. Los juristas, en búsqueda de un límite, recurren al modelo historicista, es allí que aparece la *Nación* como *realidad histórica-natural*, es decir, como un dato objetivo estructurado por la misma historia, en consecuencia no puede ser presa de los sujetos políticamente activos, de los partidos vencedores de turno. El desarrollo histórico de la Nación se convierte en el límite del arbitrio de los poderes constituidos.¹⁰ Esta construcción estalla en Europa con el advenimiento de los partidos de masas, luego de la primera guerra mundial. Ya no son los individuos capaces y racionales llamados por el Estado a designar la clase política; la ley aparece como el fruto de la voluntad política de una mayoría vencedora que nada tiene que ver ya con la *unidad histórica* de la Nación.¹¹

La competencia entre sujetos distintos, entre partidos, individuos, grupos, intereses, por la conquista del poder político, por la determinación de la dirección política dominante, terminará cambiando los equilibrios de la sociedad, lo que traerá como consecuencia que cada vez sea más difícil reconocer en el legislador el espejo fiel de la Nación y de su historia. Entonces la Constitución en sus dos sentidos, como norma directiva fundamental y como norma fundamental de garantías de la época revolucionaria volverá por sus fueros.

⁸ Ibídem p.119.

⁹ Ibídem. p.120

¹⁰ DUGUIT LEON “Soberanía y Libertad” Edit.. Tor Buenos Aires 1943.

¹¹ FIORAVANTI, Ob. cit.p.124.

La Constitución es lo único que queda de la voluntad soberana, funcionando como el único medio válido para controlar el poder de los gobernantes. Los fines de la soberanía consisten en su capacidad de hacer la Constitución. La Constitución es el medio para limitar el poder. Al crearse una Constitución y erigir los poderes constituidos sometidos a reglas jurídicas, se realizan los fines cuya realización legítima consiste en: organizar los principios del Estado Constitucional. ¿Cuáles son esos principios? Son los principios de la democracia, el de la distribución de poderes y la protección y efectivización de los derechos humanos.

¿Cómo se realiza el principio democrático? El consentimiento de todos a la Constitución es necesario para legitimarla, no la unanimidad, entonces juega la *regla de la mayoría*. La regla de la mayoría en tanto regla procedimental para garantizar la libertad y existencia de las minorías.¹²

¹² Para SARTORI, el pluralismo político se relaciona con la *regla* de la mayoría, que no es lo mismo que el *principio* de la mayoría. Si se entiende regla de la mayoría como amenaza de la tiranía de la mayoría, o de una “reglamentación” por mayoría numérica y concreta en el sentido literal y firme del término, entonces cabe decir que el pluralismo es el enemigo de la regla de la mayoría. Esto no quiere decir en absoluto que el pluralismo niegue el principio de la mayoría como principio regulador, esto es, como técnica para la adopción de decisiones. Por lo tanto para SARTORI el pluralismo sigue siendo la base principal sobre la cual se puede sostener y legitimar, el principio *limitado* de la mayoría, que significa que quienes se hallan en la mayoría deben respetar los derechos de las minorías. SARTORI GIOVANNI, “Partidos y Sistemas de partidos. Marco para un análisis” Vol I . Alianza Editorial SA, Madrid, 1987, pp. 41-42.

Dice ERNESTO GARZÓN VALDEZ “Dejando de lado las dificultades vinculadas con la denotación de la palabra “minoría”, (¿étnicas, religiosas, ideológicas, o de acuerdo con hábitos sexuales, edad, educación, etc.?) podría aceptarse sin mayor inconveniente que una de las características de toda minoría políticamente relevante es una actitud de disenso con respecto a las medidas adoptadas mayoritariamente. La situación final a la que se aspira es la del consenso. En este sentido, el disenso es una actitud transitoria enmarcada por dos consensos: el que se niega y el que se desea lograr. El disenso, a diferencia del consenso, no tiene aspiraciones de estabilidad. El disenso tiende a autoeliminarse creando las circunstancias en las que deja de ser necesario. Un primer argumento que podría aducirse en favor de la alternativa del disenso es el de la experiencia histórica: la conquista de los derechos humanos. Lo que parece indiscutible es que no es la existencia del consenso o del disenso lo que fundamenta los derechos humanos o la legitimidad sino justamente al revés. Sólo un consenso que respete los derechos humanos es éticamente aceptable. Lo mismo vale para el disenso. Este autor introduce el concepto de “coto vedado”, en el que han de resguardarse los derechos fundamentales no negociables, como condición necesaria de la democracia representativa. Sólo fuera de este “coto vedado” cabe el disenso, la negociación y la tolerancia. En una democracia representativa

1.1 EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El *Estado Constitucional democrático moderno*, para MARTÍN KRIELE¹³ es la manifestación de un sector de hombres que ha llegado a un nivel determinado de cultura de la libertad. La finalidad del Estado Constitucional es pues, el de asegurar la libertad y la dignidad humanas, entonces, el sistema político democrático se legitima porque es el mejor mecanismo para el funcionamiento de la Constitución, en consecuencia, el que mejor protege los derechos fundamentales. El concepto finalista de la validez de la Constitución debe necesariamente entonces incluir la legitimidad. Por lo tanto, el reconocimiento de los Derechos Humanos, es incluso vinculante para el poder constituyente.

El Estado Constitucional presupone una nueva concepción del derecho. La ley ya no es la reina, sino que está subordinada a la Constitución. La *Constitución es la auténtica norma jurídica* que rige a gobernantes y gobernados y es de *aplicación inmediata*, sin necesidad de legislación alguna. Tiene *efecto directo en el ámbito de los derechos*

que acepte el núcleo inviolable del "coto vedado", es decir, la vigencia del "principio de la mayoría" y no el "dominio de la mayoría" como diría HANS KELSEN la disidencia vale sólo en el ámbito de lo negociable.

Que la adopción de decisiones de acuerdo con el principio de la mayoría significa una restricción de la libertad de quienes integran la minoría es obvio. Pero que la viabilidad de las democracias en las sociedades con un número apreciablemente grande de miembros tiene que aceptar este tipo de restricciones es también un hecho cierto. El principio de la mayoría, según KELSEN, es justamente el que impide el dominio de una clase sobre otra, es decir, el dominio de la mayoría o la "casualidad de la aritmética". El razonamiento kelseniano está dirigido precisamente en contra de la identificación del "principio de la mayoría" con el "dominio de la mayoría"; por ello la afirmación de que el principio de la mayoría requiere la existencia de la minoría no es una mera tautología en el sentido de que no puede hablarse de mayoría si no hay minoría. El principio de mayoría requiere la exclusión de algunos temas básicos de la negociación parlamentaria o de la votación ciudadana.

Desde el punto de vista jurídico positivo, la conclusión, también obvia, es que los derechos incluidos en el coto vedado de los intereses universalizables o derechos humanos, no pueden ser objeto de recortes productos de negociaciones parlamentarias. Ellos constituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático-liberal que propicie el Estado social de derecho. GARZÓN VALDÉZ, ERNESTO; "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías" en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 0. I.S.S.N.: 1138-9877 Fecha de publicación: 7 de mayo de 1998.

¹³ KRIELE, MARTÍN "Introducción a la Teoría del Estado", Ediciones Depalma, Buenos Aires 1980.

fundamentales. El Estado constitucional no es una continuación sino la superación del Estado de Derecho.

Así es que, la Constitución no es ya última garantía de estabilidad, sino que se convierte en sí misma en fuente e instrumento de inestabilidad. Ante nuevas situaciones constitucionales materiales, surgen grupos que reclaman e impulsan legislación que acoja sus demandas de intereses particulares.

Las leyes devienen contradictorias como consecuencia del pluralismo social y de un pluralismo de ordenes secundarios que no siempre aceptan una posición de segundo plano. La estabilidad del Derecho, que fue una premisa del positivismo del siglo XIX, está en tela de juicio. Los principios de *generalidad* y *abstracción* de la legislación están en crisis. Las leyes y otras fuentes no constituyen un ordenamiento de por sí, la crisis de la idea del Código es la manifestación más clara de la crisis del principio de legalidad.¹⁴

Nuevas leyes son requeridas para sancionar las nuevas relaciones de fuerza. La legislación expresa un desorden al que sólo puede poner remedio *ex post ipso*. La Constitución cumple ahora el papel de ordenar y estructurar el consenso social y así, mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales.

Para PRIETO SANCHÍS existe una neta separación entre el Estado Constitucional (o Estado de Derecho en el significado actual), y el Estado de Derecho en la forma que se adoptó en la Europa del siglo XIX prolongándose hasta la última Gran Guerra. Hemos visto que en el Estado liberal decimonónico operó un desplazamiento de la supremacía constitucional por la soberanía estatal, de la Constitución por la ley, anulando cualquier fórmula efectiva de control de constitucionalidad. Hoy, la Constitución no ha venido simplemente a ocupar el lugar de la ley, sino a *diseñar un modelo de producción normativo* notablemente más complejo, en el cual, todos los jueces encuentran, no un orden jurídico unívoco, sino *orientaciones de sentido conflictivo* que exigen *ponderación*.

¹⁴ La legitimidad de las decisiones de los poderes políticos estatales están condicionados a la Constitución, no sólo por los vínculos jurídicos formales, en cuanto a la producción normativa, sino también están condicionados por vínculos materiales, que disciplinan el contenido que ha de producirse, porque la producción subconstitucional sólo puede legitimarse mostrando coherencia axiológica con la Ley Fundamental. FERRAJOLI LUIGI; "Derechos y Garantías. La ley del más débil. Trotta Madrid 1999. pp. 20/22

Cabe decir que en las sociedades actuales el pluralismo ideológico ha reemplazado al monismo del Estado liberal de Derecho, y ello tiene su reflejo normativo en la Constitución. Así pues, la Constitución no es sólo una “*super ley*”, sino algo distinto donde podemos encontrar directivas de actuación de sentido contradictorio, entre otras cosas porque su carácter pactista o de consenso ha incorporado aspiraciones de distintas procedencias que, sin embargo, han de convivir y armonizarse.¹⁵

Dice ZAGREBELSKY¹⁶ que el Estado de Derecho en principio, alude a un valor que es el de la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal. La dirección de este Estado es la inversión de la relación entre poder y derecho, que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*. El Estado Constitucional es una versión particular del Estado de Derecho, pero no es aconsejable tomarlo como una continuidad histórica.¹⁷ La fórmula de “Estado de Derecho” fue acuñada originariamente para expresar el “Estado de razón o Estado gobernado según la voluntad general de razón” y orientado sólo a la consecución del mayor “*bien general*”, idea totalmente acorde con el Estado de despotismo ilustrado. Por lo tanto, el calificativo de “Estado de Derecho” se podía aplicar a cualquier situación en la cual se excluyese, en principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese. Se vacía la fórmula desde un punto de vista político-constitucional de funciones y fines del Estado y de la naturaleza de la ley.

Con el Estado liberal de Derecho característico del s.XIX la ley empezaba a concebirse como instrumento que garantizaba los derechos. Significaba a) la supremacía de la ley por sobre la administración, b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de poderes autónomos de la administración incidiendo sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la administración del Estado. “De este modo, el Estado de

¹⁵ PRIETO SANCHÍS, LUIS “Ley, principios, derechos” Editado por Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid. Madrid 1998.

¹⁶ ZALGREBELSKY GUSTAVO; “El Derecho Dúctil”, edit. Trotta Madrid

¹⁷ ZAGREBELSKY, GUSTAVO “El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia” Edit. Trotta 3ª. Edición Madrid 1999, pp.21/22.

Derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración.”¹⁸ A la ley no le era oponible ningún derecho más fuerte, las otras fuentes del derecho se sometían a la ley. La idea del Estado de Derecho apelaba a un soberano que decide en forma unilateral, por lo tanto el Derecho es creado en forma soberana. La idea del derecho natural en el Estado de Derecho tiene su punto de partida en el ideal de justicia positiva.¹⁹ Los procesos históricos relevantes son el caso de Francia, donde la soberanía de la Nación se traduce en la soberanía de la ley, y el de Alemania donde el Estado Soberano personificado por el principio monárquico, se transforma en el principio del Káiser, sostenido y limitado por la representación de las clases.

El principio inglés del “*rule of law and not of men*” no es menos abierto que el principio del Estado de Derecho. Mientras en la Revolución Francesa la ley señala la derrota del absolutismo y el *Ancient Regime*, el *Rule of Law* es la lucha histórica y concreta que el Parlamento inglés había desarrollado y ganado contra el absolutismo regio. La lucha del Parlamento inglés contra el poder absoluto del rey, consistió en oponerle a éste “*privilegios y libertades*”. Pero en este caso se concebía a la ley como uno de los elementos constitutivos de un sistema jurídico complejo, el “*common law*”, nacido de la elaboración judicial, de derecho natural y de derecho positivo, de razón y de legislación, de historia y tradiciones. La dogmática, en esta forma de construcción del derecho, fue concebida como *prudentia*, y no como *scientia*. Los conceptos centrales eran “*circumstances, conveniency, expediency, probability*. La experiencia está condicionada por la situación en un contexto de “*challenge and answer*” y “*trial and error*”²⁰

¹⁸ Ibídem. p. 23.

¹⁹ KRIELE, MARTÍN; Ob.cit. p.147.

²⁰ En la idea del “*Rule of law*” el concepto de derecho se desarrolla dialécticamente conforme a reglas procesales. Los defectos del derecho existente en la medida en que son experimentados por el pueblo, hacen progresar el proceso judicial. El derecho se origina a partir de experiencias sociales concretas; previa constatación de la insuficiencia del derecho existente corroborado por la injusticia en el caso concreto. Comienza cuando alguien del pueblo tiene una experiencia de injusticia, y apela al juez. La función legislativa del Parlamento inglés surge en el S. XVII (previamente tenía funciones judiciales) con la integración del derecho con independencia de los precedentes. El legislador es quien acelera y ordenaba el

1.1.1 ESTADO CONSTITUCIONAL, SOBERANÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Para KRIELE el Estado moderno se halla ante un dilema casi insoluble: por un lado, debe ser más poderoso que todas las fuerzas sociales del país—por ejemplo, empresas y sindicatos—; y por el otro, debe otorgar protección segura al más débil, a la oposición, a los artistas, a los sectarios, a los intelectuales, a las minorías étnicas, etc. Por lo tanto en el Estado Constitucional no hay soberano.²¹ No hay un soberano en el sentido de que no hay un poder, siquiera latente, que tenga las características de ser indiviso, incondicionado, ser última ratio en casos particulares, que pueda violar y crear los derechos. En el Estado Constitucional sólo hay competencias, limitadas por el derecho

proceso de integración del derecho. “El *common law* como derecho judicial precedía a las leyes: el derecho se origina en general como derecho judicial, el poder político canaliza los conflictos de intereses, de poder y de opiniones hacia una controversia regulada procesalmente que desemboca en una decisión obligatoria.”²⁰ El desarrollo del Derecho es un proceso abierto y nunca acabado. KRIELE MARTÍN; Ob cit p 144.

²¹ PIER PAOLO PORTINARO No sólo cuestiona la idea tradicional del Estado de Derecho, sino la relación entre Estado y la política. Dice que SCHMITT ve el problema en la relación Estado y política. Hoy se habla del ocaso del Estado- Nación en el sentido de que este sujeto no aparece mas en grado de controlar los flujos de recurso, las cuatro “I” que fluyen mas allá de sus límites, “industria”, “individuos”, “inversiones”, “informaciones”. El Estado moderno se ha convertido en “unidades de business artificiosas, o directamente inadmisibles, en una economía global. Aparentemente Economía y Estado han consumado su divorcio, por lo que se enfrentan, sin poder institucional realmente capaz de mediación, “naciones sin riqueza” y “riquezas sin naciones”. La teoría del Estado que predomina hoy es la teoría del Estado débil, que ha perdido irremediabilmente su soberanía en medio de la sociedad compleja. El vulnerable concepto de soberanía como monopolio de lo político ha sido sustituido por el modelo poliárquico de mas compleja diferenciación funcional, capaz de coordinar los diversos niveles nacionales (sub supranacionales) Según este diagnóstico el Estado de Derecho orientado hacia la civilización de una sociedad violenta y anárquica, y al Estado social, destinado a civilizar la anárquica del modo de producción capitalista, los habría sucedido el Estado preventivo, orientado hacia la civilización, mediante una infraestructura basada en el saber, de un progreso tecnológico cargado de consecuencias desintegradoras de los equilibrios sociales, de las formas de solidaridad de los mundos vitales. Hoy podemos hablar del Estado Criminal, la extensión del Estado causa la proliferación de las leyes, la proliferación de las leyes causa la multiplicación de los ilícitos, reales o potenciales; la multiplicación de los ilícitos causa, finalmente, primero la difusión y luego la banalización de los crímenes. Tal vez por haber sido inflado elefantiásicamente, el Estado contemporáneo tarda tanto en agotarse. “Proveedor de trabajo, benefactor, cliente, comitente, empresario, accionista, socio oculto, banquero, extorsionador, chantajista, cómplice. PIER PAOLO PORTINARO: “Estado. Léxico de la Política”, Nueva Visión Buenos Aires 2003 pp. 24/27.

constitucional preexistente. El poder estatal está distribuido entre los órganos, y todo órgano sólo tiene aquel poder jurídico que le ha sido asignado por el orden constitucional. Sólo donde no hay soberano puede haber derechos humanos como *derechos*. Los derechos humanos ponen condiciones y límites a aquel que tiene la competencia de crear y modificar el Derecho y niegan el poder de violar el Derecho. Entonces los derechos sólo tienen efecto frente a otros derechos, los derechos humanos sólo frente a un poder jurídico, esto es, frente a competencias cuyo origen jurídico y cuyo status jurídico sean respetados por el titular de competencias.²²

Un Estado Constitucional Parlamentario sólo es estable cuando sus instituciones han penetrado en la vida, cuando sus ciudadanos no lo combaten por razones de principio; concretamente, cuando están dispuestos a correr el riesgo de pasar períodos en la oposición antes de destruir el sistema constitucional con todas sus garantías jurídicas de libertades. Esta no es una cuestión que pueda ser resuelta mediante apelaciones a la moral; es una cuestión de comprensión de las conexiones tan complejas que requieren mediación en virtud de la tradición.

Decíamos mas arriba, que para ZAGREBELSKY el Estado Constitucional no es una superación del Estado de Derecho decimonónico sino que representa una profunda transformación afectando incluso la concepción del Derecho.²³ Las Constituciones modernas han dado lugar a una serie de principios y valores que son contradictorios, entonces “la coexistencia de valores y principios, sobre los que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental).²⁴ Principios y valores que ya no cumplen la función de cubrir

²² KRIELE MARTÍN Ob cit pp. 140,141,157,159

²³ ZAGREBELSKY, GUSTAVO Ob cit. pp. 39/40

²⁴ GIOVANNI SARTORI en Teoría de la Democracia dice que de los tres niveles que tiene el consenso 1) el consenso básico sobre los valores en la sociedad política consenso que facilita la democracia 2) consenso procedimental y 3) el consenso sobre la acción política y los gobiernos; el que es SARTORI, GIOVANNI:

lagunas sino que se aplican siempre. Anteriormente se decía que los principios cumplían una función de orientación política, pero esto se deja de lado cuando se le reconoce valor normativo a la Constitución. No es ella un mero catálogo de principios, sus preceptos son alegables ante los tribunales.²⁵ La Constitución se convierte en un límite para el legislador quién deberá en todo momento hacer que su producción sea cónsona con las exigencias constitucionales. El Estado no es el único origen del Derecho, la ley no tiene plena soberanía. Según opinión de GASCÓN ABELLÁN, la Constitución deja de ser la norma que está por encima del legislador y los jueces, y se convierte en política y decisión judicial. Justo lo contrario del sentido kelseniano de la Constitución, que es necesariamente normativo, aunque formal. La idea de Derecho como sistema, como orden lógico de normas unitario y carente de contradicciones se ve también afectado por la multiplicidad de fuentes normativas, es necesario pues el rol de la Constitución como punto de partida y de llegada de varias concepciones de justicia, que deben coexistir armónicamente en forma unitaria.”²⁶

¿Quién y cómo garantiza el cumplimiento de los principios y de las reglas estipulados en la Constitución?. Deben existir garantías que aseguren su cumplimiento. La verdadera eficacia de la Constitución depende de la planificación de sus propias

“Teoría de la democracia 1” .El Debate contemporáneo, Rei argentina, Buenos Aires,1998 pp. 122,123, 124,125,126. En el mismo sentido que Sartori, BERNARD CRICK sostiene como fundamental el consenso procedimental. “El consenso no es un aglutinador espiritual sistemático, externo o intangible, un adhesivo metafísico ni algo misteriosamente previo a la política o por encima de ella; es la actividad política en sí misma”. “Donde sí parece necesario un consenso sistemático y articulado es en la autocracia. Un gobierno cuya legitimidad no se basa en la adhesión pública a los métodos, los medios, los procedimientos y la participación necesita difundir un mito de consenso único, verdadero y esencial, algo así como una causa “causa y finalidad” teleológica de la sociedad.” Crick advierte sin embargo que no objeta la consideración de que el consenso consista en un alto grado de concordancia de valores sociales, pero que de ser así probablemente sea un producto de la política y no una condición de sus existencia. CRICK, BERNARD; “En defensa de la política” Kriterion Tusquets, Barcelona, 2001. pp. 199/200.

²⁵ Tal contenido sustancial se apoya en un *sistema de valores y de principios* que, con constancia implícita o subyacente, alimenta el contenido íntegro de la Constitución. En este sentido el Tribunal Constitucional de España en su STC N9 del 31 de marzo de 1981 definió a la constitución española como norma cualitativamente distinta que incorpora el sistema de valores esenciales

²⁶ MACK ADRIANA Y LOLYMAR HERNÁNDEZ; “Derecho y Principios. El Principio de Igualdad en la Constitución Española”, en Revista Tachirensis de Derecho Universidad Católica del Táchira San Cristóbal, Venezuela. N° 13 enero –diciembre 2001. pp. 192-193

garantías.²⁷ Para KRIELE²⁸ el Estado Constitucional Democrático crea las situaciones reales relativamente más favorables para la paz, la libertad y la justicia; constituyéndose estos principios en la base de la legitimidad de este tipo de Estado. Por lo tanto el control del poder en todas sus manifestaciones, forma parte de este tipo de Estado, “...el control que se ejerce sobre los detentadores del poder es una cuestión central de los respectivos valores socio-políticos, o ideológicos bajo cuyo dominio se encuentra cualquier comunidad estatal. La existencia o ausencia de dichos controles, su eficacia y estabilidad, así como su ámbito de intensidad, caracterizan cada sistema político en particular, y permiten diferenciar un sistema político de otro. Así pues, sólo el análisis de los mecanismos de vigilancia y control del poder, conducen a la comprensión del proceso político.”²⁹

Así, en el Estado Constitucional la relación entre política y administración representa para el control un *problema de gobierno*,³⁰ porque a diferencia del Estado liberal decimonónico, no sólo debe garantizar la separación de los poderes, y la sumisión

²⁷ “La afirmación de que la Constitución es una norma jurídica-y no meramente programática-constituye un avance formidable en el proceso de dignificación de la constitución que, entre nosotros, deben superar no ya sólo la crisis general del liberalismo decimonónico, sino su derrumbamiento durante las dictaduras del SXX, (fenómeno al cual nuestro país no es ajeno) en que se degradaron política y jurídicamente a simple declaraciones de principios formales, que no podían legitimarse, ni por su origen ni por sus efectos. El salto que ahora se da, desde un repertorio de principios programáticos y retóricos a una norma jurídica es, en consecuencia irrenunciable. NIETO ALEJANDRO; “Peculiaridades Jurídicas de las Norma constitucional” Revista de Administración Pública, Ns. 100-102. Centro de Estudios Políticos Constitucionales Madrid.

²⁸ MARTÍN KRIELE considera que para abordar un objeto de estudio tal el Estado, las posiciones descriptivas que responden a la pregunta ¿cómo es? y las posiciones prescriptivas que responden a la pregunta ¿cómo debe ser?, no logran comprender los fenómenos en su plenitud. Más bien hay que, como SAVIGNY lo ha enseñado, perseguir la evolución de las instituciones hasta su raíz histórica. Este tipo de análisis es importante porque nos lleva a darnos cuenta de que el Estado Constitucional-Democrático puede –a pesar de sus debilidades- solucionar a la larga los problemas esenciales mejor que cualquier otro tipo de Estado y del por qué de este hecho. KRIELE, MARTÍN “Introducción a la Teoría del Estado” Depalma Buenos Aires 1980. pp 2- 3 6- 8.

²⁹LOWENSTEIN, KARL; “Teoría de la Constitución”. Ediciones Ariel Barcelona, 1.970 segunda edic. pp. 29 y 30.

³⁰ RIGHETTINI MARÍA STELLA, “Elementi di scienza dell’ amministrazione” Edizioni Lavoro Roma, 1997. p 49

de los poderes fácticos a las normas jurídicas, sino además, este Estado debe garantizar el *alcance de los objetivos*, así como *distribuir la responsabilidad* y los *recursos* entre los diferentes actores en el ámbito de los procesos de la toma de las decisiones públicas.

Para PAREJO ALFONSO, estas nuevas exigencias que enfrenta el Estado globalmente considerado trascienden perfectamente a la Administración como instrumento primario de configuración e integración social, constituyéndose un problema político. Coincidiendo con FABER, el autor citado, dice que el marco de la acción administrativa no está ya constituido por la ordenación ni la coacción, ni por las prestaciones ni la suma de éstas, sino más bien por el perfil del conjunto de dichas prestaciones como sistema integrado y la utilidad social del mismo, y ello como resultado de una *evolución* que desde la *coacción* (la administración autoritaria) conduce, a través del *consenso* (la administración prestacional) *hacia la planificación* y la *previsión la organización*, la coordinación y la ponderación, priorización y armonización de necesidades, intereses y objetivos (la administración infraestructural). (Infrastrukturverwaltung). Semejante cambio en la actividad administrativa es la consecuencia lógica de la transformación experimentada por funciones y tareas, así como la estructura del poder público. El anterior modelo de unidad entre Estado y administración (construido sobre la base de la jerarquía como técnica fundamental) se ve yuxtapuesto con un nuevo modelo que se construye basándose en la descentralización, la autonomización, los círculos territoriales de intereses, bajo una gran diversidad de regímenes.³¹

Podemos concluir con este punto afirmando que la democracia es ante todo control, como decía KELSEN si la democracia en el SXX quiere ser de verdad la forma de organización política de una sociedad pluralista, no puede ceñirse exclusivamente a controles de tipos exclusivamente políticos, del Parlamento sobre el Gobierno, sino que tiene que generar otros mecanismos de control.³² “La virtualidad de la Constitución depende de los poderes públicos, del sistema de controles y por supuesto de todos los ciudadanos. La Constitución es un canal abierto, es un diálogo, es un cauce de debate, desde el pluralismo y la

³¹ PAREJO; ALFONSO LUCIANO; “Crisis y renovación en el Derecho Público” en Cuadernos y Debate. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991. pp. 23/24

³² PÉREZ ROYO JAVIER, “El Tribunal de Cuentas en la Constitución y en el Proyecto de Ley Reguladora del mismo.” “El Tribunal de Cuentas en España Vol II Instituto de Estudios Fiscales Madrid 1982. p 1147.

diversidad, es como BERNARD CRICK nos dice del sistema político de gobierno: la actividad pública de hombres libres que tratan de conciliar en la medida de lo posible los intereses divergentes en la sociedad.”³³

1.1.2 EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO DE LA DIVISIÓN DE PODERES

La autoridad del Estado moderno descansa, en la autoridad del derecho (la autoridad racional, legal), por lo tanto el sometimiento del poder y de la actividad estatal al control jurídico tanto en lo que respecta a sus poderes, como al ejercicio de sus funciones. En este contexto, la teoría de la división de poderes se presenta como un sistema de limitaciones a la arbitrariedad estatal.

La existencia de un régimen de división o separación de poderes se convierte en una exigencia ineludible de ese tipo de Estado, como postulado político es el resultado histórico de la lucha contra el absolutismo de los reyes en nombre de los derechos del pueblo, apareciendo así la idea de control y de limitación del poder estatal. Los tres poderes limitándose recíprocamente constituyen una garantía frente al absolutismo y la dictadura. Resulta entonces, que la separación de poderes lo que quiere evitar es la concentración del mismo en manos sobre todo del titular del Poder Ejecutivo, a fin de lograr el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos que representados democráticamente constituyen el Poder Legislativo. Al respecto KELSEN decía: “...la función histórica del principio de la separación de poderes, nace en la víspera de la gran Revolución democrática, en una época en la que el pueblo comenzaba a ganar terreno visiblemente contra el poder ilimitado del monarca, y en que la masa de súbditos reclama cada vez más enérgicamente una participación en la legislación, entonces fue concedida ésta, es decir, la creación de normas generales.”³⁴

Esta cuestión se vincula con lo que podríamos denominar el “*motor*” principal de los sistemas representativos actualmente conocidos: el esquema de “*equilibrio de poderes*” o –como se lo denominó en Estados Unidos- de “*frenos y contrapesos.*” De acuerdo con el modelo norteamericano las distintas ramas del poder no deben estar

³³ DELANNOY S y MACK A; “El Derecho de Emergencia como puerta de salida de la Constitución” en Libro de Ponencias de las XIX Jornadas de Derecho Civil, Tomo II, Universidad Católica Argentina y Universidad Nacional de Rosario. Rosario 2003 p 487.

³⁴ KELSEN, HANS; “Teoría General del Estado”. Editora Nacional- México, 1965. pag 337.

rígidamente separadas entre sí. Por el contrario, ellas deben estar vinculadas, unas con otras, y sus funciones parcialmente superpuestas. La idea que anima a esta propuesta es la de impedir los excesos o abusos de un poder sobre el otro, garantizando a cada uno de ellos un “poder defensivo,” que les permita poner límite a los posibles (y previsibles) “avances” de los restantes órganos de poder. Así se creó, por ejemplo, la institución del “*veto presidencial;*” se le facilitó al Congreso una capacidad de “*insistencia*” sobre los vetos del Ejecutivo;” se dividió al Poder Legislativo en dos (otorgándosele a cada Cámara la facultad de “*resistir*” las iniciativas de su par); se les dio a los jueces la facultad de controlar la *constitucionalidad de las leyes;* y se previeron mecanismos cruzados de “*juicio político.*”³⁵

Para GARGARELLA, el sistema de “*mutuos controles*” acompañaba al presupuesto según el cual el sistema político “*incorporaba*” a toda la sociedad. Recién cuando combinamos ambos elementos podemos conocer el propósito básico de esta maquinaria institucional. La idea era la siguiente: dado que los sectores “mayoritario” y “minoritario” de la sociedad tenían asegurado un lugar institucional propio, luego, facilitando los “*mutuos controles*” se forzaba a cada grupo a negociar sus iniciativas con el grupo opuesto. El sistema de “*equilibrios de poder*” contribuía así al “*equilibrio*” social. Ningún grupo tenía la posibilidad de imponer, simplemente, su voluntad sobre el contrario. Para NINO³⁶ la concepción pluralista de la democracia (adoptada por el modelo norteamericana) valora el hecho de que en un sistema democrático nadie está autorizado a hablar por todo el pueblo. Según ALEXANDER HAMILTON, (citado por GARGARELLA), sostenía que las nuevas instituciones permitían que la “mayoría” quedase en control del poder político, entonces la mayoría oprimiría irremediabilmente a la “minoría” pero -del mismo modo- si las instituciones facilitaban las riendas del poder al grupo minoritario, entonces éste también, inevitablemente, oprimiría al grupo opositor. La conclusión a la que llegaba HAMILTON, a partir de tales criterios, parecía obvia: a partir de previsiones

³⁵ GARGARELLA, ROBERTO, “Sobre Los Déficits Del Sistema De “Frenos Y Contrapesos”. Ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Ciencias Políticas de la Sociedad Argentina de Análisis Político (SAAP). Universidad Nacional de Rosario. Noviembre de 2003. pp. 10 a 12.

³⁶ NINO CARLOS SANTIAGO; “El hiper- presidencialismo Argentino y las concepciones de la democracia, en El presidencialismo puesto a prueba,” edit Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 1992 p 37.

como las señaladas, se tornaba necesario darle poder institucional a ambos sectores sociales (y no sólo a uno de ellos) para así evitar este riesgo de las opresiones mutuas.³⁷

Ese riesgo calculado y evitado mediante el diseño de la división de poderes consiste esencialmente no sólo en distinguir *las distintas funciones* del Estado y en *atribuir* cada función a un órgano, sino, además, *en limitar* el poder para que su abuso no ponga en peligro la libertad. Desde que MONTESQUIEU formuló su teoría según la cual, es necesario disponer las cosas de tal manera que el poder frene al poder, si el Poder Legislativo no puede por sí mismo ejecutar tiene, sin embargo, el derecho, y debe tener la facultad de examinar como son cumplidas las leyes que ha promulgado.

Según KRIELE “el asegurar institucionalmente los derechos humanos supone un *sistema constitucional de división de poderes*. Los derechos humanos ya no son, en primer lugar, una fórmula que un soberano puede revocar en cualquier momento, sino una parte constitutiva de un sistema constitucional, que pone límites a quien detenta el poder. En segundo lugar, estos derechos son formulados de tal manera en cuanto su contenido, que autorizan no solamente apelar al soberano, sino a la oposición. En tercer lugar, están estructurados por la ley constitucional y por la interpretación judicial de tal manera que confieren cierta certeza que dan valor y seguridad a quienes hacen uso de ellos. En cuarto lugar, su respeto es controlado judicialmente, lo cual supone que los jueces son independientes personal y materialmente y, además, se sienten obligados a respetar los derechos humanos por el *ethos* de su función, lo cual, a su vez, supone la existencia de cierta tradición y estabilidad de la cultura jurídica dentro del sistema constitucional. En resumen, los derechos y el Estado Constitucional se condicionan mutuamente.”³⁸

El Estado Constitucional es en sí mismo un Estado controlado, desde dentro por sus propios órganos en una recíproca interacción, y desde fuera, por la comunidad gobernada. Hemos de considerar que el Estado de Derecho ha debido de responder en la práctica a nuevas demandas generadas por la realidad, que lo han obligado a asumir además de las tradicionales actividades de dirección y ordenación, las de prestación de servicios públicos e intervención económica. Como consecuencia de estas nuevas

³⁷Ob Cit “Los déficit...”

³⁸ KRIELE MARTIN; “Introducción a la Teoría del Estado- Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático”. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1980, pp. 158,159.

prestaciones y funciones, el principio de separación de poderes se ha “*flexibilizado*”. Los límites que los separaban tradicionalmente se han desdibujado como resultado, valga la paradoja, de la recepción de herramientas destinados a tornar más eficaz el control y funcionamiento de la Administración pública. El Estado Constitucional sometido a una inercia evolutiva se ve obligado a asumir nuevas formas de organización, exigiendo una mayor idoneidad a la Administración Pública, ya que por sus características, ésta es la más adecuada para la decisión y acción en contextos sociales complejos y cambiantes. Así, el principio de separación de poderes no debe entenderse en forma absoluta y rígida como si las diferentes funciones y poderes de un mismo Estado constituyesen compartimentos aislados, no se trata propiamente de una rígida separación, sino mas bien de una distribución o división de poderes y funciones, necesitada de una serie de relaciones, controles e intervenciones mutuas y recíprocas. En este tipo de Estado sólo hay competencias, limitadas por el Derecho Constitucional preexistente, el poder estatal se distribuye entre órganos constitucionales que tienen diversas competencias asignadas por la Constitución.

En los sistemas Parlamentarios los medios de control político de los que disponen las Cámaras son fáciles de identificar. El gobierno se encuentra, al menos formalmente, en una posición de subordinación que tiene su origen en deber su propia formación a la voluntad de la Asamblea. Ésta puede, además, hacer efectiva la responsabilidad del Ejecutivo utilizando tanto los medios ordinarios de control, (preguntas e interpelaciones) como los extraordinarios (moción de censura y cuestión de confianza) teniendo estos últimos la contundente consecuencia de obligar al Gobierno a presentar la dimisión.

Ahora bien; en nuestro sistema es significativo señalar que, el Poder Ejecutivo guarda una independencia bastante amplia respecto del Congreso, no obstante los denominados “*frenos y contrapesos*” (*checks and balances*), permiten un relativo control recíproco entre los tres poderes.³⁹ “Ello se ve facilitado por la injerencia expresa que tiene

³⁹ El presidencialismo en nuestro país, al igual que en la mayoría de los países latinoamericanos, a diferencia del modelo estadounidense, ha evolucionado en su dinámica institucional hacia una concentración enorme de poder en manos del presidente....Hecho que no sólo no ha redundado en una mayor eficacia en el ejercicio del gobierno, sino que se ha manifestado como un escollo para asegurar la continuidad constitucional, originándose desde los mismos poderes democráticos pautas autoritarias. Esta dinámica de construcción del poder ha favorecido, sin duda, la consolidación de un sistema de gestión autoritaria del mismo. Frente a esta construcción, “el problema del Estado de Derecho, es ni mas ni menos, que un

cada uno de los tres poderes en la órbita de los dos restantes, la que obra como un control *extraórgano*.⁴⁰ Pero, por otra parte no se nos escapa que estos controles recíprocos son muy tenues, en la práctica muy rara vez se plantean conflictos. La hegemonía cada vez mayor del Poder Ejecutivo es evidente, ciertamente esto ha generado la existencia de grandes espacios sin regulación ni control. “En nuestra opinión, la Argentina se encuentra todavía muy lejos de constituir un Estado Constitucional, en gran parte es manifiesto por la profusión de legislación de emergencia. Esta legislación en el ámbito federal y también en el provincial se ha convertido en permanente. La utilización de legislación de emergencias sucesivas, tal como lo dice VANOSI, ha terminado desgastándola haciendo necesaria una nueva excepción para corregir los problemas que la excepción anterior no ha solucionado y los nuevos problemas que ha ocasionado; la excepción se ha convertido en lo normal.”⁴¹

Esta situación, combinado con la relevancia creciente que adquiere la Administración en la toma de decisiones sobre recursos escasos, en las épocas de crisis, ha facilitado condiciones para la corrupción. Cabe agregar, la hegemonía del Ejecutivo adoptó modelos de privatización que permitieron la imposición de los intereses

problema de límites, es decir, de grado de extensión de garantías de efectividad de ese control (se refiere al control jurisdiccional de la administración), comprobado a través de la existencia de los adecuados mecanismos e instituciones. Por mucho que hoy necesite ampliarse el poder del Ejecutivo con intervención, incluso realmente decisiva, en la función legisladora, continua siendo cierto que sin un control legislativo y jurisdiccional de aquel nos situamos ya fuera del Estado de Derecho, en la zona del Estado absoluto, autoritario y totalitario. Estado cuyo ejecutivo maneja -con ciertas diferencias de intensidad y exclusivismo en cada una de esas tres mencionadas formas- un poder ilimitado e incontrolado jurídicamente. SABSAY, DANIEL A Y ONAINDIA, JOSE M. “La Constitución de los Argentinos- Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994”. ERREPAR, Buenos Aires 1994. p. 181.

⁴⁰ RIZ LILIANA DE Y SABSAY, DANIEL A Y ONAINDIA, JOSE M; “Perspectivas de modificar el sistema Presidencialista en Argentina. Universidad de Heidelberg – CEDES, Buenos Aires, 1989 p 7

⁴¹ Si analizamos la emergencia con el modelo teórico de CARL SCHMITT, diríamos que la emergencia es todavía el *orden*, el último componente del orden jurídico que está en condiciones de recrearlo o de crear otro distinto, y se hace autónomo y absoluto: la *decisión*. El principio del orden, en la excepcionalidad, se transfiere de la norma a la decisión. Allí aparece sin máscara el *soberano*. La decisión, pues, es el acto creador o recreador de un orden. El intento positivista de eliminar todo elemento personal y referir el orden jurídico a la validez de una norma impersonal, según Schmitt, fracasa. Advierte que siempre se requiere la interposición de un sujeto jurídico con autoridad para poner en acto la norma. DELANNOY S. MACK A; Ob cit. pp478, 479.

sectoriales, asimismo la Administración se reformó adoptando modelos de gestión provenientes del sector privado.

La Reforma Constitucional de 1994, ha introducido órganos que no responden a la división clásica de poderes, adoptando supuestamente, un sistema de mayor colaboración y control entre los poderes, tomando órganos o mecanismos del sistema Parlamentario que en teoría facilita y mejoran la comunicación y cooperación entre los diferentes órganos. Así, la Reforma Constitucional ha creado dos órganos dentro de la sección correspondiente al poder Legislativo- la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo -; otro en el Poder Ejecutivo- el Jefe de Gabinete -; y, dentro del Poder Judicial, -el Consejo de la Magistratura. Y por último en una nueva sección, ha regulado al Ministerio Público.

Estas instituciones en principio están vinculadas con el tema del control, ya que las transformaciones operadas en la estructura del Estado, y fundamentalmente en la Administración, obligan a una adecuación del sistema de control, mediante la *revitalización y modernización de los controles políticos, sociales y técnicos*. A los sistemas tradicionales de *control*, que fueron diseñados para controlar el exceso de poder, se introducen aquellos que tienen en cuenta la lógica de los resultados, mediante la evaluación *a posteriori* del desempeño de las políticas, con el objeto de contribuir al mejoramiento de la eficacia, la eficiencia y la efectividad gubernamental.

El sistema de control establecido hasta el momento de la Reforma es reemplazado por otro, dirigido no a la corrección de la “*única*” solución legítima sino a la observancia por parte de la Administración del marco programático de su actuación, vale decir, que además de la observancia de la adecuación de la actividad administrativa con los fines legales, y de formalidad consistente en la garantía general de objetividad, se hace necesario la implementación de otro tipo de control, como el control interno y externo de la administración de acuerdo con los criterios de eficacia y de resultado. Así también el fortalecimiento del control parlamentario desde la perspectiva del examen de resultado, y por último no cabe duda de la intervención ciudadana, articulada orgánicamente a través de instituciones como la del Defensor del Pueblo.

Pero, como lo dijéramos, el Estado moderno no sólo distribuye el poder sobre la base de principios políticos, sino también sobre la base de la especialización de las

funciones, encomendando distintas atribuciones a poderes diferentes y cada uno de ellos, las ejerce basándose en criterios de competencia exclusiva, previamente asignadas. Cada uno de los poderes tiene su propia esfera de acción, pero no están enteramente separados porque se combinan y se complementan entre sí. Sus facultades derivan directamente de la Constitución, y en su ejercicio de la ley; y ambas, han establecido poderes estrictamente jurisdiccionales; pero, el cumplimiento de sus funciones necesitan, en muchos casos, uno del otro. Vale decir, se ven obligados a cooperar en la formación de la voluntad estatal.

Tanto en el sistema Presidencialista como en el Parlamentario las Cámaras disponen de un instrumento formidable de control: *la aprobación del Presupuesto*. El control político que supone la aprobación del presupuesto, continúa existiendo aún en el supuesto de que el partido en el Gobierno también domine el Legislativo por tener la mayoría necesaria. En este caso, el debate presupuestario constituye la mejor ocasión para someter a crítica pública la política del Ejecutivo. Así, al menos en principio, las objeciones de la oposición no se dirigen a modificar las previsiones del Gobierno, sino que tiene como principal destinatario a la *opinión pública*. El control no pretende hacer efectiva una responsabilidad política concreta, inmediata, sino una “*responsabilidad política difusa*”. También en el debate presupuestario la fuerza del control parlamentario descansa más que en la sanción directa, en la indirecta; más que en la obstaculización inmediata en la capacidad de crear o fomentar obstaculizaciones futuras, más que en derrocar al gobierno, en desgastarle o en contribuir a su remoción por el cuerpo electoral.

Podemos afirmar que la actividad administrativa destinada a la obtención y aplicación de los recursos públicos se somete a todo el ordenamiento jurídico. En consecuencia el principio de legalidad configura la propia naturaleza del presupuesto, porque en cuanto ley, una vez que ha entrado en vigor habilita y vincula al Ejecutivo para la realización del gasto. El presupuesto tiene una vertiente de naturaleza económica, porque constituye el plan de actuación financiera de la Hacienda Pública para un ejercicio determinado, pero, además y sobre todo, el presupuesto es un conjunto normativo porque los entes públicos como integrantes de la Administración deben ajustar su actuación en todos los órdenes a la legalidad que ha de imperar en un Estado de Derecho.

Desde este punto de vista, los tradicionales principios jurídicos que inspiran la elaboración del presupuesto constituyen una manifestación de la supremacía del Poder Legislativo y de la Ley con relación al Ejecutivo. En principio mediante el presupuesto

el Parlamento puede imponer al Ejecutivo cuanto podrá gastar, donde deberá hacerlo y en cuanto tiempo.

1.1.3 PRINCIPIO DE SOBERANÍA POPULAR

La intervención del Parlamento en el Presupuesto, es ante todo, una exigencia del Principio de *soberanía popular*. Cuando las Cámaras aprueban la Ley de Presupuestos, actúan como un órgano que expresa una sola voluntad, que se atribuye a todo el conjunto del cuerpo electoral.

Esta transformación obliga a considerar que el Parlamento no sólo actúa como órgano sino también como institución. Durante el debate presupuestario, el poder no lo desempeña la mayoría sino todos los elementos que se integran en las Asambleas, porque las Asambleas actúan en representación de toda la sociedad. Es entonces cuando los distintos grupos presentes en las Cámaras tienen la oportunidad de expresar ante el electorado la variedad de las opiniones existentes en la sociedad acerca de los medios puestos a disposición del Ejecutivo y sobre la forma en que éste debe distribuirlos. Pero si se entiende al presupuesto sólo como un acto de ordenación de conductas, se pierde un aspecto esencial que es el considerarlo como un acto de control del Parlamento sobre el Gobierno, ya que, “...como punto de cierre del ciclo presupuestario, el Parlamento controla que la ejecución efectiva del Presupuesto se ha llevado a cabo en la forma determinada en el acto normativo de previsión y autorización, garantizándose de ese modo, que los recursos que se han obtenido coactivamente de los particulares sean empleados adecuadamente, en atenciones y conforme a los criterios adoptados por el órgano de representación de la Soberanía Nacional.”⁴²

1.1.4 LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Hablamos de *unidad del ordenamiento jurídico* del Estado, aún cuando -como en el caso de nuestra Constitución- existan ordenamientos parciales de naturaleza estatal, como las provincias, o cuando existen descentralizaciones de tipo federo-regional o de tipo municipal etc.; u ordenamientos particulares, como los propios de toda trama de una

⁴² LA FUENTE DE LA CALLE, MARÍA J DE; “Los límites constitucionales del ámbito de la leyes de presupuestos. Estudios doctrinales y jurisprudencia:” Tribunal de Cuentas de España, Madrid 1996, p 70.

sociedad organizacional.⁴³ Entonces, la unidad de esta pluralidad viene dada por una *unidad de sentido* que es precisamente la Constitución. “La fuerza normativa de la Constitución abarca, pues desde la unidad de la misma Constitución, como unidad de sentido, a todo el complejo de normas que componen la Constitución, sin que sea viable dividir o romper aquella unidad para destituir de su fuerza normativa al *contenido sustancial* que forman los valores, los principios y los derechos”.⁴⁴

En nuestro ordenamiento jurídico la Supremacía de la Constitución está expresamente incorporada por el artículo 31 de la CN,⁴⁵ esto significa que la Constitución se instaura a la vez, en punto de partida y meta de todo el ordenamiento jurídico, “la Supremacía de la Constitución es una consecuencia lógica del principio de subordinación al Derecho que impera dentro de la organización política; por eso, las normas que integran la Constitución son normas fundamentales y necesarias para la existencia del Estado y de su orden jurídico. La Supremacía es otorgada a la Constitución y no a los Gobernantes, por lo que el Gobierno es atribuido a la ley y no a los hombres.”⁴⁶

Hasta aquí, existe consenso absoluto respecto de considerar a la Constitución como norma suprema, el problema se presenta, en lo relativo a la verificación de que ello

⁴³ **Artículo 1º.** La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana federal, según lo establece la presente Constitución.

Artículo 5º. Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones, el gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Artículo 123. Cada provincia dictará su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

⁴⁴ BIDART CAMPOS; G; “El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”. EDIAR, Buenos Aires 1995 p .85 y 86.

⁴⁵ “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas; no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859. Art. 31 de la CN.

⁴⁶ FAYT pag 116

se cumpla, para lo cual se deben escoger los medios adecuados, entonces el dilema radica en cómo hacer para que la supremacía constitucional quede garantizada y que la Constitución no se convierta en una mera declaración de deseos.

Para que esto no ocurra, pensamos que el Control en todas sus manifestaciones se debe constituir en una herramienta básica del Estado Constitucional, ya que éste implica la sumisión de todos los poderes del Estado a la Constitución. Indudablemente la eficacia y la existencia del control dependen en gran medida de los alcances reales de las exigencias de legalidad y previsibilidad que conforman el valor de la “*seguridad jurídica*”.

Por otra parte es relevante aclarar, que el llamado “*principio de legalidad*” y el de “*supremacía de la Constitución*” no tienen el mismo significado, ya que el primero, significa que la autoridad pública está sometida al ordenamiento jurídico; que no existen poderes ilimitadamente discrecionales. En cuanto al segundo supone que dentro de ese ordenamiento jurídico existe un orden de prelación de las leyes. No obstante las diferencias, y que resulta evidente que ambos conceptos son diferentes, no podemos negar que están íntimamente relacionados, ya que, el primero no puede darse sin el segundo, porque de nada vale que se proclame el “*imperio de la ley*” si el gobierno puede hacer la ley a su antojo y capricho. Por lo tanto, como la necesidad de mantener ambos principios ha engendrado lo que podemos denominar el control de constitucionalidad.⁴⁷

1.1.5 PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

Hay reserva de ley cuando el precepto constitucional exige que sea la ley la que regula una determinada materia. En tal caso la materia reservada queda sustraída por imperativo constitucional a toda norma distintas de la ley, lo que significa también que el legislador *ha de establecer por si mismo la regulación* y no puede remitir a otras normas distintas, en concreto al reglamento. En el campo de la reserva no cabe más regulación

⁴⁷ BIANCHI, BIANCHI, ALBERTO; “Control de Constitucionalidad” “ El proceso y las jurisdicciones constitucionales”. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires 1992. Ob cit p 29,30.

que la establecida, en una ley, y el reglamento sólo podrá producirse para completar ésta en cuestiones de detalle que no añadan nada a la normativa legalmente establecida.”⁴⁸

El concepto clásico de reserva de ley, que aún proporciona su impronta a la institución, presupone el dualismo Estado y sociedad; y descansa en la imagen de la Administración interventora y sirve a la protección frente a ésta del espacio de autonomía de la sociedad (libertad y propiedad) y desconoce tal concepto la Administración prestacional y de fomento cuyo desarrollo se ha producido al margen de las exigencias teóricas de la habilitación y coberturas legales, mediante el uso de la técnica presupuestaria.

“La ley, especialmente la reserva de Ley, contienen los ingredientes de garantía respecto de los derechos de las personas y otros valores socialmente vigentes que se aseguran y se refuerzan en la medida en que solemnemente el órgano que representa la voluntad de la comunidad puede limitar o desarrollar respectivamente. Pues supone un límite a la intervención del Ejecutivo, que sólo y en la medida en que dispusiere de autorización expresa del Parlamento podría invadir ciertas esferas o asumir determinadas competencias”.⁴⁹

El presupuesto es reserva de la ley, en cuanto se constituye en una autorización del Legislativo, al Ejecutivo para disponer del gasto público. Este es el sistema vigente en casi todos los ordenamientos. Pero es conveniente aclarar, que atribuir al Poder Ejecutivo la elaboración y la presentación del proyecto de ley de presupuestos no supone en absoluto una quiebra de la reserva de ley. En efecto, las Cámaras conservan siempre la facultad de examinar los presupuestos, enmendarlos y, como antes se pudo poner de relieve, aprobarlos o rechazarlos.

⁴⁸ OTTO, IGNACIO DE; “Derecho Constitucional –Sistema de fuentes”, Editorial Ariel SA, reimpresión 1999, pp. 151-152.

⁴⁹ *Ibidem* p 88.

1.1.6 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

“La palabra legalidad no designa aquí a la ley, sino a todas las normas incluidos los reglamentos, a lo que se denomina el “*bloque de legalidad*” y por ello el principio de legalidad así entendido se denomina también *principio de juridicidad*”.⁵⁰

Hemos dicho que la actividad administrativa destinada a la obtención y aplicación de los recursos públicos se somete a todo el ordenamiento jurídico, el principio de legalidad configura la propia naturaleza del presupuesto porque, en cuanto ley, y una vez que ha entrado en vigor, habilita y vincula al Ejecutivo para la realización del gasto.

Acerca de este extremo conviene recordar que el presupuesto tiene una vertiente de naturaleza económica, porque constituye el plan de actuación financiera de la Hacienda Pública para un ejercicio determinado, pero sobre todo el presupuesto, es un conjunto normativo porque los entes públicos como integrantes de la Administración deben ajustar su actuación en todos los órdenes a la legalidad que ha de imperar en un Estado de Derecho.

Desde este punto de vista, los tradicionales principios jurídicos que inspiran la elaboración del presupuesto constituyen una manifestación de la supremacía del Parlamento y de la Ley con relación al Ejecutivo. Esto es así, porque mediante el presupuesto el Parlamento impone al Ejecutivo cuanto podrá gastar, donde deberá hacerlo, y en cuanto tiempo.

Siguiendo a PAREJO creemos necesario considerar que, hoy la administración completamente programada sobre la base del principio de legalidad y de reserva de la actividad administrativa, ha sufrido una gran transformación, ya que se estaría en camino de la conformación, de un sistema policéntrico de producción, definición y realización del derecho. La propia programación de la administración sobre la base de la ley, se ha transformado al sufrir la ley misma una transformación significativa, la que no sólo consiste en la pérdida de las notas clásicas de *generalidad* y *abstracción*, sino también, por el cambio en el contenido mismo del mandato legal. La ley deja de responder al *esquema mandato general-deber* de obediencia de los ciudadanos, para establecer *simples apoderamientos, encomiendas, determinaciones de fines y objetivos, así como la*

⁵⁰ *Ibidem* p. 157

*búsqueda de soluciones en el caso concreto.*⁵¹ Se dificulta entonces el cabal cumplimiento de la ley y de la norma general. Resulta cada vez más difícil una determinación normativa suficiente y precisa del interés público, más aún éste ha dejado de ser una categoría unívoca en el sector público. El pluralismo de la comunidad política y la consecuente descentralización de la organización y del ejercicio del poder público generan como consecuencia la diversificación del interés público. “Crea, por tanto, *una pluralidad de intereses públicos* (en el sentido subjetivo visiones o perspectivas del interés general objetivo) no necesariamente idénticos entre sí, ni coincidentes (de forma plena) con el interés general (en sentido objetivo); intereses públicos, cuya particularidad denota la necesidad de su concurrencia en la operación de determinación final de dichos intereses generales. El interés general ha dejado de ser una categoría clara y tajantemente contrapuesta a, algo distinto casi por naturaleza, al interés privado.⁵² La *interpenetración* entre Estado y sociedad ha resultado en una mayor incapacidad de imponer su propia voluntad y acción (del Estado) teniendo en cuenta el interés público general, ha relativizado su autonomía debiendo vincularse para la consecución aquel interés con los intereses privados. La tradicional relación jurídica bilateral *administración-administrado*, se ve reemplazada por un complejo mundo de relaciones de las administraciones u organizaciones administrativas entre sí, y también, por la que resulta del compromiso y afección, de una pluralidad de ciudadanos, con intereses de parecida entidad, diferenciados entre sí, incluso divergentes o contradictorios. Del monopolio de la acción unilateral revestida de *imperium* como conjunto de derechos subjetivos de carácter racional se ha ido desarrollando un rico y variado complejo

Es evidente por lo tanto, que el plano normativo como dirección de la vida social ha sufrido un fuerte y agudo proceso de ineficacia. Desde una perspectiva tradicional se lo nombra como “*el déficit de ejecución de las Leyes*”. Desde una nueva perspectiva, como lo hace la doctrina alemana podríamos calificarla como “*ejecución selectiva*”, o “*utilización o uso estratégicos del Derecho*”. Se alude con tales expresiones al desarrollo de la actuación informal, conversaciones, arreglos, acuerdos, y también a la tendencia a la generalización de la tolerancia a situaciones irregulares o ilegales y la inactividad de la

⁵¹ PAREJO ALFONSO LUCIANO; “Eficacia y administración - Tres estudios”, Instituto Nacional de Administración Pública, BOE., Madrid 1995, p.23.

⁵²Ibídem, p 24.

Administración (especialmente visible, en cuestiones complejas y sensibles socialmente, tales como el urbanismo o el medio ambiente).⁵³

⁵³ *Ibíd*em, pp.25/29.

2 CONSTITUCIÓN Y CONTROL DEL PODER

2.1 SIGNIFICADO DEL TÉRMINO CONTROL.

La “Enciclopedia Giuridica Treccani” considera que el término control pertenece al lenguaje de la ciencia social. Por lo tanto, si lo trasladamos a un campo más vasto como la de la ciencia jurídica, podemos definirlo en un sentido muy amplio como la “*verificación de regularidad de una función propia o de otro*”, no tiene esta definición nada de científico, pero pone de manifiesto los elementos que constituyen lo mínimos denominadores del control: la existencia de una *función*; y la fijación de algunas *reglas* para su *ejercicio*.

Cada institución jurídica es el producto histórico que deriva “de las tensiones, mediaciones, compromiso, entre las fuerzas sociales de un determinado momento histórico”. Hemos visto que, la complejidad de la administración obliga a la *reconstrucción del contenido de sus funciones* y por lo tanto de la de las reglas que la rigen, en consecuencia, también *el control* debe adecuarse a *nuevos criterios*, que enfatizan la evaluación de la eficiencia, la economía y la eficacia de la acción pública. “Hoy, consecuentemente, el control tiene por objeto el análisis de una actividad compleja en todo su desarrollo, no controla actos singulares o momentos. Así, podemos definirlo como una *operación jurídica* correspondiente, a un sujeto (u órgano), debidamente habilitado, que tiene el deber de examinar (realizar la revisión) las operaciones realizadas por otro órgano o sujeto, o controlar el porqué de su inacción. Acorde con esta definición, podemos sostener que el control es connatural con la organización del ordenamiento jurídico y de la actividad de los poderes públicos, por lo tanto -como veremos en otro punto de nuestro trabajo-, se va diferenciando en múltiples especies. Desde un punto de vista muy general el control sobre la Administración pública puede definirse como aquella función que se ejerce en el ámbito de la subordinación jerárquica (control interno), o la función que se ejerce fuera de esa relación (control externo). El control siempre da lugar a un juicio *de conformidad o no*, con relación a determinadas reglas o canones a los cuales debía adaptarse, o desarrollarse la actividad controlada.”⁵⁴

⁵⁴ ENCICLOPEDIA GIURIDICA TRECCANI, Roma, 1995.

Hoy el control no puede limitarse sólo al examen del respeto de la norma o de la gestión, sino ha de comprobar la regularidad, el buen funcionamiento, y la correspondencia a los fines queridos por las leyes y la eficiencia. El problema del control es el estudio de la hacienda eficiente, o sea ver la administración como una hacienda y estudiar los resultados.

2.2 RELACIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN Y CONTROL

La *responsabilización* (accountability) es sin duda, un elemento fundamental para la construcción de una nueva gobernabilidad democrática- En consecuencia entendemos a la responsabilización, como un valor o meta-valor, que debe guiar los gobiernos democráticos: *la rendición de cuentas a la sociedad*. “El valor de la responsabilización tiene por objeto republicanizar el sistema político, actuando contra los antiguos patrones clientelistas y patrimonialistas que han marcado la historia de la región, los cuales constituyen obstáculos tanto para el incremento de la eficiencia estatal como para la democratización del Estado y sociedad.”⁵⁵

Siguiendo a RIGHETTINI⁵⁶ decimos que el tema del control y de la responsabilidad, pueden ser vistos y analizados desde diferentes perspectivas que a su vez se corresponden con una escala decreciente de abstracción de las concretas, y diversas técnicas e instrumentos, mediante los cuales se ejerce el control mismo. En un primer lugar, desde el punto de vista de la *teoría democrática* el control, concierne a la distribución del poder; en segundo lugar en la *relación política- administración* el control se presenta como un problema de gobierno, el problema del control en éste ámbito se refiere a las técnicas e instrumentos concretos con los que cuenta el poder político; en tercer lugar, el control hace referencia a la *relación entre administración /ciudadano*, por ende nos referimos al control social; por último el control se presenta como *técnica de dirección y administración*, esta es sin duda la acepción más técnica y operativa del término.⁵⁷

⁵⁵ CONSEJO CIENTÍFICO DEL CLAD; “La responsabilización (“Accountability”) en la Nueva Gestión Pública Latinoamericana. Estudios Coordinados por el Consejo Científico del CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo). Edit. CLAD; BID, EUDEBA, Avellaneda, 2000. p 19.

⁵⁶ RIGHETTINI, “Elementi di scienza... Ob cit p. 49

⁵⁷ *Ibidem*, p 50.

Vemos que el control se articula a través de una pluralidad de medios, y se refiere a una la multiplicidad de objetos sobre los cuáles recaen. Por lo tanto, con ARAGÓN⁵⁸, podemos decir que el carácter de los diferentes instrumentos o institutos en que éste se manifiesta, impide la construcción de un concepto único de control. Pero ésta situación; no significa que dicho concepto posea una pluralidad de sentidos, existe una unidad que deriva; por un lado, de la “*teoría de la Constitución*”, y por otro, de la “*teoría del control*”.⁵⁹ Si entendemos que existe una íntima relación entre Constitución y control, parece evidente que la teoría de aquella ha de incluir a la teoría de éste y que a su vez, cualquier intento de teorización del control ha de dotar a éste de un sentido unívoco que sea capaz de englobar coherentemente las variadas formas que el control adopta en el Estado constitucional. Tal sentido no es otro que considerar al control como el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder.”⁶⁰

En efecto, bajo las diferentes formas (parlamentaria, judicial, social, etc.) de control del poder y bajo las diversas facetas (freno, vigilancia, revisión, inspección etc.) que tal control puede revestir en el Estado Constitucional, están orientados en un solo

⁵⁸ ARAGÓN MANUEL; “Constitución y control del poder”. Ediciones ciudad Argentina, Buenos Aires 1995.

⁵⁹ La efectiva realización de los Derechos Humanos, faculta a los poderes públicos a la realización de conductas negativas y positivas. Que va desde la protección de la esfera de libertad, hasta la garantía de un mínimo vital a todos los ciudadanos, respecto de los bienes considerados esenciales. Hoy el Problema de los Derechos Humanos no es tanto el de su fundamentación, sino como el de su protección. De ahí que también formen parte de esta categoría, como elemento indispensable, las instituciones llamadas a vigilar su efectivo cumplimiento. MEDINA GUIJARRO JAVIER Y ÁLVAREZ TÖLCHEFF ENRIQUE; “Los Derechos humanos y el control del Gasto Público en la constitución Española”, en Declaración universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario, Centro internacional de Estudios Políticos, Editorial Bosch S.A. Madrid 1998.pp. 504/506

⁶⁰ Para ARAGÓN, una teoría constitucional adecuada a la única Constitución “normativa” posible, que para él es la Constitución democrática, el control se constituye en el elemento que poner en conexión el doble carácter instrumental y legitimador de la Constitución, impidiendo que ambos caracteres puedan disociarse. Consecuentemente, el control pasa a ser el elemento inseparable de la Constitución, del concepto mismo de Constitución. Dado que, cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que haga difícil o imposible su “realización”; ocurre simplemente que no hay Constitución. ARAGÓN MANUEL; “Constitución y control del poder”. Ediciones ciudad Argentina, Buenos Aires 1995, pp.65- 68 y 69.

sentido, y todos responden objetivamente a un único fin: *fiscalizar la actividad del poder para evitar abusos.*”⁶¹

La *teoría constitucional del control* permite abarcar a ésta a través de una pluralidad conceptual, que permite distinguir las diversas modalidades que abarca el control. Por lo tanto, hay que arrancar de la diferenciación entre control, limitación y garantía. “El delicado equilibrio de poderes que caracteriza al Estado Constitucional no se apoya sólo en la compleja red de limitaciones que presta singularidad a esta forma política (y al concepto mismo de Constitución en que se asienta), sino también en la existencia de múltiples controles a través de los cuales las limitaciones se articulan. Limitación y control se presentan como dos términos fuertemente implicados, en cuanto que el segundo viene a garantizar precisamente, la vigencia del primero. Poder limitado es poder controlado, léase limitación sin control sería inefectivo. Por lo tanto, de acuerdo con la opinión del autor citado, dentro las múltiples limitaciones del poder debemos distinguir: en primer lugar, las limitaciones institucionalizadas, de las no institucionalizadas, distinción que se corresponde también con la clasificación más genérica de control.”⁶²

Las limitaciones no institucionalizadas se corresponden con un tipo de control denominado “*controles generales o difusos*”, entre los que se encuentran las denominadas “*garantías sociales*”, como las instituciones de control que se ejercen a través de la “*opinión pública*” e incluso a través de los medios públicos de presión, por lo tanto se pueden denominar “*controles sociales*” no institucionalizados, por ello generales y difusos.

En cuanto a las limitaciones y controles institucionalizados se pueden clasificar en “*políticos* y “*jurídicos*”. La primera diferencia consiste en el carácter “*objetivado*” del control jurídico, frente al carácter “*subjetivo*” del control político. Para la doctrina italiana la unidad de sentido del término control en su significación jurídica originaria o transformada, deriva de su significado amplio, que no es otro que la “*verificación de la*

⁶¹ *Ibidem.* p.71.

⁶² *Ibidem* pp. 80,81.

regularidad de una función propia o ajena".⁶³ Para dicha doctrina, el control consiste en una operación jurídica debida en la cual la intervienen un sujeto u órgano debidamente habilitado, y que tiene la competencia de examinar la actividad o función de otro órgano o sujeto. Para dicha doctrina el control es connatural con la organización del ordenamiento jurídico, y se extiende a toda la actividad pública de poderes, diferenciándose en múltiples especies.

La segunda deferencia resultante de la primera consiste en que el control jurídico basa sus criterios o juicios de valoración en razones jurídicas, mientras que el control político lo hace en razones *políticas (de oportunidad)*.

La tercera diferencia consiste en que el control jurídico reviste un carácter "*necesario*", frente al "*voluntario*" del control político, por lo tanto, en el primer caso el órgano controlante necesariamente ha de emitir la sanción cuando el resultado de la verificación haya resultado negativo; es decir, deberá establecer la consecuencia jurídica de la constatación. Mientras que en el control político si el órgano controlante, verifica un resultado negativo, no le trae aparejado necesariamente la emisión de una sanción.

Todo esto no significa que el control político no esté sometido al Derecho, al contrario el Derecho regula su procedimiento, garantizando su ejercicio. El derecho no impone a los agentes de control los criterios de valoración de la actividad controlada, pero impone (garantiza) el modo de utilización de los instrumentos de control. "En otras palabras, en el Estado Constitucional democrático el control político, sin dejar de ser político, ha de ser concebido y garantizado como derecho."⁶⁴

Por último, el control jurídico es realizado por órganos imparciales, independientes, dotados de especial conocimiento técnico para entender de cuestiones de Derecho; en esencia los órganos judiciales. Mientras que el control político está a cargo de órganos políticos. Por lo tanto, son éstos quienes ejercen la función de contralor. En cambio el control jurisdiccional, se caracteriza por ser eminentemente jurídico, entonces, éste no está limitando el poder, sino asegurándose de que los límites se cumplan.

⁶³ GIANNINI, MASSIMO SEVERO; "Controllo: Nozioni e Problemi" Rivista trimestrale de diritto pubblico, Roma, 1974, p 1264.

⁶⁴ ARAGÓN MANUEL, "Constitución..." Ob Cit, p. 201

En cuanto a la diferencia entre control y garantía, primero hay que distinguir según ARAGÓN entre “*garantías*” y “*garantías constitucionales*”. Las primeras se refieren a los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las obligaciones, (desde un punto de vista subjetivo) o de normas o principios (desde el punto de vista objetivo). En cuanto a las “*garantías constitucionales*” nos referimos a los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de la Constitución.^{65 66} .

¿Qué relación hay entre garantía y control? el control sin duda opera como una garantía, pero no abarca todas las garantías, a veces actúa como única garantía, y otras hace efectiva garantías preexistentes, y otras veces pone en marcha garantías subsiguientes, que a su vez se hacen efectivas a través de un subsiguiente control. Las garantías constitucionales tutela valores “positivizados” en el texto de la Constitución, mientras el control tutela no sólo el conjunto normativo, sino también los intereses, programas, ideas, e incluso la simple voluntad de la mayoría. Por ello el término garantía es mucho más amplio que el de control aunque a veces pueda confundirse con él...” “Las limitaciones del poder descansan en las garantías que exceden el ámbito estrictamente de “*garantías constitucionales*” y, a su vez, la efectividad de esas garantías sólo se aseguran mediante los instrumentos de control.”⁶⁷

El Principio democrático no sólo exige que se controlen las grandes decisiones políticas, sino también que se fiscalicen, cotidianamente las actuaciones administrativas. Ya que, “...todos los órganos que deciden en última instancia asumen como sistema el conjunto de reglas normativas que ellos reconocen y aplican; y entre todos los órganos

⁶⁵ Ibídem p 87

⁶⁶ Según la concepción amplia de las “*garantías constitucionales*”, podemos derivar las siguientes a) garantías de la Constitución o garantías del derecho de la Constitución; b) garantías de los Derechos Constitucionales; c) Garantías del Defensor del Pueblo y; d) Garantías de acceso a la jurisdicción internacional. Esta concepción amplísima de las garantías Constitucionales, se resume en el postulado de que la “política debería de ser constitucionalmente adecuada”, descartándose de plano de que la Constitución podría ser políticamente adaptada, según el paladar o antojo de quienes representan circunstancialmente a la mayoría electoral. La política debe ser genuinamente constitucional tanto en su génesis como en su desarrollo, es decir que las decisiones políticas se desarrollan y ejecutan en virtud del marco constitucional. FERREIRA RAÚL; “Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías”; Ediar SA; Buenos Aires 2001; pp. 131-135.

⁶⁷ Ibídem pp. 87,88.

que deciden en última instancia sobre la validez de conjunto de reglas normativas median relaciones de mutuo reconocimiento con base en reglas de competencia, sobre las cuales también algún órgano no decide en última instancia, de suerte que la *organización jurídica funcione efectivamente como sistema de subsistemas.*⁶⁸

2.3 CONTROL POLÍTICO

Hemos visto que existe una amplia discusión acerca de la diferenciación entre “*control jurídico*” y “*control político*”, y coincidiendo con ARAGÓN pensamos que si bien en el control político, el derecho no regula exhaustivamente su procedimiento, si establece los cánones de valoración de las actuaciones de los órganos o sujetos controlados y controlantes.

LUIS AGUIAR DE LUQUE sistematiza tres grandes líneas doctrinales en torno a la noción de control Parlamentario: 1) El más tradicional, en el cual la idea de control se asocia a la idea de presión, influencia, predominio del Parlamento sobre el Gobierno, esto se materializa en última instancia, en la posibilidad de remoción del Gobierno a través de los mecanismos de deducción de responsabilidad política y censura. Dentro de esta corriente "ALVAREZ CONDE" desdobra el control en control, fiscalización, y control responsabilidad, pero quién más ha sostenido esta posición es F. SANTAOLALLA. Desde esta perspectiva control y responsabilidad son dos momentos de un *continuum*. La crítica que le hace el autor citado a esta interpretación del control, es que no es extrapolable a los regímenes presidencialistas. 2) Esta corriente, es antitética de la anterior, porque para ésta, el Control Parlamentario sería equivalente a comprobación, inspección verificación, supervisión de la actuación del Gobierno, lo que comporta que a través de la misma, en algunas circunstancias y momentos el Parlamento ejerza presión e influencia en la acción gubernamental, aunque esto segundo no sea inexcusable para la función de control, y menos aún que aquel tenga que desembocar necesariamente en una sanción, vía moción de censura. Así, la doctrina considerada clásica (DUGUIT, BARTHELEMY) consideraba las preguntas, las interpelaciones y las comisiones de encuesta e investigación como ejemplos prototípicos de la función de control. La crítica a esta posición es que parte de una fundamentación o justificación del control, que la lleva a desdeñar el verdadero

⁶⁸TARELLO, GIOVANI, “Cultura jurídica y Política del Derecho”, Fondo de cultura Económico. México, 1era. edic. en castellano 1995. (1era. edic. en italiano 1988)Ibídem pag. 146 y 147.

significado de éste en las actuales democracias de partido. 3) El Control Parlamentario es la más inmediata materialización de la difusa posición de preponderancia del Parlamento sobre el Gobierno (aspecto que coincidiría con la posición anterior, pero sin encontrar plasmación en ningún instituto parlamentario concreto. El control de parlamentario se materializaría, en el juego de la división de poderes propio del régimen constitucional, esta posición trae implícita el predominio Parlamentario sobre el Gobierno, pero sin concretarse en ninguna institución específica y encontrándose en todas a la vez. En suma, el control parlamentario del Gobierno lo lleva a cabo el Parlamento por múltiples e inaprensibles vías, se puede apreciar esta noción excesivamente amplia del control corre el riesgo de diluir al mismo. En estas circunstancias, el autor se pregunta si las instituciones de control parlamentario han perdido toda razón de ser, o bien es necesario encontrarle un nuevo significado. Contesta que es indudable que en los regímenes constitucionales contemporáneos, la posición del Parlamento ha variado de un modo significativo, en este contexto el control parlamentario no es una excepción, no sólo se ve redimensionado en su significado político y su contenido, sino su puesta en práctica está modulada por normas jurídicas, en consecuencia esto significa que el poder de control del Parlamento no es omnímodo, vale decir sus competencias están regladas y subordinadas a la Norma Fundamental.⁶⁹

Para concluir, podemos afirmar que esta idea liberal de un poder limitado es probablemente la que cuenta con mayor tradición y corre a cargo del Parlamento, ya que se proyecta sobre la acción del Gobierno o PE, así la función del control político yace en la posibilidad de exigir responsabilidad política. Existe responsabilidad política cuando un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada, por ejemplo el Gobierno al Parlamento, el Parlamento al Gobierno y, en último término, ambos al electorado.

En el caso Argentino *la Reforma Constitucional de 1994* ha intentado materializar un sistema que permita una mejor interrelación, colaboración y control entre los diferentes

⁶⁹ AGUIAR DE LUQUE LUIS; "La problemática del control en la actualidad". "El Parlamento a Debate". Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales "LUCAS MALLADO", Editorial Trotta, S.A., Madrid 1997.

órganos y poderes constitucionales, adoptando para dichos fines algunas instituciones que corresponden a la tradición parlamentaria.

Así, en la órbita del PEN se creó la figura del “*Jefe de Ministros*”,⁷⁰ con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación; se reconoció además en el texto constitucional al “*Gabinete de ministros*”. Teóricamente, la adopción de estas instituciones significa una atenuación del presidencialismo, dado que la reforma permite al Jefe de Ministros ejercer la administración general del país, por lo tanto le compete: dirigir el aparato técnico burocrático estatal, y enviar al Congreso los proyectos de Ley de Ministerios y de Presupuesto nacional. También podrá concurrir a las sesiones del Congreso y participar en los debates, pero sin derecho a voto. Deberá una vez iniciadas las sesiones ordinarias del Congreso, presentar junto a los restantes ministros una memoria detallada del Estado de la Nación, en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos. También deberá producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al PEN, y por último debe refrendar los decretos que se refieren a facultades delegadas por el PL, los que a su vez están sujetos a control de la Comisión Bicameral Permanente.

Se crearon también se crean nuevas instituciones dentro del ámbito del PL con el objeto de fortalecer el control político son: la AGN, el Defensor del Pueblo y la Comisión Bicameral Permanente. La AGN ejerce el control externo del sector público, por lo tanto, el examen y opinión del Parlamento sobre el desempeño y situación general de la Administración pública deberán sustentarse en las opiniones técnicas de la AGN. En tanto el Defensor del Pueblo, tiene la misión de la defensa de los Derechos humanos y demás

⁷⁰ Ver SERRAFERO, MARIO, éste autor analiza que, el papel desempeñado por la Jefatura de Gabinete durante la crisis política, concretamente durante el gobierno de FERNANDO DE LA RÚA. Advierte la supuesta función de “fusible” que se le otorga a la figura de Jefe de Gabinete en caso de crisis institucionales para evitar la caída del Gobierno, y por ende lograr una mayor estabilidad del sistema. Para el autor la crisis institucional del Gobierno de la Alianza, demuestra que el Jefe de Gabinete no funcionó como fusible, luego de analizar las causas que corroboran esa afirmación, considera que aunque el Jefe de Gabinete hubiese sido el “fusible” en el caso del Gobierno analizado, la crisis hubiera persistido, porque el causante de la misma era el presidente, y un nuevo Jefe de Gabinete no hubiera tenido ni el control de la situación política e institucional ni las herramientas para poder modificar el curso descendente del gobierno hacia el derrumbe. SERRAFERO MARIO, “La Jefatura de Gabinete y las crisis políticas: el caso De la Rúa”, en Revista SAAP, Vol. I , Nº 2, octubre 2003, Buenos Aires.

intereses y garantías tutelados en la CN y otras leyes; ante, hechos, actos u omisiones de la Administración, así como el control de las funciones Administrativas públicas. Por último le corresponde a la Comisión Bicameral Permanente, efectuar el control de los Decretos de necesidad y urgencia, los de promulgación parcial de las leyes y los que ejerzan facultades delegadas por el Congreso.

Hemos visto mas arriba que la idea clásica en la teoría política y en la teoría del Estado, es que el control es un medio para obtener un equilibrio entre fuerzas sociales y políticas diferentes, y que se incorpora al ámbito jurídico con el advenimiento del Estado liberal de Derecho, se materializa principalmente a través del principio de legalidad, principio aplicable en dos grandes momentos: *la legalidad de la obtención de los recursos y la legalidad en la ejecución del gasto.*

Nuestra Constitución, en la elaboración del presupuesto implica labor Ejecutiva y Legislativa, art. 75 inc. 8, establece que corresponde al Congreso...“ Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas....., el presupuesto general de gastos y cálculo de los recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y plan de inversiones públicas y aprobar y desechar la cuenta de inversión”. El Congreso controla la percepción e inversión de fondos públicos. Aprueba o rechaza la cuenta de Presupuesto e Inversión, y el PEN mediante sus oficinas técnicas prepara el proyecto de presupuesto, el art. 24 de la Ley de Administración Financiera y sistema de control N° 24156, (LAFSC) establece “ *El Poder Ejecutivo Nacional Fijará anualmente ellos linimientos generales para la formulación de la ley de Presupuesto general* “. Y por último, en la etapa de ejecución del presupuesto el PL controla a través de los dictámenes obligatorios de la AGN.

Así, el manejo y la inspección de los fondos públicos y el examen y aprobación de las cuentas por el Parlamento se convierten en una función constitucional y de garantía frente al Ejecutivo, ya que sin control no hay responsabilidad pública, por lo tanto, no puede haberla sin fiscalización eficaz de los órganos del Estado. Indudablemente, este tipo control se deriva de la necesidad de fiscalizar el uso recto y adecuado de los fondos públicos, otorgados por el Parlamento al órgano Ejecutivo para el cumplimiento de los fines en los que está implícito el interés general de la Comunidad.

2.3.1 NATURALEZA DEL CONTROL EJERCIDO POR EL PARLAMENTO SOBRE LA BASE DE LOS INFORMES DE LOS EFS.

El control que lleva a cabo el Poder Legislativo, se instaura sobre la información técnica y jurídica que ha elaborado previamente el órgano fiscalizador, pero sin lugar a duda, el mismo tendrá una naturaleza muy diferente del que efectúa el EFS; ya que, es básicamente un control de naturaleza política. Hemos dicho que, la característica sustancial de este tipo de control, es que el canon de éste, y sus criterios de valoración son subjetivos, (frente al carácter objetivado del control jurídico) por tanto, disponibles para quien lleva a cabo la actividad. La valoración de la conducta del órgano controlado no se hace atendiendo su adecuación a las reglas fijas, sino en función de la libre voluntad del agente controlante. Basta con que la actuación del poder no le parezca oportuna o no goce, simplemente de su confianza.

Los EFS aparecen configurados constitucionalmente como órganos auxiliares al servicio de los Parlamentos, a quienes le presentan informes o dictámenes objetivos y políticamente neutros (de política partidista) acerca de la actividad desarrollada por parte de la Administración pública, ya que es a los órganos Parlamentarios y sólo aquellos a quienes corresponde el control de la acción política del Gobierno.

En consecuencia, el carácter político de la decisión de control no desaparece aunque existan órganos técnicos auxiliares que emitan dictámenes jurídicos previos. En efecto, ni tales dictámenes son vinculantes, ni son las únicas razones que el agente controlante ha de tener en cuenta para adoptar su postura. Coincidiendo con esta idea del control, pensamos que, aunque el debate parlamentario se suscite y se sustente en un informe técnico-jurídico del EFS, el control ejercido por las Cámaras no varía de naturaleza, se trata siempre de una decisión política, basada, por tanto, en razones de oportunidad. No obstante, para convencer a los ciudadanos, los miembros de la Cámaras podrán fundamentar su posición en los informes técnicos, por tanto, ajenos al debate político.

2.4 CONTROL JUDICIAL

La necesidad de mantener la vigencia del principio de legalidad y el de supremacía de la Constitución, han engendrado el control de constitucionalidad, control que de acuerdo a la doctrina que venimos siguiendo, es considerado el control jurídico por

excelencia, por su carácter objetivado. Los parámetros sobre los cuales se ejerce este control, lo constituyen normas abstractas, predeterminadas, que le vienen impuestas al órgano controlante y que éste se limita a aplicar en cada caso.

En nuestro sistema el control de constitucionalidad puede ser ejercido por cualquier juez de cualquier instancia o fuero, sea federal o provincial. Este sistema se denomina de control difuso en contraposición a los sistemas Europeos que lo concentran en un solo órgano. Así, los jueces además de las competencias expresamente conferidas por la ley, poseen la competencia implícita de controlar la constitucionalidad de las leyes. Siguiendo a BIANCHI podemos decir que las reglas a las que ha estado sometido el control de constitucionalidad en nuestro ordenamiento son las siguientes:

1. No procede en casos abstractos. Esto implica que se debe desarrollar dentro de un “caso Judicial”.
2. La inconstitucionalidad debe ser alegada y probada por la parte que la pide.
3. Como consecuencia de ello, debe oponerse como defensa y nunca puede ser declarada de oficio.
4. En efecto la declaración de inconstitucionalidad no es *erga omnes*. La ley declarada inconstitucional sigue vigente, pero no se aplica al caso concreto.
5. No hay control de las llamadas cuestiones políticas⁷¹

2.5 CONTROL DEL SECTOR PUBLICO

El control de la ejecución del presupuesto en principio, es un mecanismo mediante el cual, el Estado Constitucional puede conseguir una administración transparente y eficaz del gasto público

En el Estado de Derecho decimonónico los órganos de control externo eran órganos centralizadores de la contabilidad del Estado, los cuáles efectuaba un control formal y legal con el objeto de verificar que los recursos se hubiesen utilizado de acuerdo a los fines previstos, sin incluir, no incluía la verificación de las metas y los resultados obtenidos, en relación con los recursos utilizados. Con el Estado Constitucional, los controles clásicos son casi imposible de realizar, ya que son innumerables los documentos relacionados con los movimientos contables del sector público, y que habría que

⁷¹ BIANCHI, ALBERTO B; “Control de constitucionalidad”; Ob cit. pp131,132.

controlar.⁷² Esta función hoy es desarrollada por el llamado control interno de la administración, haciendo necesario una estrecha colaboración entre los órganos encargados del control interno(que efectúan un control previo del gasto) y los encargados del control externo. “Incumbe a lo EFS, como órgano de control externo, controlar la eficacia del órgano de control interno, ha de aspirarse a la delimitación de las respectivas funciones, a la delegación de funciones oportunas y a la cooperación entre la EFS y los órganos de control interno, independientemente del derecho de los EFS a un control total.”⁷³

Los órganos de control externo de los Estados Democráticos, en la actualidad tienen a su cargo una función mas compleja que la tradicional, la fiscalización de la actividad económica-financiera del sector público, busca la eficacia y la eficiencia en la gestión pública. Aunque a priori se pueda distinguir cuatro modelos de control del gasto público (esto es; independencia absoluta del órgano de control externo, o vinculación a uno de los tres poderes clásicos del Estado) lo cierto es que ninguno de estos cuatro se ha llegado a aplicar en un sentido puro, o estricto. Mas bien podemos afirmar que en realidad se pueden encontrar múltiples sistemas mixtos. Así en los casos de Suiza y Dinamarca, los órganos de control forman parte del Gobierno. España, Bélgica, Noruega, Austria y EEUU, (y en nuestro país) se entiende que dependen del Legislativo; mientras en Francia e Italia forman parte del Judicial. Por el contrario Alemania y el Reino Unido son los que mas se acercan al modelo de independencia absoluta.⁷⁴

⁷² Los principios Constitucionales del Estado social ha impulsado un desarrollo espectacular del Derecho Administrativo prestacional. A la acción estatal que pone en juego los derechos abstractos de libertad e igualdad, del tradicional Estado de Derecho el Estado democrático y social agrega y superpone otros principios. El Estado democrático supone la legitimación por su origen y fundamento, así como la exigencia del control de su ejercicio. El Estado social impone la renovación y actualización constantes en función de la realidad de las circunstancias socio-económicas de los objetivos y del contenido mismo de la acción estatal, esto es la eficacia en la gestión como resultado. *Ibíd.* pp. 42-43.

⁷³ Artículo 3.3. de la Declaración de Lima de la INTOSAI.

⁷⁴ FREY BRUNO Y SERNA ÁNGEL; “El Tribunal de Cuentas: una perspectiva desde la elección pública” *Rivista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*. Julio-Agosto pp. 664/665. Citados por FRANCESC VALLÉS VIVES Tesis Doctoral. “Control Externo del Gasto Público “ P 137 UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA.

Según RIGHETTINI, actualmente en la relación *política – administración*, el control se presenta como un problema de gobierno, que nos obliga a responder los siguientes interrogantes: *¿Cómo garantizar el alcance de los objetivos propuestos?* y *¿Cómo distribuir la responsabilidad y los recursos entre los diferentes actores que operan en el ámbito decisonal de la Administración Pública?*.

Es sabido que la división entre política y administración tiende a establecer una relación jerárquica por lo tanto de subordinación, entre quién establece los objetivos y quién actúa para concretarlos. Esa relación de subordinación se resuelve a favor de la política, por lo tanto es necesario establecer técnicas e instrumentos que permitan al poder político controlar el comportamiento de los administradores. Concretamente en el ámbito de la Administración el control se convierte en una técnica de dirección y administración. Conformando un sistema de producción y difusión de información útil para la dirección, haciendo posible que la misma puede ejercer revisiones sobre el funcionamiento y rendimiento de la organización en general.⁷⁵

Hemos visto que, desde un punto de vista general el control del Sector Público puede realizarse dentro del ámbito propio de la administración (control interno), o por órganos externos a la misma (control de las EFS). Este tipo de control siempre dará lugar a un juicio que trata de verificar la conformidad o no, a determinadas reglas o cánones sobre la base a los cuales debe desarrollarse el acto o actividad controlada, ya que el controlante debe tutelar determinados valores jurídicos o metajurídicos.

Esta definición de control reviste un carácter garantístico formal, que como hemos dicho hoy no resulta suficiente, ya que con el advenimiento del Estado intervencionista y responsable, el control no pudo limitarse sólo a la verificación de la regularidad o a la correspondencia de la actividad controlada a las reglas jurídicas, sino que deviene, en un control *objetivo*, vale decir, que debe verificar también, la correspondencia entre los objetivos alcanzados y los propuestos previamente por la Administración.

Entonces, controlar en función de la correspondencia operativa entre objetivos perseguidos y los verdaderamente alcanzados, significa que toda la actividad

⁷⁵ RIGHETTINI, MARÍA STELLA; Elementi Ob.cit ”

administrativa debe estar controlada, desde el momento de la formación de la voluntad, hasta el momento de su desarrollo y ejecución. Así la actividad de control se transforma en una compleja red de relaciones interorgánicas e intersubjetivas, que confluyen en una “*composición operativa de intereses públicos*”.⁷⁶ “Lo esencial en el control es evitar que el mismo se reduzca a un *esquema*, a una investigación automática, sin llegar más a fondo. Los criterios de control (incluso en los de sólo legalidad) no deben servir para el desarrollo de una operación lógica formal, sino para salvaguardar concretos *valores* políticos-administrativos”.⁷⁷

Así, la función de control se dirige no sólo al control de la legalidad de los actos sino también a *toda la actividad de la Administración pública* exigiendo de ésta eficiencia, economía y productividad. Este tipo de control que podemos denominar “*operativo*” debe tener en cuenta todos los aspectos económicos más importantes de la gestión administrativa. En consecuencia, aquél se vuelve parte operante de la acción administrativa, en tanto que debe determinar la correspondencia de la acción de la Administración pública, no sólo con las leyes sino con otros parámetros metajurídicos previamente fijados, al mismo tiempo que dirige a la actividad no sólo a la consecución de los fines, sino que, además, previene los vicios de irregularidad que requerirían una acción represiva del control. En definitiva tales verificaciones no agotan la acción al momento del control, sino que tiene como objetivo promover las medidas necesarias e idóneas que permitan asegurar adecuados y mejores criterios, así como los objetivos propuestos, vale decir revalorar y mejorar la actividad sometida a control.⁷⁸

Se puede observar de acuerdo con el desarrollo precedente, que el control jurídico consta de dos fases; una de control de regularidad (legitimidad y oportunidad), y otra fase que implica un acto de pronunciamiento, que a su vez podrá ser positivo negativo o tácito. El control así concebido se constituye en una función incentivante y dialéctica, dado que empuja a la consecución del mejoramiento de la actividad controlada.⁷⁹ En consecuencia

⁷⁶ *Ibidem*, p 1274.

⁷⁷ ENCICLOPEDIA GIURÍDICA TECCANI, Roma, p.3, 1995.

⁷⁸ AVAGLIANO, LUPO; “Contributi al Diritto e alla scienza dell’amministrazione”, Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana”, N° 5, Roma, 1982, p 243.

⁷⁹ ENCICLOPEDIA Ob. Cit. p 5

el control no puede limitarse sólo al aspecto negativo de la restricción, impedimento o anulación, sino que lleva implícito un concepto de continuidad y finalidad: se controla para descubrir la verdad.

El control en su esencia busca la conformidad a determinados cánones previamente establecidos y que configuran un modelo ideal. En consecuencia, el hecho de que se deban perseguir determinados valores ponen en evidencia la característica social del control y de sus fines.⁸⁰

Según nuestra opinión, es éste el sentido que le imprime al control, la “Declaración del INTOSAI efectuada en Lima en 1976”, en ella el control de regularidad sobre la gestión y la contabilidad se mantiene inalterable, pero junto al mismo se pone igual énfasis sobre el control relativo a la eficiencia, utilidad, economicidad del ejercicio de los poderes públicos, no limitando el control sólo a una gestión determinada sino a toda la Administración pública. Así, en el preámbulo nos dice que “...los objetivos específicos de la fiscalización, a saber, la apropiada y eficaz utilización de los fondos públicos, la búsqueda de una gestión rigurosa, la regularidad en la acción administrativa y la información, tanto en los poderes públicos como al país, mediante la publicación de informes objetivos, son necesarias para la estabilidad y el desarrollo de los Estados, en el sentido de los postulados de las Naciones Unidas.”

En Nuestro país la ley 24156, sancionada el 30/9/92 y promulgada el 26 de octubre del mismo año, denominada "*Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional*", siguiendo en principio, los criterios de la Declaración de Lima derogó parcialmente la Ley de Contabilidad (decreto ley 23354/56 ratificada por la ley 14467), disolviendo la Sindicatura General de Empresas Públicas y el Tribunal de Cuentas de la Nación (decreto 2660/92), siendo una función de este último el ejercicio de la facultad de control y jurisdiccional, entre las que se contaba la de determinar eventualmente las responsabilidades administrativo-patrimoniales del obrar de los agentes de la Administración Nacional.

⁸⁰ *Ibidem*, p 6.

3 REFORMA DE ESTADO (LA MODERNIZACIÓN ¿?)

En la década del 90 se produce en Argentina la Reforma del Estado que tiene como objetivo una profunda reestructuración del Sector Público con el fin enunciado de prestar mejores servicios y al mismo tiempo reducir drásticamente su tamaño para afrontar fundamentalmente profundos problemas presupuestarios. La Reforma de Estado, fue considerada desde los diferentes lenguajes gubernamentales como la condición necesaria de resolución de la crisis económica, fundamentándose en las tesis que en las ciencias sociales sostienen que, las restricciones al desarrollo económico son el resultado de la coacción que se ejerce sobre la sociedad a través del Estado en fundamentalmente a los agentes económicos privados. Entonces, por añadidura mediante la eliminación de las restricciones al mercado el desarrollo económico se daría necesariamente.

Los cambios que la reforma produjo en la estructura del Estado son muy profundos, dando cabida a una transformación del rol del Estado frente a la economía y a la sociedad, por lo tanto del modelo de interrelación entre Estado y sociedad civil. Esta transformación no se produce exclusivamente en la Argentina sino que esta relacionada con la crisis del Estado de bienestar en los países desarrollados, y la caída del socialismo en los países de Europa del este y la crisis del Estado desarrollista en América Latina. Así lo expone GARCÍA DELGADO “ En todas partes entra en crisis la gestión pública y no sólo cambia el rol del Estado sino que cambia la sociedad misma.”⁸¹. Dado que se sustituye la idea de regulación de la sociedad producida por la instancia política, por un orden autoregulado por el mercado. El mercado se convierte junto al Estado en una instancia más de regulación de lo social⁸². “No sólo se desplazan diversas actividades públicas hacia el mercado, sino que termina por hacerse viable y definitiva la configuración del nuevo modelo de la relación Estado-sociedad, de un nuevo paradigma.”⁸³. Pareciera que el fuerte rol estatal que en los países periféricos implicaba la intervención masiva en la vida pública como impulsor del modelo de desarrollo, y que fuera intensificado a partir de la década del 30 ha terminado, achicando su actividad económica mediante las privatizaciones, ampliando el espacio del mercado, rompiendo las articulaciones

⁸¹ GARCIA DELGADO, DANIEL; “Estado y Sociedad” “La nueva relación a partir del cambio estructural”. Tesis Grupo Editorial Norma S.A. Buenos Aires, 1994, pag. 14, pag.15

⁸² *Ibidem*, p. 15.

⁸³ *Ibidem*, p. 31

neocorporativas, desvinculándose de lo social etc. Todo esto produce un cambio dentro de la sociedad civil, provocando”una creciente separación Estado- sociedad que los diversos sectores viven y “sufren” de manera muy distinta y de allí también, las diferentes y encontradas posiciones frente al ajuste”.⁸⁴.

Según el discurso gubernamental la estructuración del sistema jurídico que asuma la Reforma del Estado; es necesario para la implementación de las políticas públicas de “transformación de la estructura económica” y el “cambio social” tendiente a la estructuración del “Estado de Justicia Social”.⁸⁵ Con esta finalidad a partir del año 1.989 se sancionan numerosas leyes, y un número aún mayor de decretos de necesidad y urgencia, decretos reglamentarios, resoluciones, y la Reforma de la Constitución Nacional.

Es necesario aclarar en este punto, que junto con la “constitucionalización” de la Reforma del Estado como política de gobierno, se “constitucionaliza” la “Autonomía Municipal”, y la “Regionalización” junto con los nuevos derechos y garantías y nuevas formas de participación ciudadana. La Reforma Constitucional del ‘94 implica por un lado, el comienzo del llamado “proceso constitucional”, que a de producir normas jurídicas con diferentes fundamento jurídico, (Nótese que se incorporan los derechos de necesidad y urgencia y los decretos delegados; la reelección, la coparticipación, la Auditoría General de la Nación y las demás medidas del “Pacto de Olivos”- cláusula cerrojo-) que según nuestra opinión, profundizan la concentración de funciones en el Poder Ejecutivo para avanzar con el ajuste fiscal y la “flexibilización” de derechos adquiridos, ya sea por vía de acción o de omisión. A su vez, la reforma constitucional abre la posibilidad de un punto de inflexión en este ciclo de concentración de poder en el Ejecutivo a través de las instituciones que habilitan el acceso al Poder Judicial (Amparo, Defensor del Pueblo, Legitimación activa de asociaciones defensoras del Medio Ambiente, Usuarios, consumidores, etc.) y en su caso también del Poder Legislativo(Iniciativa, Consulta Popular).

⁸⁴ Ibídem, p.

⁸⁵ DROMI ,JOSE; “La Reforma del Estado, Privatizaciones y Concesiones”. Editado por “Ambito Financiero” Buenos Aires. 1989.

En el año 1989 se sancionan las leyes N° 23.696 de Reforma Administrativa y N° 23.697 de Emergencia Económica.

La Reforma del Estado ha tenido como objetivos fundamentales la transformación de la estructura administrativa y económica, así como la transformación social con la idea de afianzar la supremacía del mercado. La idea de eficacia será el leimotiv de esta reforma basada en privilegiar lo rentable y en que cierren las cuentas. Para el logro de éstos objetivos descritos se dictan dos leyes, La ley N° 23.696/89 de *Reforma del Estado* y la Ley N° 23.697/89 de *Emergencia Económica*. La primera tiene como objetivo la reforma estructural del Estado desde el punto de vista Administrativo, reordenando el sector público empresario, promoviendo las privatizaciones. La ley declara la emergencia en la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público, y la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional, por un año prorrogable por el mismo término. Autoriza al Poder Ejecutivo Nacional (PEN) a intervenir todos los entes y empresas y sociedades, cualquiera sea su tipo jurídico, de propiedad exclusiva del Estado Nacional y/o de otras entidades del sector público nacional.

La ley 23.697 de Emergencia Económica, pone en ejercicio el poder de policía de emergencia del Estado, en su artículo primero manifiesta que tiene como objetivo superar la situación de peligro colectivo creada por las graves circunstancias económicas y sociales que la Nación padece, entonces suspende con carácter general, los subsidios, subvenciones y cualquier otro compromiso del mismo carácter, por el plazo de 180 días.

En forma de síntesis podemos agrupar las medidas que implementan las leyes analizados puntos:

1 -Las privatizaciones: Estas son concebidas como el medio necesario para suprimir gastos y allegar recursos adicionales del tesoro mediante la venta de activos, y así ajustar las cuentas públicas y evitar la crisis fiscal. Las privatizaciones se hacen con el objeto necesario para satisfacer la deuda externa e interna, y da la oportunidad de negocios rentables con el mínimo riesgo, dado que aseguran en todos los casos un mercado cautivo, sobre todo a grupos económicos afectados por recorte de subsidios como consecuencias del ajuste de este modo juega un rol compensador. El Art. 1 de la Ley 23696 dice: “Suspéndase por el plazo de ciento ochenta (180) días a partir de la

vigencia de la presente ley con carácter general, los subsidios, subvenciones y todo otro compromiso del mismo carácter que, directa o indirectamente, afectan los recursos del Tesoro Nacional y/o las cuentas del balance del Banco Central de la República Argentina y/o la ecuación económico financiera de las empresas de servicios públicos de cualquier naturaleza jurídica, en especial cuando éstas facturen tarifas o precios diferenciales.....”

2 -Desregulación. Si en los años ‘40 en respuesta a las desigualdades distributivas se implementaron leyes protectoras del trabajo, impuestos progresivos y un sinnúmero de instituciones que conformaron el Estado de Bienestar, la ola desreguladora que se inicia en los ‘80 se traslada al comercio interior, exterior, disolviendo los entes reguladores, reformando la seguridad social y las negociaciones colectivas del trabajo. Todo esto bajo el supuesto de reducir el Estado a sus roles originales como la administración de justicia, seguridad social, educación básica, seguridad y últimamente la preservación del medio ambiente.

3- Descentralización. El Estado Argentino si bien Constitucionalmente, es federal, en los hechos siempre se caracterizó desde que se constituyó como Estado liberal-oligárquico, como un Estado fuertemente centralizado. Pero a partir fundamentalmente del pacto fiscal en 1994, se acentúa la tendencia descentralizadora trasladando a las provincias, los servicios que fundamentalmente hacen a la seguridad social.

4 -Reforma Administrativa: Junto con el crecimiento del Estado Social se desarrollo con el correr de los años un complicado aparato burocrático que en mucho de los casos constituyó una gran superposición de aparatos y normativas, la administración queda hiper-desarrollada. Los primeros antecedentes de la reforma administrativa los encontramos durante el último gobierno radical con la creación de los administradores gubernamentales, que buscaba construir una elite de funcionarios de mayor capacitación vinculados a la Presidencia. En los ‘90, en primer lugar se lleva a cabo la reforma basada en la reducción de personal, mediante el régimen de retiro voluntario, y se busca construir una nueva clase tecnocrática de nivel intermedio, guiada por exigencias gerenciales y de diferenciación salarial. (el SINAPA)

5 -La reducción del gasto público. Un aspecto fundamental de la reforma es el equilibrio fiscal con el aumento de los recursos del sector público la reducción del gasto se logra a través de las privatizaciones, reducción de las inversiones, las transferencias

realizadas a los municipios y las provincias de los hospitales, educación, y otros servicios, cancelación de créditos otorgados por el Banco Central a los Bancos provinciales y al sistema de previsión social; reducción de empleados públicos etc.

6 -Regionalización. Por último otra dimensión de la reforma del Estado es la profundización del proceso de integración regional. Según GARCÍA DELGADO la nueva ola de la regionalización tiene como objetivo corregir algunos de los efectos que produce la globalización sobre las economías nacionales. Se busca compensar la debilidad de los Estados Nacionales mediante la constitución de articulaciones plurinacionales. No obstante en el MERCOSUR se observan diversos conflictos, fundamentalmente derivados de la asimetrías que presentan las economías de los países que lo integran.

Las palabras claves de la Reforma pasarán a ser la eficiencia y la eficacia, desde donde se medirá y valorará el papel y la acción del Estado. Así, en el actual contexto el Estado mediante la planificación de políticas públicas, buscará la calidad de los servicios, por medio de la consecución de objetivos de eficacia, eficiencia y economía.

El rendimiento y la modernización de la Administración Pública se constituyen en elementos necesarios para afrontar el desafío de prestar mejores servicios con menos recursos. Se pretende que la Administración en su obrar “resuelva” los problemas sociales, vale decir que produzca un resultado efectivo. “Surge así la “Efectividad” o si se prefiere el éxito como criterio de legitimidad de la Administración Pública”⁸⁶

La modernización es por lo tanto un proceso que tiende a la obtención de mejor eficacia y eficiencia a través de los recursos que el sistema administrativo ofrece. La modernización de la administración es principalmente se convierte en un problema estratégico. El poder público se ve obligado a acudir y a inducir la colaboración de agentes de la economía privada, y acudir a fórmulas de concierto, transacción y cooperación con grupos sociales y agentes privados incluso para la definición misma del interés público. Pero, la pérdida de la decisión no debe significar una merma de la función del Estado en la resolución de conflictos y el aseguramiento de las condiciones básicas de la vida social, revela sólo una transformación en el modo de desarrollar ese papel. La demanda y búsqueda de nuevos instrumentos de organización y acción y su desbordamiento por la emergencia de otras alternativas de difícil encaje en las construcciones y esquemas en

⁸⁶ PAREJO ALFONSO LUCIANO, “Crisis y renovación en el Derecho Público..... Ob cit p 89.

vigor pero sobre todo en la apreciable tensión entre la actuación formal (conforme a las categorías técnicas y los procedimientos establecidos y regulados por el derecho) e informal (al margen de dichas categorías técnicas y procedimientos) que amenaza ya con romper el necesario y razonable equilibrio entre ambas y pone serias dificultades a la continuación de la explicación del sistema desde la imagen que resulta de la formalización legal. El cuestionamiento influye directamente en el Derecho Administrativo, en tanto que las nuevas exigencias demandan nuevas funciones, pero la nueva definición y establecimiento de la integración social supera la mera dimensión administrativa constituyendo un problema político (Infrastrukturverwaltung) Faber, alusiva a la concepción de la administración como infraestructura del conjunto de la vida social. Para este autor el marco de la acción administrativa no está ya constituido por la ordenación ni la coacción, ni por las prestaciones ni la suma de éstas, sino más bien por el perfil del conjunto de dichas prestaciones como sistema integrado y la utilidad social del mismo, y ello como resultado de una evolución que desde la coacción (la administración autoritaria) conduce, a través del consenso (la administración prestacional) hacia la planificación y la previsión (la administración infraestructural). El anterior modelo de unidad entre Estado y administración (construido sobre la base de la jerarquía como técnica fundamental) se ve yuxtapuesto con un nuevo modelo que se construye basándose en la descentralización, la autonomización, los círculos territoriales de intereses, bajo una gran diversidad de regímenes.⁸⁷

3.1 FISCALIZACIÓN Y CONTROL

La ley 24156, LFSC derogó parcialmente la Ley de Contabilidad (decreto ley 23354/56 ratificada por la ley 14467), disolviendo la Sindicatura General de Empresas Públicas y el Tribunal de Cuentas de la Nación (decreto 2660/92).

La Ley se organiza.: Titulo I: *Disposiciones Generales*, Regulas la Administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional Establecerá no sólo económico-contable, sino un control integrativo, ya que se establecerán funciones de control de legalidad, gestión y auditoría (contable) en materia económica, patrimonial y financiera a la vez. Teniendo por objetivo esencial la estructura innovativa en cuestión la búsqueda de prioridades esenciales tales como regular, unificar y adoptar un sistema

⁸⁷ *Ibidem* pp 22-23.

uniforme, interconectado y dinámico de órganos supervisadores, a los efectos de evitar superposiciones e interferencia de controles, que muchas veces son más paralizantes, por la propia burocracia que generan, y conducentes a impedir la ejecutibilidad de las decisiones del sector que estructuran "la administración activa".

La *administración financiera y los sistemas de control* comprenden 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 fijado en las políticas públicas. Los objetivos básicos establecidos por la Ley son -entre otros- garantizar la aplicación de los principios de regularidad financiera, legalidad, economicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos, (art. 4 a) sistematizar las operaciones de programación y evaluación de los recursos del sector público nacional; desarrollar sistemas que proporcionen información sobre el comportamiento financiero del sector público nacional y para evaluar la gestión de los responsables de cada una de las áreas administrativas. (art.4 b) De modo tal que el sistema, se desarrolla en la centralización normativa por parte de los órganos superiores encargados de su manejo, pero caracterizándose en la desconcentración de las unidades de control y ejecución del sistema, ejerciendo los órganos superiores de dirección de los sub-sistemas, la función normativa de coordinación.

Cada uno de los sistemas está a cargo de un órgano rector, que depende directamente del órgano coordinador, quien tiene a su cargo la supervisión de resultados y la actividad directiva del sistema, integrando la actividad de los cuatro pilares del organigrama. Dicha función de coordinación de los sistemas está a cargo actualmente de la Secretaría de Hacienda.

En el Título. II: *Del Sistema Presupuestario* ésta normativa fija los *principios, órganos, normas y procedimientos* que rigen el sistema presupuestario, estatuyendo un sistema de control interno y externo del sector público Se Establece que la Ley de Presupuesto general constará de tres títulos: Tít. I: Disposiciones Generales; Tít. II: Presupuesto de recursos y gastos de la Administración Central.- Tít. III: Presupuesto de recursos y gastos de los organismos descentralizados

En el Título III *Del sistema de Crédito*: se refiere al sistema de crédito público, definiendo por tal a la capacidad que tiene el Estado de endeudarse con el objeto de captar

medios de financiamiento para realizar inversiones productivas, para atender casos de evidente necesidad nacional, para reestructurar su organización o para refinanciar sus pasivos, incluyendo sus intereses respectivos y se prohíbe realizar operaciones de crédito público para financiar gastos operativos. (art. 56) También clasifica los tipos de deuda pública, derivadas del endeudamiento que resulta de las operaciones de crédito público, en interna o externa, directa o indirecta, a saber: a) *Deuda interna*: considerándose por tal a la contraída con personas físicas o jurídicas, residentes o domiciliadas en la República Argentina y cuyo pago puede ser exigible dentro del territorio; b) *Deuda externa*: es aquella contraída con otro Estado u organismo internacional o cualquier otra persona física o jurídica sin residencia o domicilio en la República y cuyo pago puede ser exigible fuera del territorio, que previo a su contratación o emisión requiere dictamen del BCRA. sobre el impacto de la operación en la balanza de pagos (ver art. 61); c) Deuda directa: es aquella en que la Administración asume por sí misma la calidad de deudor principal; d) Deuda indirecta: es la constituida por cualquier persona física o jurídica, pública o privada, distinta de la persona de la Administración, pero que cuenta con su aval, fianza o garantía.

En el Título IV *Del Sistema de Tesorería*: La ley establece que está compuesto por el conjunto de órganos, normas y procedimientos que intervienen en la recaudación de los ingresos y en los pagos que configuran el flujo de fondos del sector público nacional, así como en la custodia de las disponibilidades que se generan.(Art 72). Siendo el órgano rector del sistema la Tesorería General que coordina el funcionamiento de todas las unidades o servicios de tesorería que operen en el sector público nacional; estando a cargo de un tesorero y sub-tesorero generales designados por el PEN., teniendo como requisitos para acceder a dichos cargos, la experiencia no menor de cinco años en el área financiera o de control, debiendo además contar con título universitario con ramas afines de las ciencias económicas

En el Título V *El sistema de contabilidad gubernamental*: la ley establece que está integrado por el conjunto de principios, órganos, normas y procedimientos utilizados para recopilar, evaluar, procesar y exponer los hechos económicos que afecten o puedan llegar a afectar el patrimonio de las entidades públicas, estando organizado institucionalmente de la siguiente forma: a) *Unidades de registro primario* de la Administración, que operan como centros periféricos del sistema; b) *Centro de contabilidad* de los organismos descentralizados; c) *Contaduría General de la Nación*. Este sistema será único y uniforme

para todos los organismos del sector público, permitiendo la integración de las informaciones presupuestarias, informando con la documentación contable-patrimonial, a fin de determinar los costos de las operaciones públicas.

En el Título VI *Del sistema de Control Interno*. El art. 7 establece que la Sindicatura General de la Nación y la Auditoría General de la Nación constituyen los órganos de control interno y externo de la Administración.

La SGN se constituye como el organismo de control interno del PEN, con la calidad de entidad con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del Presidente de la Nación, a cuyo cargo se encuentra el control interno de las jurisdicciones que componen el PEN. y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependen del mismo, para lo cual debe dictar y aplicar las normas de control interno (en coordinación con la AGN.); emitir y supervisar la aplicación de las normas de auditoría internas; vigilar el cumplimiento de las normas contables, dictadas por la CGN, supervisar el funcionamiento del control interno y establecer requisitos de calidad en el personal destinado al control interno.

Se caracteriza como un servicio hacia la organización de la Administración, que consiste en un examen previo y posterior de las actividades financieras y administrativas de todas las jurisdicciones y entidades de la Administración que dependen del PEN. El control aplicado y coordinado por la SGN debe ser integrado e integral, abarcar los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, procurando la evaluación de proyectos y operaciones y estar fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia. La SGN está a cargo de un síndico general de Estado art. 108 que es asistido por tres (3) síndicos generales adjuntos, con rango de subsecretarios de Estado (decreto 1413/94 del 22/8/94), siendo requisitos comunes para ser designado en la función: poseer título universitario en ciencias económicas y una experiencia en administración financiera y auditoría no inferior a los ocho (8) años.

El art. 104 de la ley asigna a la SGN, dotándola de las siguientes competencias, entre otras, a saber: a) dictar y aplicar normas de control interno, las que deberá coordinar con la AGN.; b) emitir y supervisar la aplicación, por parte de las unidades correspondientes, de las normas de auditoría interna; c) llevar adelante o coordinar ejecución por parte de estudios profesionales de auditores independientes, de auditorías

financieras, de legalidad y gestión, investigaciones especiales, pericias de carácter financiero o de otro tipo, así como orientar la evaluación de programas, proyectos y operaciones; d) vigilar el cumplimiento de las normas contables, emanadas de la CGN; e) supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, facilitando el desarrollo de la AGN; f) establecer requisitos de calidad técnica para el personal de las unidades de auditoría interna; g) aprobar los planes anuales de trabajo de las Unidades de Auditoría Interna, (UAI) orientar y supervisar su ejecución y resultados; h) comprobar la puesta en práctica, por los organismos controlados, de las observaciones y recomendaciones efectuadas por las UAI l) atender los pedidos de asesoría que le formule el PEN. y las autoridades de sus jurisdicciones y entidades en materia de control y auditoría; 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 los criterios de economía, eficiencia y eficacia; k) poner en conocimiento del presidente de la Nación los actos que hubiesen acarreado o estime puedan acarrear significativos perjuicios para el patrimonio público; l) mantener un registro central de auditores y consultores a efectos de la utilización de sus servicios y m) ejercer las funciones del art. 20.

La auditoría interna es el servicio que presta a las unidades controlantes de los órganos a toda organización, consistente en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades. La autoridad superior de cada jurisdicción y entidad será responsable del mantenimiento de un adecuado sistema de control interno que comprenda los instrumentos previos y posteriores incorporados en el plan de organización y en los reglamentos y manuales de procedimiento de cada organismo y la auditoría interna. Este sistema de control interno se completa con la UAI- creadas en la órbita de cada jurisdicción y demás entidades dependientes del PEN

La UAI depende jerárquicamente de la autoridad superior del órgano o dependencia donde despliega su cometido, y es una estructura al servicio de la organización, mientras que las relaciones entre esta y la SGN son de tipo funcional, con la última deberá actuar coordinadamente, la UAI no solo lleva adelante la tradicional auditoría contable o financiera (con énfasis en la verificación del cumplimiento de normas legales y de control interno contable); sino que también lleva a cabo la llamada auditoría operacional (con énfasis en la determinación de la solidez del control sobre las operaciones) encaminada a evaluar la eficacia, eficiencia y economía de la gestión, es

decir, lo que hace al objetivo institucional. También cumple la UAI. Una función de asesoramiento a la autoridad superior en la determinación de las normas y procedimientos inherentes al sistema de control interno y evaluar el cumplimiento posterior de dicha normativa por parte de las jurisdicciones o entidades.

Es por ello que la autoridad superior de cada jurisdicción o entidad dependiente del PEN es responsable del mantenimiento de un adecuado sistema de control interno; que abarca los instrumentos de control previo y posterior incorporados en el plan de organización, en los reglamentos y manuales de procedimiento de cada organismo y la auditoría interna art. 101 de la ley;

La SGN tiene facultades para exigir la colaboración en el ejercicio de sus competencias de vigilancia y cumplimiento de cometidos, ya que está habilitada para requerir a la Contaduría General de la Nación y a los organismos comprendidos en el ámbito de su competencia, la información que le sea necesaria, para el cumplimiento de sus funciones; para ello, todas las autoridades y/o agentes del sector público tienen la imposición legal de colaboración con el organismo, bajo apercibimiento de considerar la conducta adversa como falta grave. Por otra parte, la SGN dictó la res. 67/94 de fecha 23/5/94 mediante la cual, también, establece los criterios y procedimientos que esas mismas jurisdicciones deben adoptar en caso de verificarse actos ilegítimos de los que puedan resultar daños patrimoniales para el Estado Nacional.

La SGN informa trimestralmente al presidente de la Nación de los perjuicios patrimoniales registrados y los procedimientos adoptados en cada caso para obtener adecuado resarcimiento.

Dentro de las obligaciones derivadas del ejercicio de la competencia de contralor el organismo tiene la obligación de informar, con el objeto de mantener una Administración transparente y dinamizar la actividad de las políticas sectoriales y globales, a la Presidencia de la Nación sobre la gestión y cooperativa de los organismos comprendidos en su competencia, en su interrelación con el control externo a la Auditoría Gral. de la Nación y la opinión pública.

En el Título VII *Del Control Externo*: Se regula la AGN, Ésta cumple una función de ente de control externo del sector público nacional, con personería propia, e independencia funcional (independencia financiera) dependiente del Congreso Nacional.

Es un organismo de asistencia técnica del Congreso con autonomía, aunque delegadas a la ley las reglas del funcionamiento, que tiene jerarquía constitucional desde la reforma de 1994. Seguiremos analizando este órgano en otros puntos de nuestro trabajo.

3.2 ESTADO, CONTROL Y RESPONSABILIDAD

Hemos dicho que las circunstancias económicas actuales que se caracterizan por la globalización económica, y que exigen una nueva concepción de la gestión pública, se basa fundamentalmente en el equilibrio financiero estable, calidad y eficiencia de los servicios públicos y transparencia. “Lo que supone que la gestión pública ha de ser suficientemente sólida para resistir su compatibilidad con los resultados conseguidos por los agentes económicos que llevan a cabo actuaciones similares o iguales a las desarrolladas por un ente público determinado.”⁸⁸

Hemos dicho también, que la economía globalizada junto con la participación del Estado en organizaciones internacionales, marcan nuevas pautas de acción que inciden en la reestructuración de la organización del Estado, así como en las pautas de actuación del sector público, en consecuencia en el ejercicio del control de su actuación. Hoy los mercados financieros, obligan a las autoridades económicas a mantener aquellas políticas que garanticen su estabilidad, por lo tanto, la reducción del “*déficit público*” a pasado a ocupar un lugar primordial dentro de los objetivos de la actual gestión pública. Ya que, “la situación presente de las sociedades democráticas impone, sin duda, un reforzamiento del sistema de control que ha de ser compatible con el mantenimiento inexcusable del criterio de la exigibilidad de la eficacia. En tal sentido no es suficiente el respeto formal al imperio de la Ley (principio de legalidad), sino que debe extenderse a todo el Ordenamiento Jurídico, incluido, por supuesto, el control de las llamadas facultades discrecionales por ser campo propicio a prácticas irregulares.”⁸⁹

Por tal razón, las reformas que tienden a la racionalización de la gestión pública, llevan implícitos nuevos requisitos de información para la adopción de decisiones cada

⁸⁸ MONTESINOS JULVE VICENTE; “Nuevos ámbitos de fiscalización de las entidades públicas” Revista Española de Control Externo N° 4, Tribunal de Cuentas de España, Madrid, 2000, p 40.

⁸⁹ MARTÍN MARTÍN, PAULINO, “Posibilidades y limitaciones de la Jurisdicción Contable ante la corrupción”, Revista Española de Control Externo, Tribunal de Cuentas de España, Madrid, 1999, pp.114-115.

vez más complejas, al mismo tiempo que su orientación hacia el ciudadano exige un nuevo concepto de rendición de cuenta, con mejores y más desarrolladas necesidades de información, tanto económicas-financieras, como sociales y medioambientales. En definitiva se hace imprescindible una *mayor transparencia* de las entidades públicas. “Esta transparencia es necesaria tanto hacia fuera como hacia dentro de las entidades, en tanto y en cuanto habrá que facilitar la adecuada adopción de decisiones, tanto por parte de terceros que se relacionan con las entidades públicas, como por los gestores de la misma.”⁹⁰ Por lo tanto, la situación presente de las sociedades democráticas impone, sin duda, un reforzamiento del sistema de control que ha de ser compatible con el mantenimiento inexcusable del criterio de la exigibilidad de la eficacia.

En el marco de estas nuevas exigencias de la gestión pública en el último Congreso del INTOSAI, del año 1998 los delegados reconocieron que en la actual economía globalizada la corrupción pública se constituye en una de las formas más concreta de violación de derechos fundamentales, ya que, aquélla “...conduce al desperdicio de recursos y reduce el crecimiento económico y la calidad de vida, socavando la credibilidad del gobierno y limitando su eficacia”. Algunas EFS comentaron haber observado que, como consecuencia del debilitamiento del Estado de Derecho, se ha generado una estrecha correlación entre la violación de derechos individuales y los niveles de corrupción, “...la pobreza, la injusticia social, y la violencia a menudo se encuentran vinculadas a la corrupción, lo que hace prácticamente imposible aislar este problema del conjunto, dado que hubo consenso en reconocer que la corrupción se manifiesta bajo todas las formas de gobierno, más aún no sólo en el ámbito político sino en todas las esferas de la sociedad.”⁹¹

Por ello, la gestión pública deberá adaptar parámetros de actuación más precisos, haciendo hincapié en la determinación de los objetivos, así como en la asignación de recursos para facilitar el control de eficacia, eficiencia y economía, por parte de los EFS. “El objetivo de la fiscalización es, pues, la actividad misma de la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos. El juicio que autorizan los correspondientes

⁹⁰ *Ibíd.*, p 53.

⁹¹ XVI INCOSAI, Uruguay 1998 (Proyecto de acuerdos). www.intosai.org .

critérios se refiere, consecuentemente, al desarrollo de la actividad misma y no tanto al resultado.”⁹²

En esta situación descrita, el control en su tanto en sus aspectos económicos-financieros, políticos, y sociales, se constituye como un elemento indispensable de la nueva gestión pública, que nos obliga a repensar su contenido. El control no puede pensarse exclusivamente desde el punto de vista garantístico formal, sino que deviene en un control objetivo, vale decir, que procede a verificar, no sólo la adecuación de la actividad Administrativa con las reglas jurídicas, sino también, la correspondencia de los objetivos alcanzados con los que previamente se haya propuesto la Administración. Así, el control se vuelve parte operante de la acción de la administración, cuyo objetivo principal consiste en la evaluación de las políticas desarrolladas por las entidades públicas, su coherencia con los objetivos establecidos y su conformidad con las pautas de gestión previstas. Esto no significa que el ente controlador pueda discutir los objetivos propuestos, pero si, que deberá evaluar si las políticas públicas implementadas y las consecuencias económicas y sociales son adecuadas, vale decir no sólo controla la legalidad del procedimiento, sino la eficacia de los procesos diseñados y la gestión de los recursos.

Creemos que debemos visualizar al control como un sistema, por lo tanto tomamos la acepción de sistema que alude a la común proyección institucional. Según este criterio de enlace, forman un sistema todas las normas que regulan la misma institución.⁹³ Siguiendo este criterio, cuando nos referimos a sistema de control del Estado aludimos no sólo al control efectuado por el Parlamento y le Poder Judicial, sino también al control que realizan los propios órganos de la administración. El control del sector público, además del control de legalidad y constitucionalidad, esta sometido al control en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos.

3.2.1 JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL EXTERNO

Hemos visto, que el Estado Social adquirió un amplio protagonismo en el desarrollo económico, realizando una tarea económico-financiera muy importante mediante la

⁹² PAREJO ALFONSO, LUCIANO; “Eficacia y administración - Tres estudios”.....Ob cit. p 101.

⁹³TARELLO, GIOVANNI; “Cultura Jurídica y política del Derecho”. Ob cit. p. 144.

asunción de políticas públicas redistributivas tendientes a garantizar mínimos de bienestar a la colectividad. En este modelo el intervencionismo estatal operaba en el campo de la inversión y de la producción, mediante la articulación en el interior de la Nación - Estado de: a) políticas de pleno empleo, garantizando la seguridad en el empleo y el nivel de ingresos, b) desarrollo del Estado de Bienestar, mediante la redistribución que permite el acceso de amplios sectores de la población al consumo de bienes y servicios, destinados a elevar la calidad de vida de las fuerzas de trabajo, y de la población en general. “El Estado democrático del S XX reconoce y ampara otra categorías de derechos, los derechos económicos y sociales, cuya efectiva realización se produce la mayoría de las veces a través del diseño y ejecución de políticas públicas, para cuya implantación y desarrollo se utilizan fondos de titularidad colectiva y que, por ello, deben también ser gastados o empleados haciendo que su reversión a la colectividad en forma de bienes o servicios públicos atiendan a principios de equidad y justicia.”⁹⁴

Esta situación relacionada con el nuevo rol del Estado, trajo aparejado una crisis en la naturaleza del control financiero del Sector Público, así el campo del control supera criterios formalistas que consistían exclusivamente en la exigencia de legalidad en las actuaciones de la Administración pública, para dar paso a los nuevos criterios que enfatizan la eficacia, eficiencia y economía como rectores de la actuación de los poderes públicos.

Los derechos fundamentales de contenido social de extraordinaria importancia en este tipo de Estado, carecen de defensa concreta ante los Tribunales y sólo existe una garantía genérica por parte de la Administración, en consecuencia, ésta se ve obligada a actuar de acuerdo con el principio de economía y eficacia. Así, las grandes áreas de la actuación administrativa (salud, educación, trabajo, medio ambiente etc.), se constituyen en objetivos posibles de evaluación cuantitativa desde el punto de vista de la eficacia en la gestión. La intervención del Estado tiene sentido cuando efectivamente sirve a los intereses de los ciudadanos, y esto es así cuando devuelve más de lo que previamente ha distraído.

No cabe ninguna duda, que el tema del control está relacionado con el de responsabilidad, dado que el mismo siempre consistirá en una forma de revisión de las

⁹⁴ MEDINA GUIJARRO, J Y ÁLVAREZ TÓLCHEFF; “Los Derechos Humanos y el control del gasto público en la Constitución Española” en “La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario” Centro Internacional de Estudios Políticos; Editorial Bosch SA, Barcelona 1998; pp. 505, 506.

acciones o de las decisiones asumidas por algún agente. El tema del control y de la responsabilidad puede ser visto y analizado desde varios ángulos que a su vez corresponden a una escala descendiente de abstracción del concepto y de las diversas técnicas e instrumentos que llevan a cabo el control mismo. Consecuentemente, se puede afirmar que el control es un problema central de los sistemas políticos democráticos, dado que concierne al rendimiento de las instituciones que a su vez constituyen al régimen, así como a las organizaciones que gobiernan las políticas públicas.⁹⁵ Y, siguiendo con el criterio de la autora citada y al cual ya hemos hecho referencia mas arriba, podemos analizar el control desde los siguientes ángulos:

1. Desde el punto de vista de la *teoría democrática*, el control responde al principio de distribución del poder, se relaciona con el proceso de delegación de poder de los ciudadanos a sus representantes. Por lo tanto, el voto se constituye en una técnica de control, que tiene como objetivo la verificación de si los actos de gobierno responden a la preferencia de los ciudadanos.

2. En la *relación entre política y administración*, el control se presenta como un problema de gobierno en un sentido estricto y responde a la pregunta de: ¿Cómo se garantiza el alcance de los objetivos previamente establecidos?, ¿Cómo se distribuye la responsabilidad y los recursos entre los diferentes actores en el ámbito e los procesos decisionales públicos?. Este principio de división entre política y administración, tiene como objetivo establecer una relación instrumental, o mas bien de subordinación, entre quien establece los objetivos y quién esta encargado de ejecutarlos. El problema del control aquí se relaciona con los instrumentos asignados al poder político de revisar y corregir el comportamiento de la gestión.

3. En la relación entre *ciudadano y administración*, hablamos de control social, que tiene como objetivo garantizar que el disenso sea incorporado a la organización de la organización pública, conformándose así en elemento de equilibrio.

4. El control como *técnica de dirección y administración* e la acepción más técnica del término control. En esta acepción, el control se constituye como una técnica de

⁹⁵ RIGHETTINI, MARÍA STELLA; Elementi di scienza dell'amministrazione- appunti sul caso italiano” Edizioni Lavoro; Roma 1997. p 49.

producción y difusión de información necesaria para la dirección de la actividad, así como para su corrección. Por lo tanto comprende los instrumentos que hacen posible realizar la revisión sobre las organizaciones en lo concerniente tanto a su funcionamiento, como al establecimiento de responsabilidades.

Entonces, el sometimiento a control de la actividad financiera de la administración va mas allá de intereses o coyunturas políticas concretas, su importancia se manifiesta fundamentalmente en el hecho de que se están utilizando recursos escasos que no son propios, por lo tanto, la forma en que son administrados los mismos no resulta indiferente, en consecuencia, desde esta perspectiva el control se manifiesta como un bien en si mismo esencial.

En los Estados Constitucionales, en los que existe cierta separación o división de poderes la función de control de los fondos públicos y el examen y aprobación de las cuentas pertenecen al Legislativo, pero, dada la complejidad, el volumen y la naturaleza técnica de los temas relacionada con la gestión del Sector Público se han constituido diversos órganos dependientes del Legislativo en los que éstos delegan la vigilancia de la actuación gubernamental, sin perjuicio de que sus actuaciones tengan como destinatario a las Cámaras Legislativas, en quien reside en última instancia la función de control.

En este contexto los órganos de control del Sector Público alcanzan una posición esencial prestando su apoyo técnico al órgano Político - Parlamento, y actuando a su vez como delegados del mismo. Ya que la exigencia de responsabilidades políticas en el desarrollo de la actividad financiera es en última instancia una competencia del órgano político que la ordenó, y esa exigencia de responsabilidades se incardina con la función fiscalizadora de los EFS. Es necesario aceptar entonces, la existencia de una estrecha vinculación entre la aprobación de un plan de actividad financiera, y la rendición de cuentas de la realización de dicho plan, y por lo tanto, que quién haya aprobado aquel, será el competente para pedir éstas. Ya que, no tendría lógica que un órgano representativo pudiera pedir responsabilidades políticas de actuaciones que no han dependido de él porque su ordenación no era competencia suya.

La competencia del control financiero se constituye así en uno de los pilares básicos de la Institución parlamentaria, vale decir, está en la propia génesis y razón de ser del sistema, por ello ante la crisis y dificultades del control del Sector Público en el nuevo

contexto del Estado Social, se buscaron soluciones que trataron fundamentalmente de potenciar el grado de información técnica de las Cámaras en los asuntos económicos-financieros. Así, de acuerdo a las pautas establecidas por el INTOSAI, los EFS se hallan vinculadas al Poder Legislativo, por lo tanto conviene tener presente que es este Poder, el Parlamento el verdadero depositario de la función de control de la actuación del Ejecutivo en la gestión económica-financiera, por lo tanto de la ejecución presupuestaria.

Los EFS se fueron constituyendo como instituciones colaboradoras de los Parlamentos en el desarrollo de las competencias económicas-financieras, como consecuencia, de los nuevos objetivos del control –eficacia y buena administración– empujando a los mismos a salir del mero mecanismo de control contable para entrar en la elaboración de juicios de valor jurídico o económico, deducidos de su propia experiencia, cuyo conocimiento por el Parlamento y por la propia Administración enriquecerá al funcionamiento de ésta al corregir sus defectos y superarlos. Esta labor de asesoramiento se desarrolla en dos niveles, el jurídico-financiero y el más amplio económico-financiero o contable, aunque en la práctica ambos aspectos pueden ir unidos.⁹⁶

La conexión entre el Estado Constitucional y el protagonismo del Parlamento en la actividad financiera adquiere una formulación mucho más acabada cuando las Asambleas asumen no sólo el control de los ingresos sino, sobre todo, la regulación del gasto. La historia del presupuesto es en definitiva, es la historia del Estado Constitucional, identificación que se produce porque las Leyes de Presupuestos resumen en sí misma los principios básicos de esta forma de Estado.

Como podrá apreciarse, la función de control externo de la actividad financiera del Estado lleva implícita una gran carga de contenido político. Por lo tanto, los EFS pueden ser considerados como una especie de inductor cercano al Poder Legislativo, para que éste a través del debate parlamentario puedan exigir “responsabilidades al Ejecutivo” en las que a su juicio y según el informe o dictamen técnico se hubiera incurrido.

La concepción tradicional del control del gasto público, (certificar que las partidas en la que se emplean los recursos y sus cuantías se correspondan con los créditos aprobados por el Parlamento) evoluciona hacia una nueva orientación en aras de alcanzar una mayor

⁹⁶ *Ibidem*, p. 1401

racionalización del gasto público, apoyada en los criterios de eficacia y economía. Consecuentemente, fruto de este enfoque, ha sido también la aparición de nuevas técnicas de presupuestación, denominada “Presupuestos por programas” que está dirigida fundamentalmente a la planificación y distribución de los recursos.

Pero, es a partir de la década del ‘70 que la crisis del modelo de Estado intervencionista comienza a hacerse evidente, el gasto fiscal se dispara, y los indicadores económicos comenzaron a mostrar cierta depresión económica, que es presentada como una crisis de acumulación. Y es precisamente en ese marco, que el pensamiento conservador presentará a la crisis fiscal del Estado, como un producto de la acción del Estado de Bienestar, poniendo en duda de forma creciente la capacidad de intervención pública para alcanzar los objetivos perseguidos.

Como resultado de esta crisis a diferencia de la visión Keynesiana, la unidad de análisis dejará de ser la Nación, para pasar a ser el mundo entero, cualquier país que pretenda desviarse de la lógica del mercado mundial lo hará en perjuicio propio, desde que el sometimiento al “laissez faire” global pretende ser la opción correcta, para el crecimiento de la economía y por lo tanto para aumentar el bienestar de la gente al facilitar el acceso a la mayor cantidad de bienes y servicios, los mejores en calidad y mas baratos del mundo.

En definitiva con aportaciones de distintas escuelas económicas y con la praxis de algunos gobiernos, se fue constituyendo un nuevo paradigma, al que podríamos referirnos como el nuevo liberalismo económico, en el que la capacidad del Estado para contribuir a los grandes objetivos económicos y sociales se vio notablemente mermada, o incluso, el Estado pasó a considerarse como gran responsable de la mayor parte de las dificultades para alcanzar los objetivos.⁹⁷

Estas circunstancias económicas actuales, se caracterizan por la globalización económica, y, exigen en consecuencia una nueva concepción de la gestión pública basada fundamentalmente en el equilibrio financiero estable, calidad y eficiencia de los servicios públicos y transparencia. “Lo que supone que la gestión pública ha de ser

⁹⁷ CALVO BERNARDINO, ANTONIO Y GUTIÉRREZ JESÚS, “El proceso de globalización y la intervención del Estado en economía”, Presupuesto y Gasto Público, N° 152, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, de 2000, p 22.

suficientemente sólida para resistir su compatibilidad con los resultados conseguidos por los agentes económicos que llevan a cabo actuaciones similares o iguales a las desarrolladas por un ente público determinado.”⁹⁸

La economía globalizada junto con la participación del Estado en organizaciones internacionales, marcan nuevas pautas de acción que inciden en la reestructuración de la organización del Estado, así como en las pautas de actuación del sector público, en consecuencia en el ejercicio del control de su actuación.

Así, las reformas tendientes a la racionalización de la gestión pública llevan implícitos nuevos requisitos de información para la adopción de decisiones cada vez más complejas, al mismo tiempo que su orientación hacia el ciudadano exige un nuevo concepto de rendición de cuenta, con mejores y más desarrolladas necesidades de información, tanto económicas-financieras, como sociales y medioambientales. En definitiva se hace imprescindible una mayor *transparencia* de las entidades públicas. “Esta transparencia es necesaria tanto hacia fuera como hacia dentro de las entidades, en tanto y en cuanto habrá que facilitar la adecuada adopción de decisiones, tanto por parte de terceros que se relacionan con las entidades públicas, como por los gestores de la misma.”⁹⁹

En el marco de estas nuevas exigencias de la gestión pública en el último Congreso del INTOSAI del año 1998, los delegados, reconocieron que en la actual economía globalizada la corrupción pública se constituye en una de las formas más concreta de violación de derechos fundamentales, ya que, aquélla “...conduce al desperdicio de recursos y reduce el crecimiento económico y la calidad de vida, socavando la credibilidad del gobierno y limitando su eficacia”. Algunas EFS comentaron haber observado que, como consecuencia del debilitamiento del Estado de Derecho, se genera una estrecha correlación entre la violación de derechos individuales y los niveles de corrupción, “...la pobreza, la injusticia social, y la violencia a menudo se encuentran vinculadas a la corrupción, lo que hace prácticamente imposible aislar este problema del conjunto, dado que hubo consenso

⁹⁸ MONTESINOS JULVE VICENTE; “Nuevos ámbitos de fiscalización de las entidades públicas” Revista Española de Control Externo Nº 4, Tribunal de Cuentas de España, Madrid, 2000, p 40.

⁹⁹ *Ibidem*, p 53.

en reconocer que la corrupción se manifiesta bajo todas las formas de gobierno, más aún no sólo en el ámbito político sino en todas las esferas de la sociedad.”¹⁰⁰

Por ello, la gestión pública deberá adaptar parámetros de actuación mas precisos, haciendo hincapié en la determinación de los objetivos, así como en la asignación de recursos para facilitar el control de eficacia, eficiencia y economía, por parte de los EFS. “El objetivo de la fiscalización es, pues, la actividad misma de la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos. El juicio que autorizan los correspondientes criterios se refiere, consecuentemente, al desarrollo de la actividad misma y no tanto al resultado.”¹⁰¹

3.2.2 Las Técnicas de Auditoría

Hemos visto, que la complejidad de la Administración pública contemporánea, obliga a utilizar sistemas y métodos de control que enfatizan la valoración de la eficiencia, economía y eficacia de la misma. Esto lo que conduce a que el control tenga como objeto una actividad que se desarrolla dentro de un contexto complejo, el control presupone que no solo se valore la conformidad de la acción administrativa con la normas jurídicas que la regulan, sino que deberá verificarse si la administración utilizado sus poderes, fundamentalmente los discrecionales, y los medios materiales y financieros, de la forma mas adecuada para la consecución del interés general.

Las *técnicas de Auditoría* responden a los nuevos criterios de control, ya que representan en el campo del mismo, una superación de los criterios formalistas de control, hoy la salvaguardia de las finanzas públicas requiere que un acto de disposición por parte de la Administración Pública, no sólo sea conforme a los cánones legales, sino que obtenga una efectiva ventaja de acuerdo a la relación costo beneficio, ya que el uso del dinero público, además, de “*legítimo*”, deberá ser “*productivo*”.

La auditoría trata de dar credibilidad a la gestión financiera, ello significa la adopción de precisos criterios *standars* de contabilidad, y que el auditor actúe sobre la base de criterios propios, también rigurosos y *standars*. La auditoría se configura como

¹⁰⁰ XVI INCOSAI, Uruguay 1998 (Proyecto de acuerdos). www.intosai.org .

¹⁰¹ PAREJO ALFONSO, LUCIANO; “Eficacia y administración - Tres estudios”, Instituto Nacional de Administración Pública, BOE., Madrid 1995, p 101.

una evaluación independiente, objetiva y rigurosa de una determinada realidad financiera, sobre la base de dictámenes que establecen una opinión sobre la actividad del ente sujeto a control. Dicha opinión que debe ser formulada en términos positivos siempre debe contener las sugerencias que permitan según dicha opinión mejorar el funcionamiento del ente.

La técnica de auditoría pone atención además del control de la legalidad, en el control de eficiencia, eficacia y economía de un programa o proyecto determinado, requiriendo en consecuencia, la presencia de especialistas en diversas disciplinas como juristas, contadores, ingenieros, estadísticos. La Auditoría no busca tanto las responsabilidades individuales, por lo tanto no sanciona. El auditor trata de individualizar las razones de la ineficacia o de la falta de resultados satisfactorios, consecuentemente tratará de determinar las causas genéticas el porque. Por ello en el dictamen deberá sugerir como modificar las estructuras y los procedimientos a adoptar (leyes, reglamentos, prácticas) con el objetivo de evitar la repetición de abusos, despilfarros errores y disfunciones. Es un control útil ya que se tratan de establecer intervenciones correctivas, con el fin de ahorrar dinero, mejorar los procedimientos, racionalizar la gestión de programas, y servicios más eficientes.¹⁰² Por “eficiencia” se puede entenderse, en general, la consecución de los objetivos programados al más bajo coste posible, o la consecución del mayor número de objetivos con una determinada suma o cantidad. Según esta definición, la gestión administrativa sería eficiente cuando haya cumplido los fines que tiene encomendados con el menor número de recursos, obteniendo un ahorro. Así, el término eficiencia incluiría el de “economía” o “economicidad”.¹⁰³

La auditoría se configura así, como un control correctivo, de proyección, positivo y superador: por lo tanto, como forma de colaboración no antagonista o contrapuesta a la administración activa, es un instrumento de estímulo hacia la Administración pública para el logro de eficiencia, mas que una actividad represiva. La auditoría es también un procedimiento de control que se verifica a si misma, su eficacia la consecución de sus programas y objetivos con el fin de autocorregirse.

¹⁰² LADU, GIAMPAOLO; “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, Roma, 1987, p 1108.

¹⁰³ García Mena, Ramón; “novedad de la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas en materia de fiscalización” Revista Crónica 1988-1989. Tribunal de Cuentas de España. Madrid, p 212.

Este tipo de control es un estímulo para la eficiencia de la Administración pública, y si bien no busca sancionar las conductas ilegales otorga todos los elementos para la actividad represiva. El objetivo de la auditoría es hacer transparente la gestión pública, por lo tanto, el control se convierte en un elemento esencial de la misma, dado que su finalidad es hacer evidente el proceso decisional, y convierte al político o administrador que toma la decisión en responsable, ya que deberá tomar la decisión bajo criterios de razonabilidad.

4 POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ORGANOS DE CONTROL EXTERNO

Hemos dicho que en los Estados modernos la función de control externo de la actividad económica financiera aparece vinculada a los Parlamentos, con el fin de garantizar la independencia del órgano controlante del controlado. Efectivamente de acuerdo con esta afirmación, el INTOSAI recomienda en los Art. 5.3 y 8 de la Declaración de Lima que para lograr dicho objetivo, “...Las EFS y el grado de su independencia deben regularse en la Constitución, los aspectos concretos podrán ser regulados por medio de leyes. Especialmente debe gozar de una protección legal suficiente, garantizada por un Tribunal Supremo, contra cualquier injerencia en su independencia y competencia de control”. “La independencia otorgada a las EFS por la Constitución y la Ley, les garantiza un máximo de iniciativa y responsabilidad, aún cuando actúen como órganos del Parlamento y ejerzan el control por encargo de éste. La Constitución debe regular las relaciones entre las EFS y el Parlamento, de acuerdo con las circunstancias de cada país.” El control político de legalidad y oportunidad del gasto público de la Administración es una de las funciones mas importante del PL en los Estados Constitucionales. El PL debe asegurar que las propuestas de los programas de gobierno sean llevadas a cabo en la forma mas eficiente y económica posible. Por lo tanto, la teoría de los llamados frenos y contrapesos (Checks and balances) entre los distintos poderes del Estado, significa que esta separación de poderes, no debe interpretarse como contraposición, sino mas bien como una “manifestación integradora y expresiva de la dimensión racional y democrática del propio poder”.¹⁰⁴

4.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ORGANOS DE CONTROL

En el Derecho Comparado y en la Constitución de nuestro país, se prevé la creación de órganos de control externo de la gestión de los fondos públicos.¹⁰⁵ Esto implica el reconocimiento de la importancia del control de la ejecución presupuestaria. En muchos casos la regulación Constitucional llega delimitar la composición del órgano, las funciones, el ámbito de su actuación, su competencia, y en otras se deja librado a una

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ CARNICERO GONZÁLEZ J, “Las relaciones entre las Cortes Generales y El Tribunal de Cuentas”, Crónica 1993-1994. Tribunal de Ceuntas de Españ, Madrid 1995.

¹⁰⁵ Así por ejemplo, art. 136 de la Constitución Española, 100.2 de la Constitución Italiana, 47.6 de la Constitución Francesa, 108.5 de la Constitución Portuguesa; 114.2 de la Ley Fundamental de Bon.

regulación específica. Pero independientemente de hasta donde llega la regulación constitucional, en ambos casos se ha avanzado precisamente en la constitucionalización de estos órganos de control. Por lo tanto esto le confiere un rango jerárquico superior equiparable a los demás órganos del Estado. Además, en los textos constitucionales rígido como el nuestro, donde para su reforma se requiere una mayoría cualificada, le otorga a las EFS un alto grado de estabilidad y protección frente a las posibles reformas legislativas ordinarias. Estos órganos no quedan incluido dentro de los clásicos poderes del Estado, vale decir que no se constituye como un cuarto poder. Esta configuración y ubicación del órgano provocó una discusión doctrinaria Europea acerca de: si es o no un órgano constitucional, siendo la opinión predominante la de atribuirle *la relevancia de órgano constitucional*. Dado que su constitucionalización no significa a priori que se lo esté incluyendo en la categoría de órgano constitucional. “Es decir, aunque el reconocimiento jurídico-formal de un órgano del Estado pueda concederle automáticamente, tanto una solemnidad institucional, como una estabilidad jurídica la misma previsión institucional del órgano (y que, en mayor o menos medida está regulado por éste), no lo convierte, por sí sólo en órgano constitucional. No se lo puede calificar así a un órgano por el sólo hecho de estar previsto en la Constitución, y a la inversa, puede haber órganos Constitucionales que no estén expresamente previstos en ella. De ahí que se deba necesariamente, distinguir entre el concepto de “*órgano constitucional*”, y de “*previsión constitucional*”.¹⁰⁶

En el transcurso del presente siglo la organización funcional del poder en las democracias ha sido objeto de reformas. Hemos visto que nuestro país no es ajeno a éste fenómenos, que ha determinado que algunos países se inclinen por modelos menos ortodoxos en los cuales, se opta por la combinación de elementos del parlamentarismo y del presidencialismo. Esta atenuación de las formas puras surgió como un intento de adaptar la estructura gubernamental a los procesos de toma de decisión existentes en esos Estados, o tratar de que los mismos sean más eficientes o, inclusive lograr un mayor ajuste de la actividad gubernamental con los principios democráticos.

En el caso de Argentina, el presidencialismo, “al igual que en la mayoría de los países latinoamericanos, a diferencia del modelo estadounidense, ha evolucionado en su dinámica institucional hacia una concentración enorme de poder en manos del

¹⁰⁶ FRANCESC VALLÉS VIVES Ob cit. P 197/198.

presidente....Hecho que no sólo no ha redundado en una mayor eficacia en el ejercicio del gobierno, sino que se ha manifestado como un escollo para asegurar la continuidad constitucional, originándose desde los mismos poderes democráticos pautas autoritarias”¹⁰⁷. Esta dinámica de construcción del poder ha favorecido, sin duda, la consolidación de un sistema de gestión autoritaria del mismo. Frente a esta construcción, el problema del Estado de Derecho es, ni más ni menos, un problema de límites, es decir, de grado de extensión de garantías, de efectividad de ese control, comprobado a través de la existencia de los adecuados mecanismos e instituciones. Por mucho que hoy se necesite de la ampliación del poder del Ejecutivo con intervención, incluso realmente decisiva, en la función legisladora, continúa siendo cierto, que sin un control legislativo y jurisdiccional de aquél, nos situamos ya fuera del Estado de Derecho, en la zona del Estado autoritario. Estado cuyo Ejecutivo maneja -con ciertas diferencias de intensidad y exclusivismo - un poder ilimitado e incontrolado jurídicamente.

El régimen presidencialista, se ha enfrentado, (y enfrenta) en América Latina numerosas crisis políticas originadas por diversidad de causas, que advierten de la dificultad de su resolución dentro del sistema¹⁰⁸. En consecuencia en la década de los '80, en coincidencia con procesos de transición y consolidación democrática se entabla una gran discusión ante la conveniencia o no de los sistemas Presidencialistas para el fortalecimiento de procesos democráticos, por lo tanto de estabilidad política.

Así, estas discusiones han derivado en el caso argentino en la Reforma Constitucional de 1994, reforma que se plantea como objetivo morigerar el sistema presidencial, hacerlo más “flexible”, con el fin de superar crisis políticas. En efecto,

¹⁰⁷ SABSAY, DANIEL Y ONAIDA JOSE M; “La Constitución de los Argentinos –Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994” ERREPAR, Buenos Aires, 1.994, p 181

¹⁰⁸ SERRRAFERO, MARIO, “Presidencialismo y reforma política en América Latina” Revista Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, N° 8, enero-abril. La preocupación central era como mantener la democracia recientemente alcanzada, dando comienzo así a los estudios sobre la consolidación de la democracia. Las propuestas son diversas y van desde la sugerencia de adoptar directamente la forma Parlamentaria, hasta las que no creen conveniente ningún tipo de cambio. Podemos nombrar algunos trabajos sobre el tema, por supuesto que la lista es mucho mas amplia. NINO CARLOS; *Transition to democracy. Corporatims and constitutional Reform in Latin America* . en “University Miami Law Review, vol 1989. LINZ JUAN; “La crisis del Presidencialismo” Alianza Editorial Madrid 1997. SARTORI GIOVANNI; “Iginería Costtuzionale Comparata” Il Mulino, Bologna 1998. “Elogio del Semi Presidenzialismo” “Revista de Scienza Política” 1995.

hemos visto, que como resultado de dicha reforma, se han institucionalizado nuevos órganos que no responden a la división clásica de poderes, seguida por la anterior Constitución.

En este nuevo marco jurídico, en la sección correspondiente al Poder Legislativo, se crea: la AGN (este último había sido creada previamente por ley N° 24156/92). La doctrina predominante en la Argentina, ha denominado a la AGN y al Defensor del Pueblo *intra poderes*, para diferenciarlos del Ministerio Público que se encuentra contemplado en una sección aparte de la CN, y que ha denominado órgano *extrapoder*. No obstante estas reformas, pensamos que, la forma de gobierno sigue siendo básicamente presidencialista, aunque algunos de los elementos presentes en la misma le otorguen una mayor participación al Congreso.

Es evidente que el Constituyente, con la finalidad de fortalecer al Congreso, (entre otras facultades) le asigna el control externo del sector público nacional, que lo ejercerá a través de un organismo de asistencia técnica con autonomía funcional: la Auditoría General de la Nación (AGN).¹⁰⁹

La Reforma Constitucional fue entonces, un buen momento para replantearse la función de control externo que ejercen las llamadas *Entidades Fiscalizadoras Superiores* en el seno de la organización política-jurídica y económica. Ya que, “la situación presente de las sociedades democráticas impone, un reforzamiento del sistema de control que ha de ser compatible con el mantenimiento inexcusable del criterio de la exigibilidad de la eficacia. En tal sentido no es suficiente el respeto formal al Imperio de la Ley (principio de legalidad), sino que debe extenderse a todo el Ordenamiento Jurídico, incluido, por supuesto, el control de las llamadas facultades discrecionales por ser campo propicio a prácticas irregulares.”¹¹⁰

Según nuestra opinión, la Constitución reformada eleva al rango de constitucional a la AGN, definiéndola como un “*organismo de asistencia técnica del Congreso*”, siendo

¹⁰⁹ Frente al control externo, existe otro tipo de control financiero, que se proyecta igualmente sobre la gestión de fondos públicos: el control interno, ejercido en la Argentina por la Sindicatura General de la Nación.

¹¹⁰ MARTÍN MARTÍN, PAULINO, “Posibilidades y limitaciones de la Jurisdicción Contable ante la corrupción”, Revista Española de Control Externo, Tribunal de Cuentas de España, Madrid, 1.999, pp.114-115.

el control externo del sector público nacional en sus aspectos *patrimoniales, económicos, financieros y operativos*, una atribución propia del Poder Legislativo. (Art. 85 CN). Sin ninguna duda la Constitución, en este punto ha tenido por objeto la atenuación del presidencialismo con el consecuente potenciamiento del control ejercido por el Poder Legislativo, dando lugar a un significativo cambio respecto del sistema anterior, ya que se configura un organismo de control, que actuará como asesor técnico del Congreso.¹¹¹ Podemos decir que, la ejecución del Presupuesto corresponde al PE y el control al PL, en garantía del orden constitucional; si bien éste órgano no puede ejercerlo directamente, por lo que delega sus poderes en una institución especial, la cual, por la índole propia de sus funciones, es de naturaleza constitucional.

El Art. 85 de la CN dice que *“El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será atribución del Poder Legislativo. El examen u opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.” Este organismo de asistencia técnica al Congreso, con autonomía funcional se integrará de modo que lo establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento.....”* La ley de creación del órgano N° 24156 (como ya lo dijéramos mas arriba, es anterior a la reforma constitucional), en su Art. 116 dice, *“Crease la Auditoría General de la Nación, ente de control externo del sector público nacional, dependiente del Congreso Nacional....con personería jurídica propia, e independencia funcional”*

Como se puede apreciar la Constitución Argentina reformada en 1994 define a la AGN como *“un organismo de asistencia técnica del Congreso”*, mientras la Ley N° 24156 la define como una *“entidad”*, siguiendo su propia definición del Art. 9 como una *“...organización pública con personalidad jurídica y patrimonio propios”*. La ley hace hincapié en su independencia financiera, que sin duda intenta reforzar la autonomía funcional, que a su vez es lo que justifica para el legislador, el otorgamiento de personalidad jurídica propia. Personería que según nuestro entender no es necesaria para

¹¹¹ Con anterioridad a la Reforma de la Constitución, la Ley 24156 de Administración Financiera y de Sistemas de Control del Sector público Nacional (LAFSC), que rige desde el 1° de enero de 1993, creó el sistemas de control de la hacienda pública, a la Sindicatura General de la Nación, que tiene a su cargo el control interno, y la AGN que tiene a su cargo el control externo. Su entrada en vigor derogó la Contaduría General de la Nación el Tribunal de Cuentas y a la Sindicatura General de Empresas públicas.

asegurar la independencia de un órgano, dado que, es la atribución de competencias la que permite a cada órgano de la Administración del Estado presentarse como portador de un interés propio. “Por ello, la norma establece la delimitación de las potestades de cada aparato de tutela de intereses, independientemente de que revistan la forma de persona jurídica, ni todos los órganos, ni todas las unidades funcionales tienen las mismas potestades, y puede darse el caso de que un órgano tenga mayores potestades que una persona jurídica. La delimitación concreta de potestades de cada órgano da lugar al concepto de competencia, delimitación que se produce de forma escalonada en función del rango jerárquico de la norma donde se contemple.”¹¹²

Con relación a la naturaleza jurídica de la AGN luego de la reforma, sostenemos que fue intención del Constituyente regularla como un “*órgano de relevancia constitucional*”, que como tal, actúa auxiliando a Poder Legislativo, *único depositario del control externo del sector público* en sus aspectos “patrimoniales, económicos, financieros y operativos”, como lo establece la propia Constitución. Podemos deducir, que la AGN queda excluida de la Administración pública, porque forma parte de los órganos superiores de tipo político, por lo tanto, las actividades materialmente “administrativas” cumplidas por los mismos no integran la organización personificada que es la Administración Pública. Esta actividad administrativa que realizan estos órganos, es complementaria de su función jurídica específica que desarrollan como propias, o bien son organizaciones instrumentales de sostenimiento y apoyo de que tales órganos constitucionales se dotan en servicio de su independencia.¹¹³

La función que realiza la AGN no queda incluida dentro de los clásicos poderes del Estado. En ninguno de los tres poderes regulados por la Constitución tiene cabida como un *cuarto poder*. Su función es la de auxiliar, por necesidad, al Congreso en el control que realiza de la ejecución del presupuesto, y de la gestión económica financiera del Estado Nacional. Ahora bien, el hecho de que el Congreso sea el interlocutor preferente de la AGN, no lleva consigo una dependencia funcional sino una vinculación meramente *orgánica* respecto del Congreso. Es decir, que en el ejercicio de sus funciones, la AGN actúa con plena independencia tal como lo señala el Art. 85 CN “*Este organismo*

¹¹² PAREJO, ALFONSO LUCIANO, JIMÉNEZ BLANCO A. Y ORTEGA ÁLVAREZ; “Manual de Derecho Administrativo” Vol I 5º edic. Editorial Ariel S.A. Barcelona 1998 pp. 305

¹¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ TOMAS RAMÓN; curso de Derecho administrativo” Vol. I 8º edición Editorial Civitas S.A. Madrid 1997, pp.30-35.

de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional... y el Art.116 de la Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional (LAFSC) “entidad con personería jurídica propia e independencia financiera”. La AGN es independiente sólo respecto del ejercicio y del contenido material de su función, es decir, que la dependencia con el Congreso no puede determinar directa o indirectamente el contenido material de sus resoluciones, ni modificar sus informes técnicos, como consecuencia de la función política del Congreso. Según FERNÁNDEZ CARNICERO, el concepto jurídico de dependencia, ya sea orgánica o funcional, en su doble dimensión de relación y de situación jurídica, es principalmente tributario del Derecho Administrativo que lo considera efecto del principio de jerarquía, uno de los principios capitales de la organización interna de la Administraciones Públicas. Por lo tanto, en ningún caso es aplicable a las relaciones entre distintos órganos del Estado, sean constitucionales o de relevancia constitucional, y en concreto no cabe sujetar a esas pautas las relaciones de los EFS con el Parlamento. Tales relaciones se justifican en relación a la efectividad del control del sector público.¹¹⁴

Si analizamos el tercer párrafo del Art. 116, 118 y 127 de la LAFSC podemos observar que la autonomía se limita, ya que *“Su estructura orgánica, sus normas básicas internas, la distribución de funciones serán establecidas por resoluciones conjuntas de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y de Presupuesto y de Hacienda de ambas Cámaras del Congreso de la Nación, por vez primera..”*. (Art.116 3er. Párrafo). A esto hay que agregar que el Art. 118 de la mencionada ley agrega que serán las Comisiones señaladas en el Art. 116 quienes fijen a la Auditoría el Programa de acción anual, y en el Art.127, se establece que será la Comisión Parlamentaria Mixta la encargada de controlar la actividad de la AGN. Y por último, en el Art. 1 de las Normas Básicas del Manual de Organización y Funciones de la AGN, dice que *“la AGN funcionará en jurisdicción del Congreso de la Nación. Sus relaciones con el Poder Legislativo Nacional se efectuarán a través de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración, que tendrá a su cargo el control de la Actividad del Organismo.*

La doctrina italiana expone que los órganos auxiliares desempeñan funciones enmarcadas en la *“actuación técnica del Estado”*, en tanto que los “órganos constitucionales” (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo; Poder Judicial) ejercen poderes

¹¹⁴FERNÁNDEZ CARNICERO, Ob cit p 285.

como manifestación de la “*actuación política del Estado*”. CHELI define como órganos de *relevancia constitucional*, a aquellos que están desvinculados de la relación de dependencia jerárquica, pero que, a diferencia de los órganos constitucionales, no operan a un nivel inmediatamente subordinado a la Constitución formal, sino que, además, están subordinados a toda la legislación ordinaria. Bajo este perfil la relevancia constitucional de un órgano se traduce únicamente en la garantía especial, de que el mismo órgano goza en consecuencia del hecho de ser instituido y reconocido en una norma dotada de fuerza superior a la ley ordinaria.¹¹⁵

En la misma línea, en la doctrina Española, GARCÍA PELAYO sostiene que, los órganos constitucionales, son “*establecidos y configurados*” directamente por la Constitución. Esto quiere decir que, la Constitución no se limita a su simple mención, ni a la mera enumeración de funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser en el caso de los órganos o instituciones “constitucionalmente relevantes”, sino que determina su composición, los órganos y métodos de designación de sus miembros, su estatus institucional y su sistema de competencias, o lo que es lo mismo, reciben ipso iure, de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos”.¹¹⁶ En el mismo sentido LUCAS VERDÚ, dice que la incorporación de los TCu a la Constitución Española de 1978 y su vinculación con el Poder Legislativo, viene a corroborar una motivación política de índole demoliberal, vale decir, que el control de la jurisdicción contable de la gestión económica del Estado y del sector público, se regula conforme al Estado de Derecho, y como es sabido la Constitución es la máxima expresión de la juridicidad, por lo tanto un tema tan importante no puede estar fuera de la misma.

117

Otros argumentos que se maneja en la doctrina italiana, para considerar a los órganos de control externo como órganos de relevancia constitucional, es que estos “no reúnen los caracteres de soberanía típicos de los órganos constitucionales”, ni “participa en la formación de *indirizzo político*”. “Sin embargo, el hecho de estar previsto en el propio

¹¹⁵ CHELI, ENZO; “Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale” en Archivio Giuridico “Filippo Serafini”, Società tipografica editrice Modenese.-Mucchi, Modena, 1965, pp. 90 y 111.

¹¹⁶ GARCIA PELAYO, MANUEL; “El status del Tribunal Constitucional” en Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. I, Madrid, 1981 pp. 13-14.

¹¹⁷ LUCAS VERDU, PABLO; “Apuntes sobre los aspectos jurídicos-políticos del Tribunal de Cuentas”, en El Tribunal de Cuentas Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981, p. 843.

texto constitucional impide situarlo en una posición de inferioridad jerárquica en relación otros órganos. Al contrario, fuerza a reconocer que las EFS disfrutan de una posición de autonomía, porque sólo de ésta manera podrá desempeñar las funciones que le atribuye la norma fundamental.

En atención a las funciones que le asigna la Constitución, en la doctrina Española, se afirma que el TCu es un órgano que está en la órbita parlamentaria pero que no es un órgano parlamentario. Como hemos dicho, se trata de un órgano auxiliar, o de apoyo técnico de las Cortes en las tareas de control económico financiero, por lo tanto, no cabe concluir que sea un órgano parlamentario stricto sensu. Mas bien, como órgano auxiliar, viene a completar el esquema de coordinación de poderes, tratando de consolidar el complicado equilibrio político entre los poderes del Estado, a la vez que garantiza la observancia de la Constitución y los valores fundamentales del ordenamiento, vinculándose a la potestad inquisitorial de las Cámaras como delegatorio de éstas.¹¹⁸ De acuerdo con esta argumentación las facetas políticas (no partidistas) del TCu, son evidentes, dado que derivan de su inserción en el texto fundamental y de su carácter de órgano de relevancia constitucional, en la medida que la política de la Constitución se manifiesta desde la norma de apertura Art. 1º, impregnando a la Constitución en todas las partes y contenidos. Por lo tanto el TCu realiza una función político-constitucional, fiscalizar las cuentas del Estado y del sector público, enjuiciar la responsabilidad contable, función que indudablemente puede tener efectos políticos considerables.¹¹⁹

El problema que suscita el Art. 136 CE es, desde el punto de vista organizativo y jurídico, es el de establecer cómo debe entenderse la dependencia del TCu respecto de las Cortes Generales, y qué consecuencias jurídicas se derivan de ella. Para CAZORLA PRIETO, la dependencia tiene más un significado político histórico que jurídico, pues se justifica en gran medida en el hecho de que, la independencia que el Tribunal precisa para el desempeño cabal de sus funciones, se garantizaría mejor en el marco parlamentario. Estamos entonces ante una dependencia funcional en el ejercicio de la función fiscalizadora más no orgánicas. Así, la relación de dependencia, se va a predicar respecto de la función fiscalizadora en su totalidad (superándose así la restricción que hacía en los

¹¹⁸ TRILLO FIGUEROA, FEDERICO, “La función consultiva del Tribunal de Cuentas ante al Crisis de la Institución Parlamentaria” Tribunal de Cuentas, Vol II, edit Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.982, p 1413.

¹¹⁹ LUCAS VERDÚ, PABLO; Ob. Cit. p 844.

primeros momentos a tan sólo “el examen y comprobación de la cuenta general del Estado”) pero no de la función jurisdiccional. Pero esta dependencia funcional a la que se hace referencia, tampoco implica relación jerárquica, sino que debe entenderse que el TCu ejerce la fiscalización financiera o técnica respecto de la economía, mientras que corresponde al Parlamento el control político global del cual forma parte el control financiero, y en esta acepción, debe entenderse el carácter supremo del TCu, y al mismo tiempo su dependencia respecto de las Cortes Generales.¹²⁰

En cuanto a la Argentina, creemos que es aplicable la doctrina que venimos analizando, por lo tanto, la AGN es un “*órgano de relevancia constitucional*” que actúa como asesor del Congreso de la Nación, y que, a pesar de que sus dictámenes son necesarios para sustentar la ponderación del Parlamento respecto de la gestión de la administración pública, no integra el Poder Legislativo, pero, como órgano es de relevancia constitucional. La Constitución prevé que “el presidente del organismo será designado a propuesta de los partidos políticos de la oposición con mayor número de legisladores en el Congreso”. En efecto, en la Constitución aparecen sólo mencionadas sus funciones, y los requisitos de elección para el presidente del organismo, pero también se establece una vinculación institucional. Dice la Constitución, que éste organismo de asistencia técnica con autónoma funcional, se integrará del modo que establezca la ley de su creación y funcionamiento. Al igual que en el caso del TCu Español, creemos que como órgano auxiliar, viene a completar el esquema de coordinación de poderes, tratando de consolidar el complicado equilibrio político entre los poderes del Estado, a la vez que garantiza la observancia de la Constitución, y flexibilizando el sistema Presidencialista, adoptando elementos del sistema Parlamentario. Aunque, cabe aclarar que en los sistemas presidencialistas la función de control se encuentra un poco debilitada, al no ser el Ejecutivo responsable políticamente ante el Congreso, además, la LAFSC dice expresamente en el Art. 117, 2do párrafo, que “*el control de la gestión de los funcionarios referidos en el Art. 45 de la Constitución Nacional (hoy Art. 53) será siempre global y ejercida exclusivamente, por las Cámaras del Congreso de la Nación*”... El Art. 53 de la CN regula las facultades de la Cámara de Diputados en materia de juicio político, es decir,

¹²⁰ CAZORLA PRIETO, LUIS MARIA, “El Tribunal de Cuentas y las corporaciones locales”. EL tribunal de Cuentas Vol I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981. pp. 152/154

su potestad de acusar ante el Senado al Presidente, Vicepresidente, el Jefe de Gabinete de Ministros, a los Ministros y a los miembros de la Corte Suprema.¹²¹

Para concluir con este punto es imprescindible hacer notar que una diferencia fundamental entre TCu la AGN es, que ésta última, no realiza juicio de cuentas y de responsabilidad de los funcionarios sobre actos de los órganos estatales; la AGN no enjuicia ni persigue al funcionario prevaricador sino que, cuando se justifique, aportará pruebas del presunto ilícito y pasará el caso al Poder Judicial, con el fin de darle mayor transparencia a la función de control.

4.2 RELACIONES DEL LA AGN CON EL PODER LEGISLATIVO

La AGN creada por la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del sector público Nacional (LAFSC), tiene una finalidad más amplia que la mera creación del mencionado órgano, dado que según surge del mensaje enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación¹²², la misma tiene por finalidad otorgarle racionalidad a la administración financiera del sector público nacional, e instituir una estructura de controles internos y externos de carácter financiero y operativo que se adapten a las nuevas formas de gestión de los entes públicos.

En el mencionado mensaje del Poder Ejecutivo, se dice que este proyecto de Ley tiene como objetivo “El perfeccionamiento del *sistema republicano de gobierno* y la consolidación de la práctica democrática en nuestro país. Y que será, asimismo una barrera para todas las diversas formas de corrupción, que al amparo de la crisis económica, han proliferado en la sociedad argentina alcanzando también al sector público.”¹²³

¹²¹ Sólo ella (Cámara de Diputados) ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes, Art. 53 CN.

¹²² Mensaje del Poder Ejecutivo de la República Argentina, enviado al Honorable Congreso de la Nación, conjuntamente con el Proyecto Legislativo, el día 12 de abril de 1991, en Anales de Legislación Argentina 1992. La Ley SAE. e I. Buenos Aires 1993, p. 3964.

¹²³ *Ibidem*, p. 3964.

Entonces esta ley se plantea como objetivo primordial, organizar a la administración nacional y su control en diversos sistemas, abarcando dos grandes conceptos; por un lado, tenemos a la *administración financiera* y por otro a los *sistemas de control*. Hemos visto que dentro del primer concepto, se incluyen normas que organizan el sistema presupuestario; de crédito público; de tesorería y de contabilidad; en el segundo concepto se crea la Sindicatura General de la Nación, (SGN) encargada del control interno, que actuará dentro de la órbita del poder Ejecutivo, y, a la AGN dependiente del Congreso, encargada del control externo del sector económico financiero.

Es evidente que la ley responde a una nueva concepción de la gestión pública, basada, en el equilibrio financiero, calidad y eficiencia en los servicios públicos y transparencia. Esto significa, en el escenario actual de la economía globalizada, someter el sector público a las reglas de la competitividad, en consecuencia la gestión pública planteará nuevos requerimientos informativos para la adopción de decisiones, al tiempo que su orientación hacia el ciudadano (se produce el pasaje del ciudadano, como representante de una opinión pública, al consumidor interesado en disfrutar de una cierta calidad de vida) exige un nuevo concepto de rendición de cuentas, con mayor información tanto, económica –financiera, como social y medioambiental, vale decir, se hace imprescindible la transparencia de las entidades públicas.¹²⁴

Dentro de esta concepción de la gestión pública, a los gestores se les atribuye cualidades gestoras de quienes actúan en un contexto competitivo, así, el concepto de responsabilidad política, social y financiera de los gestores públicos, resulta esencial, viéndose necesariamente ampliado, el alcance y contenido de la rendición de cuentas. Por derivación, el objetivo de la fiscalización y auditoría públicas será el de la verificación del adecuado cumplimiento de la responsabilidad de los gerentes, respondiendo al principio de objetividad y eficiencia. Así dentro de esta concepción en su mensaje el Poder Ejecutivo dice, “se trata de reconocer la función de gerencia responsable, a tiempo completo, dentro de la cosa pública, deductivamente la responsabilidad de la gestión dependerá de la efectividad de los controles institucionales.

En efecto, la ley tiene como objetivo una permanente retroalimentación del proceso “*organización-gestión-control*”, concibiendo este proceso como un flujo

¹²⁴ MONTESINO JULVE, VICENTE; “ Nuevos ámbitos de fiscalización de la entidades públicas”, Revista Española de Control Público, Nº 4, Tribunal de Cuentas, Madrid, 2000. p. 39-40.

continuo de información. En consecuencia, el control es considerado como una garantía interna de buena gestión, por ello se lo concibe como un sistema, dado que si se lo analiza en su totalidad, podemos conectar los tres elementos a los que nos hemos referido. Acorde con ésta idea en el Art. 4 de la LAFSC se establece los objetivos de la misma: (que deberán tenerse en cuenta al momento de su interpretación, y reglamentación)

- a) Garantizar la aplicación de los principios de regularidad financiera, economicidad e eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de recursos;
- b) Sistematizar las operaciones de programación, gestión y evaluación de recursos del sector público;
- c) Desarrollar los sistemas que proporcionen información oportuna y confiable sobre el comportamiento financiero del sector público nacional, para evaluar a la gestión de los responsables de cada una de las áreas administrativas,
- d) Establecer como responsabilidad de la administración superior de cada jurisdicción o entidad del sector público, la implantación y mantenimiento de:
 - 1) Un sistema contable,
 - 2) Un eficaz sistema de control interno normativo, financiero, económico y de gestión;
 - 3) Procedimientos adecuados que aseguren a la conducción económica eficiente, y a la evaluación de resultados de los programas y proyectos y operaciones de los responsables.
- e) Estructurar los sistemas de control externo del sector público.

De lo expuesto se deduce, que no puede existir un sistema de control que funcione sin la adecuada información. Cuando ésta es clara, sencilla y fácil de interpretar el control es posible. El cumplir con esos requisitos informativos es la idea que inspira los primeros cuatro capítulos del Título II de la Ley. En consecuencia en el Cap. I, organiza el sistema, y establece las normas técnicas comunes; en el Cap. II, establece las normas relativas a la estructura y formulación, y ejecución del presupuesto; en el Cap. III, establece las normas relativas sobre el presupuesto de empresas y sociedades del Estado; y por último en el Cap. IV, habla del Presupuesto consolidado del sector público nacional.

En lo relativo al control externo, la ley crea la AGN y la coloca en la órbita del Congreso de la Nación, en la discusión Parlamentaria se ha dicho que la publicidad es el principal control, y que cuando una cuestión que alude a irregularidades, aparece en el

Congreso, inmediatamente comienzan a funcionar los mecanismos republicanos, y que por lo tanto, Legislar y Controlar son dos funciones típicas del Congreso, como órgano depositario de la voluntad popular.

Luego, la Reforma Constitucional del '94 eleva a rango de órgano de relevancia constitucional a la AGN, (nos remitimos al punto donde tratamos su posición Constitucional) otorgándole funciones de asistencia técnica al Congreso para el control del sector público, tanto en su aspecto económico como operativo.

4.2.1 DEPENDENCIA DE LA AGN DEL CONGRESO

Según la doctrina Española el concepto jurídico de dependencia ya sea orgánica o funcional, en su doble dimensión de relación y de situación jurídica, es principalmente tributario del Derecho Administrativo. Por lo tanto *el principio jurídico administrativo de jerarquía* no es en ningún caso, aplicable a las relaciones entre distintos órganos del Estado, sean constitucionales o de relevancia constitucional, y en concreto no cabe sujetar a esa pauta las relaciones de los órganos auxiliares o de asistencia técnica y el Poder Legislativo. Tales relaciones solo se justifican en consideración a la efectividad del control de legalidad presupuestaria, objetivo en el que convergen tanto la función propia del supremo órgano fiscalizador como la potestad de control de la acción del gobierno que la Constitución atribuye al Parlamento.

La doctrina dominante establece que la dependencia directa del TCu respecto de las Cortes Generales no lo convierte a aquél en un órgano parlamentario. En realidad, según los defensores de esta posición, la expresión "*dependencia directa*" tiene un alcance más político que jurídico, y viene determinada por los precedentes históricos.

En el ejercicio de la función fiscalizadora, la dependencia obliga a admitir que el TCu reciba de las Cortes instrucciones y atienda sus requerimientos de asesoramiento e informe. En la medida en que esto sea así, depende la importancia que se dé al control político de la gestión económica del sector público, cosa que la Constitución obviamente no dice, aunque se refiere a un informe anual que el TCu tiene que remitir a las Cortes Generales.

En la misma línea, hemos visto, FERNÁNDEZ CARNICERO dice que, el único sentido que cabe reconocer a la fórmula constitucional de dependencia directa del TCu respecto

de las Cortes, es el de expresar el asentamiento democrático de aquél, en el órgano de representación de la voluntad del pueblo español, y de esa forma resaltar la íntima interdependencia entre la función de control del gasto público y la supremacía institucional del Parlamento¹²⁵.

Por su lado, LINDE PANIAGUA opina que “la referencia a la dependencia, expresa en primer lugar, que las relaciones en el desempeño con las funciones fiscalizadoras sólo tienen como interlocutor a las Cortes, de modo, y manera que el Tribunal no se relaciona con otros órganos o poderes si no es para requerirles información o colaboración en el desempeño de su función. En segundo lugar, la dependencia se expresa por la circunstancia de que ejercen dicho poder, por delegación permanente de las Cortes, a través de los mecanismos de relación con la Comisión Mixta.”¹²⁶

El fundamento de la relación entre las Asambleas Legislativas y el Órgano Superior de Fiscalización consiste, en que este último es un instrumento esencial para que el Legislativo cumpla adecuadamente las tareas financieras que le imponen los principios básicos del Estado Constitucional. El principal riesgo para el desarrollo de esta tarea reside en que los TCu excedan su papel de órgano que controla la legalidad, y asuman, o se les atribuya protagonismo en el debate político, este fenómeno los deslegitimaría y a la larga determinaría su ineficacia.

La doctrina dominante cree, que se debe rechazar claramente la aplicación del principio jurídico-administrativo de dependencia orgánica, al TCu cuando lo que se quiere es garantizar la independencia del órgano en el pleno ejercicio de su función. Sólo desde la independencia puede llevarse a cabo efectivamente, la función fiscalizadora. Sólo la independencia del órgano, puede justificar la concesión del estatuto judicial y la mayor permanencia de los miembros de este Tribunal respecto de la duración del mandato parlamentario ordinario. Esa independencia no se ve afectada por el nombramiento por la Cortes Generales de los miembros del Tribunal ya que lo relevante al menos jurídicamente, no es el origen sino el estatuto de independencia e inamovilidad que les ampara. Sería una contradicción dramática que ese asentamiento del Tribunal en el

¹²⁵ FERNÁNDEZ CARNICERO, GONZÁLEZ CLARO; “Las relaciones entre las Cortes Generales y el Tribunal de Cuentas”, Crónica 1992-1993, Tribunal de Cuentas España, Madrid 1994, pp. 287-289.

¹²⁶ LINDE PANIAGUA, ENRIQUE; “El Tribunal de Cuentas y su dependencia directa de las Cortes Generales”, Tribunal de Cuentas Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, p 833.

Parlamento derivara en la práctica, en la mediatización y debilitamiento de aquél y, como consecuencia fuera un motivo más desprestigio de la institución Parlamentaria.

Finalmente, la existencia de conexiones entre las Cortes Generales y el TCu, se articulan a través de la Comisión Mixta del Congreso y del Senado, creada en la Disposición 1º de la LOTCu. En la práctica la Comisión Mixta es la encargada de recibir la documentación de las correspondientes actuaciones fiscalizadoras, con la asistencia habitual del Presidente del Tribunal para comentar o aclarar las dudas a los parlamentarios. También la Mesa de la Comisión será la encargada de mantener la relación permanente con la Comisión de Gobierno del TCu. Es evidente que las Cortes Generales, son las depositarias del Poder del Control Financiero y que a éstas les compete desarrollar de una manera eficaz las relaciones entre ellas y el TCu.

Por lo tanto, a través de la actuación inductora del TCu, las Cortes Generales tienen un poder de control de toda la actividad financiera del país con independencia de la que se atribuye a tal organismo en relación con las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales. Pues bien, a modo de conclusión decimos en primer lugar, que la dependencia directa del Tribunal no se expresa mediante la integración del mismo en el Poder Legislativo, sino, como lo hemos dicho, se trata de fortalecer su independencia frente al órgano controlado sometiénolo a la órbita del Legislativo.

En segundo lugar, la dependencia directa del TCu no se refiere a la totalidad de las funciones del mismo. En efecto, debe excluirse la función jurisdiccional, y reducirse a su ámbito la función fiscalizadora, que desempeña por delegación de las Cortes.

En tercer lugar, la referida dependencia, que las relaciones en el desempeño de su función fiscalizadora sólo tienen como interlocutor a las Cortes, de modo que el Tribunal no se relaciona con otros órganos o poderes si no es para requerirles información o colaboración en el desempeño de su función.

En cuarto lugar, la dependencia se expresa por la circunstancia de que ejercen dicho poder por delegación permanente de las Cortes, de las funciones fiscalizadoras. A tal efecto, en las Cortes a través del mecanismo de la Comisión Mixta, se establece una fluida relación que se materializa a través de comunicaciones, directivas, recomendaciones u otras indicaciones, o bien mediante la solicitud de informes dictámenes y otras informaciones.

Y por último, el informe anual del Tribunal, debe dirigirse tan solo a las Cortes y no a otro órgano, en consecuencia, la dependencia viene a expresar fundamentalmente que el TCu siendo independiente, se relaciona en el desempeño de sus funciones fiscalizadoras tan solo con las Cortes. Por ello, sería mas correcto hablar de “vinculación”, no de “dependencia” entendida como subordinación jerárquica, ya que de este modo se atenta contra el principio de independencia del TCu que predica la CE.

En el caso de la AGN el Art. 85 de la CN establece, que el Poder Legislativo, examinará y opinará sobre el desempeño y situación general de la administración pública, sustentando las mismas en los dictámenes de la AGN. Además, establece que se trata de un “...organismo de asistencia técnica al Congreso, con autonomía funcional”. Por otro lado la LAFSC, en el Art. 116, define a la AGN como una “...Entidad con personería jurídica propia”, dependiente del Congreso Nacional, con independencia funcional y financiera. Se puede apreciar cómo la ley 24156 en su art. 9 diferencia “entidad” como toda organización pública con personalidad jurídica y patrimonio propio; y por “jurisdicción” a cada una de las siguientes unidades institucionales: a) Poder Legislativo; b) Poder Judicial; c) Presidencia de la Nación, los Ministerios y Secretarías del PEN.

Creemos que al igual que en el caso español, hubiese sido mas adecuado hablar de “vinculación” en lugar de dependencia, ya que dicho concepto -siguiendo a la doctrina analizada- lo consideramos propio de las relaciones jurídicas que se establecen entre órganos pertenecientes a la Administración Pública, por lo tanto no aplicables a los órganos constitucionales o de relevancia constitucional.

La AGN, goza de independencia en lo que se refiere al ejercicio de su función, por lo tanto el Congreso no podrá determinar directa o indirectamente el contenido de sus dictámenes, independientemente de que su plan anual de trabajo deba ser aprobado por la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y de Presupuestos y Hacienda de ambas Cámaras. Así, para asegurar su independencia, la LAFSC le otorga a la AGN independencia financiera; aunque su proyecto de Presupuesto deberá ser analizado por la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, y luego será enviado al Poder Ejecutivo, Art. 129 inc. b.

En esa línea el Art. 119 de LAFSC y el 11 de las Normas Básicas del Manual de Organización y Funciones de la AGN, le otorgan facultades a la Auditoría para el ejercicio de sus funciones.

Consecuentemente, consideramos que, estos artículos reforzarían su independencia desde el punto de vista funcional, ya que podrá: 1) realizar todo tipo de actos o contratos necesarios para el desempeño de sus funciones; 2) exigir colaboración, de todas las entidades públicas, que estén obligadas a otorgar información de todo tipo, relacionadas con el ejercicio de sus funciones; 3) promover investigaciones de contenido patrimonial, 4) deberá comunicar sus conclusiones a la Comisión Mixta Parlamentaria; 5) deberá también, formular los criterios de control y de auditoría externas; y por último, 6) dar publicidad de todo el material con excepción de aquel que por decisión de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas deba permanecer reservado.

Según los Arts. 128/129 de la LAFSC, y el Art. 1 de las Normas Básicas, la AGN se relacionará con el Poder Legislativo a través de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, que tendrá a su cargo el control del organismo. Dicha Comisión, juntamente con la Comisión de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras deberá aprobar el programa de acción anual, a desarrollar por la Auditoría, pudiendo hacer las observaciones y reformas que crean convenientes; analizar el programa de presupuesto anual, encomendar la realización de estudios e investigaciones y dictámenes especiales en materias de su competencia; por último analizar la memoria anual que deberá elevarse el 1º de mayo de cada año.

Para finalizar, consideramos que no cabe ninguna duda, acerca de que el Congreso Argentino es el depositario del control externo del sector público nacional, tal como lo dice expresamente el Art. 85 de la CN, y que la dependencia de la AGN, no implica su integración como órgano del Congreso, sino que la misma ejerce la función de control externo en sus aspectos técnicos, por delegación del Poder Legislativo, dado que éste último deberá, por mandato constitucional sustentar sus opiniones acerca del desempeño y situación general de la administración en los dictámenes técnicos de la Auditoría.

Por último pensamos, siguiendo a la doctrina Europea, citada en los puntos precedentes, que la AGN como órgano de actuación técnica, no ejerce funciones en la actuación política del Estado, pero sin duda contribuye a fortalecer el Poder Legislativo, completando el esquema de coordinación y equilibrio de poderes del Estado, a la vez que garantiza la observancia de la Constitución, por lo tanto perfecciona el sistema republicano de gobierno consolidándolo en la práctica democrática, dado que, como es sabido la publicidad de los actos de gobierno es un requisito esencial del mismo. Contribuye en definitiva a la consecución de la transparencia en la gestión pública

identificando áreas de autoridad y de responsabilidad, tratando de desfavorecer áreas de impunidad y corrupción.

A modo de conclusión, no debemos olvidar que el fortalecimiento del Congreso fue uno de los objetivos perseguidos por la Reforma, tal como se expresa en el Núcleo de Coincidencias Básicas para la Reforma, de la Constitución de 1994.

4.2.2 COMISIÓN PARLAMENTARIA MIXTA REVISORA DE CUENTAS - SU RELACIÓN CON LA AGN

La AGN materializa sus relaciones con el Poder Legislativo de la Nación, a través de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas quién, además, tiene a su cargo el control de las actividades desarrolladas por la Auditoría.

La Comisión es bicameral, estará integrada por seis Senadores y seis Diputados, cuyo mandato durará hasta la próxima renovación de la Cámara a la cual pertenezcan y serán elegidos simultáneamente en igual forma que los miembros de las Comisiones permanentes. Todos los años se elegirá un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario que pueden ser reelectos, mientras éstas designaciones no se hagan, ejercerán los cargos los legisladores designados para el período anterior. La Comisión contará con personal administrativo técnico que establezca la Ley de presupuesto general en el Ítem Senado de la Nación, y estará investida con las facultades que ambas Cámaras delegan a sus Comisiones permanentes y especiales. (Art. 128).

Para el desempeño de sus funciones esta Comisión debe:

- a) Aprobar juntamente con las Comisiones de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras el programa de acción anual, de control externo a desarrollar por la AGN.
- b) Analizar el proyecto de presupuesto, anual de la AGN y remitirlo al Poder Ejecutivo de la Nación.
- c) Encomendar a la AGN la realización de estudios, investigaciones y dictámenes especiales sobre materias de su competencia, fijando los plazos de su realización.
- d) Requerir de la AGN toda la información que estime oportuno sobre actividades realizadas por dicho ente.
- e) Analizar los informes periódicos de cumplimiento de programas de trabajo aprobado, efectuar las observaciones que pueden merecer e indicar las modificaciones que estime conveniente introducir.

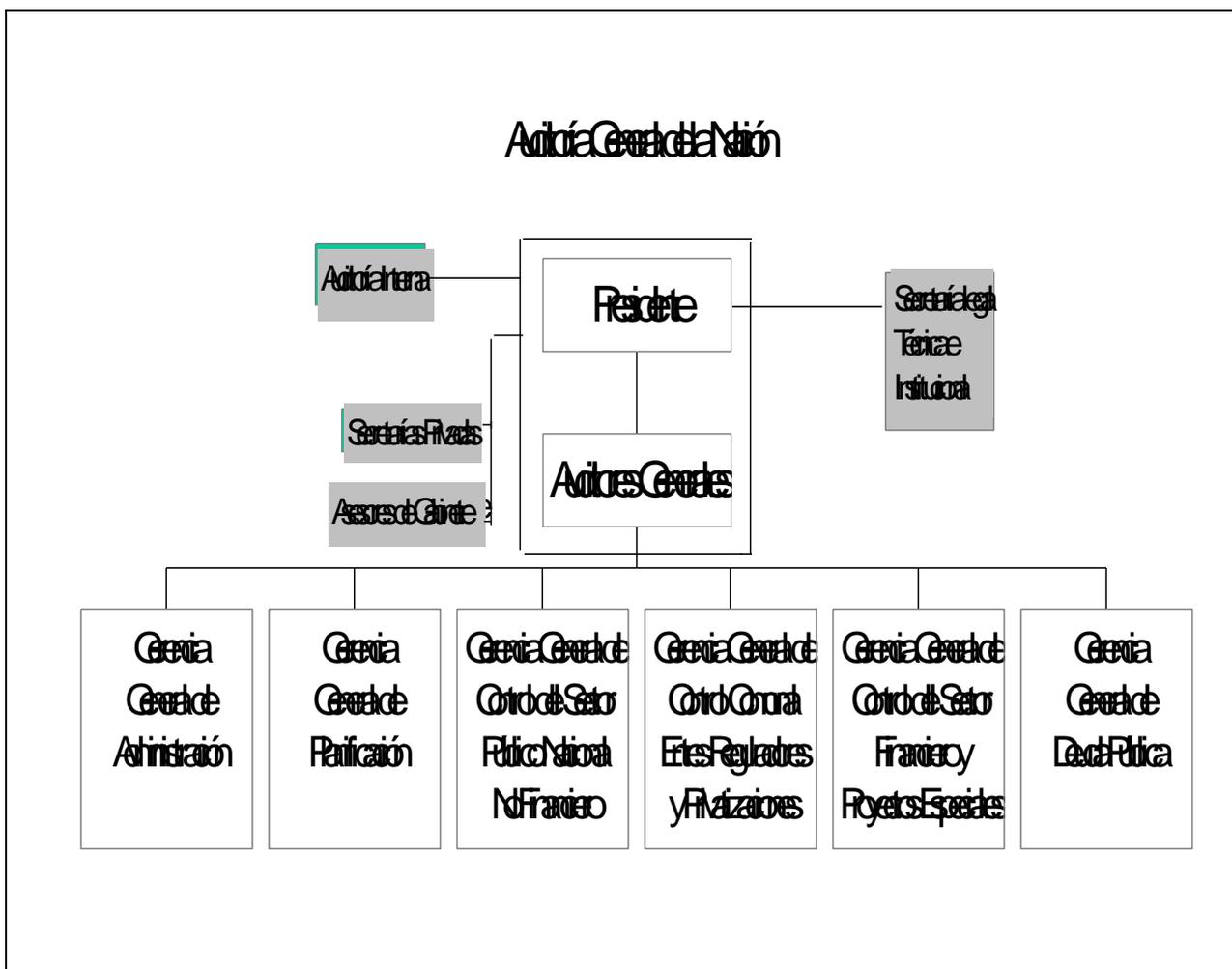
f) Analizar la memoria anual de la AGN deberá elevar el 1º de Mayo de cada año.

5 COMPOSICIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LA AGN

Se trata de un órgano colegiado, está compuesto por siete miembros denominados “Auditores Generales”, la LAFSC en el Art.121 dice que se trata de un órgano colegiado integrado por siete miembros. De los cuales serán elegidos tres por cada una de las Cámaras del Congreso. En cuanto a la Presidencia del órgano, el Art. 85 de la CN dice que “...será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso...”, es evidente que con esta norma el Constituyente quiere hacer efectivo el principio de que la “mayoría gobierna y la minoría controla”, por lo tanto garantiza el equilibrio de poderes y el principio democrático.

En el *Manual de Organización y Funciones de la AGN* se establece que la AGN tendrá un Presidente del cual dependerá directamente la Secretaría Legal y Técnica. Del Presidente y de los Auditores Generales dependerán: la Gerencia General de Administración, Gerencia General de Planificación; Gerencia General del Control Comunal, Entes reguladores y Privatizaciones; Gerencia General de Control del Sector Financiero Y Proyectos Especiales; Gerencia General de Deuda Pública.

También dependerán de la AGN; una Auditoría Interna que tendrá a su cargo la gestión técnica, administrativa, económica financiera de la AGN; una Secretaria Privada y los Asesores de Gabinete.



5.1 CONTROL DE LA GESTIÓN PÚBLICA

Hemos visto, que el control del gasto público se constituye en una necesidad primordial de la actividad económica de los Estados modernos; sea para regular el déficit fiscal, o para luchar contra la corrupción, la malversación y el fraude. Esto ha hecho que con el fin de alcanzar mayor rentabilidad del gasto, se apliquen nuevas técnicas de presupuesto, denominadas presupuesto por programa, dirigido no primordialmente al control de la gestión, sino a la planificación y distribución de recursos. Esto es necesario para una mayor racionalización en los programas de inversión de fondos públicos, porque permite establecer, y alcanzar objetivos económicos con el menor consumo de medios. “Se busca con ello la racionalización de todo el proceso de gestión en sentido amplio, integrado por tres fases, estrechamente vinculados entre si: Planificación, gestión y control o evaluación de los resultados”.¹²⁷

¹²⁷ *Ibidem*, p 13

Esto implica que, una vez adoptado este sistema de presupuestación, es necesario implementar un proceso de seguimiento y control de programas presupuestarios que culmina el proceso de presupuestación por programas, y cuya finalidad primordial es la del análisis permanente de las desviaciones existentes entre las previsiones y los resultados, y otorgar información relevante a los distintos órganos facultados para la toma de decisiones.

Así, los presupuestos por programas y objetivos, una vez aprobados se convierten en compromisos del Legislativo y del Ejecutivo, lo que trae aparejado que la evaluación de su cumplimiento, se convierta en un compromiso ineludible. Por otro lado, en circunstancias como las actuales en que nos enfrentamos a un crecimiento desigual entre las demandas y las mejoras de servicios públicos, y que los recursos para hacerles frente, son escasos por la necesidad de reducir el déficit público, lo que hace imprescindible maximizar el grado de utilización de los mismos. En consecuencia, se ha tornado imprescindible, evaluar las causas de las desviaciones de los objetivos, es necesario para los ejercicios futuros, así como detectar las posibles irregularidades en la gestión y las responsabilidades emergentes de la misma.¹²⁸

Como se verá, la economía, eficiencia y eficacia de la gestión, se convierten en valores que adquieren gran relevancia en la actuación de los poderes públicos, que a su vez hacen que su forma de organización sea cada vez más flexible y autónoma, y que los procedimientos y técnicas de actuación se modifiquen adoptando fórmulas de “*management*” empresarial. No obstante, si bien este sistema le permite responder a los problemas en forma inmediata y creativa, esto debe ser compensado con una mayor exigencia de responsabilidad, por lo tanto de incremento del control.

La actividad de control la AGN constituye el presupuesto para que el PL lleve a cabo el necesario control político sobre la actividad desarrollada por el Ejecutivo. Por esta razón, los informes de las entidades fiscalizadoras aunque (en teoría) neutros y asépticos, pueden transformarse en un formidable argumento en el debate entre mayorías y minorías.

Por influencia de otros ordenamientos y de las recomendaciones internacionales, existe en la actualidad una tendencia generalizada a resaltar las ventajas de este tipo de actividades como instrumento para medir el grado de eficacia y de eficiencia del gasto

¹²⁸ FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, M^a DEL VALLE; “Presupuestación por Programas”, Crónica 1996-1997 Ediciones: Tribunal de Cuentas de España, Madrid 1998, pp. 175-177.

público. Por ello, es conveniente destacar que este tipo de análisis, al pretender evaluar el éxito en la consecución de objetivos, o la adecuación entre dichos objetivos y los medios disponibles para alcanzarlos, entrañan muchas veces juicios que no son puramente técnicos, sino de valor, y que como tales corresponde que se emitan en las instancias políticas.

Este riesgo, ha sido puesto de manifiesto como uno de los mayores riesgos del control de eficacia, porque el mismo consiste en la formación de criterios valorativos que han de presidir inexorablemente, la emisión de todo juicio sobre la economía y eficiencia del sector público. “Todos los expertos en contabilidad coinciden en señalar que no pueden definirse las fronteras del control de eficacia, dado que, necesariamente se apoya en unos presupuestos valorativos que puedan variar de persona a persona y que no son en modo alguno reducibles a parámetros técnicamente mensurables y objetivables. Este peligro es todavía mayor en el caso del sector público, donde las diversas concepciones del mundo que los partidos políticos representan pueden alterar en su base cualquier juicio de eficacia, llevándolo a soluciones dispares, no obstante la corrección del planteamiento técnico en todos los casos. Dicho de otra forma, el juicio de eficacia sobre el gasto público en educación, por ejemplo diferirá absolutamente si el presupuesto axiológico de partida es el modelo educativo socialista o el de un partido de derecha tradicional.”¹²⁹

Pero, no cabe duda que las funciones llevadas adelante, por parte de los órganos de fiscalización externa, pueda redundar en una mejora de la gestión administrativa. No obstante, que exista la posibilidad de que los informes de dichos órganos, bajo argumentos aparentemente económicos, encubran orientaciones políticas, o que dichos informes, aunque carezcan de tal pretensión sean susceptibles de lecturas en clave política.

FERNÁNDEZ CARNICERO, cuando analiza la función del TCu en España, sostiene que: “la principal razón de ser del TCu es contribuir a la articulación efectiva del Estado Social y Democrático de Derecho y, en ningún caso, subordinarse alternativamente a la coyuntura política de las Cámaras, en un Estado de Derecho el fundamento último del control se encuentra en el Imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular, igualmente, en el Estado Social y Democrático al ser la justicia uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico ha de concretarse, en el caso del gasto público, en

¹²⁹ SANTA MARÍA PASTOR, JUAN ALONSO; “Las funciones del Tribunal de Cuentas”, Crónica 1981, Vol. I, Tribunal de Cuentas, Madrid, 1982 p 193

una asignación equitativa de los recursos, así como en la sujeción y programación de ejecución de criterios de eficacia y de economía.¹³⁰

Existe necesariamente, tanto en la teoría como en la práctica, una clara línea divisoria entre las funciones que corresponden al Parlamento y las funciones que corresponden a los EFS. Cuando las Asambleas intervienen en materias financieras, desempeñan sus funciones en el ámbito de lo político, frente a ello, los EFS ejercitan fundamentalmente un control de naturaleza técnico jurídica. Aun así, la función auxiliar atribuida a los órganos de fiscalización en beneficio de las Asambleas puede provocar una instrumentación política de los EFS, dicha manipulación llevada hasta sus máximos extremos, podría poner en cuestión la objetividad y neutralidad de dichos órganos, y, por tanto, las bases de su propia legitimidad.

CAZORLA PRIETO, deslinda la función técnica que corresponde al Tribunal, del control político, este último tiene una proyección sustancialmente política; y se justifica en términos políticos y su auténtica razón de ser, por lo tanto, se centra en ese campo. Mientras que, la fiscalización, que con un carácter supremo se confiere al TCu, es por el contrario eminentemente técnica, y su meta principal ha de consistir en facilitar elementos de juicio sustancialmente técnicos a las Cortes Generales, a quienes corresponde el control político sobre la base de ellos.

Como ya lo hemos dicho cuando analizamos la naturaleza jurídica de los órganos de control externo, éstos no participan en la orientación política, ya que corresponde al PL como órgano habilitado constitucionalmente para formular los criterios valorativos sobre la base de los que ha de efectuarse el control de eficacia, de ningún modo pueden interferir en la metodología y pautas técnicas de actuación de los EFS ni hacer modificaciones directa o indirecta de las conclusiones del mismo. “El Tribunal, en el ejercicio de la función fiscalizadora, emite un informe técnico que sirve de fundamento a las resoluciones dictadas por el Parlamento en el ejercicio de la función de control del Ejecutivo. Los informes no pueden alterarse como consecuencia de la función política del Parlamento puede aceptar o no las conclusiones del informe, pero no puede someterlo a enjuiciamiento técnico y alterar su contenido”.¹³¹ Por consiguiente, lo EFS realizan una

¹³⁰FERNÁNDEZ CARNICERO GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA; “Las relaciones entre las Cortes Generales y el Tribunal de Cuentas”, Ob. Cit. pp. 288-289.

¹³¹ DE LA FUENTE Y DE LA CALLE, JOSÉ M^a; Ob. Cit p 703.

función política-constitucional: fiscalizar las cuentas del Estado y del sector público, enjuiciar la responsabilidad contable, función que puede tener efectos políticos considerables, aunque naturalmente la acometan con la pulcritud técnica que exige y precisa la correspondiente Ley Orgánica.

5.1.1 CONTROL QUE REALIZA LA AGN

En el debate parlamentario de la LAFSC, cuando se discute acerca del nombre que deberá adoptar el organismo de control externo se dice que: el término control hace referencia mas a la persona u organismo, que insertada dentro de la administración activa cumple una función de verificación o inspección. En consecuencia se puede deducir que cabe la posibilidad de que organismo o persona, tenga participación activa en algunas decisiones, como acontece o acontecía en algunos órganos de control externo de América Latina.

En cambio el término “*auditoría*”, no sólo se utiliza para hacer referencia a la censura de cuentas o a la revisión de contabilidad en sentido estricto, sino también para designar la actividad de control de la actividad económica-financiera de cualquier institución, ya sea esta pública o privada. Por derivación, modernamente el término auditoría se ha extendido llegándose a lo que se denomina “auditoría de alcance ampliado”, que incluye la verificación legal, financiera y operacional del ente bajo control. Es en consecuencia, en ésta modalidad donde se trata de insertar la AGN, de allí su denominación¹³²

La Declaración de Lima del INTOSAI, dice en su art. 1 que: “*La institución de control es inmanente a la economía financiera pública. El control no representa una finalidad en sí mismo, sino que es una parte imprescindible de un mecanismo regulados que debe señalar, oportunamente las desviaciones normativa y las infracciones al principio de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctiva convenientes en cada caso, determinarse las responsabilidades del órgano culpable, exigirse la*

¹³² BERHONGARAY ANTONIO TOMAS; Debate parlamentario de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, en Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, octubre 30 y 31 de 1991, Buenos Aires, p. 3996

indemnización o adoptarse las determinaciones que impidan o, por lo menos, dificulten, la repetición de tales infracciones en el futuro”.

De acuerdo con la definición anterior, Se puede decir que la AGN realiza un control integrativo, por lo tanto se adapta a la recomendación del INTOSAI ya que tiene funciones de control de legalidad, gestión y auditoría (contable) en materia *económica, patrimonial y financiera*, art. 85 de la CN y art. 117 de la LAFSC. Como se verá, el alcance de su control va mas allá del simple control contable, para instalarse en el marco de la legalidad, de respeto del orden jurídico, de buena gestión, relacionándola con al eficacia y la eficiencia del desempeño de quienes tienen a su cargo los fondos públicos. Con el desarrollo de éste tipo de control global se pretende evaluar la buena marcha de la Administración en sus aspectos técnicos, contables y financieros.

En las Normas de Auditoría externa de la AGN, se define en el punto 1A a la Auditoría externa como “...*un examen estructurado de registros u otra búsqueda de evidencia con el propósito de sustentar una evaluación, recomendación u opinión personal con respecto a: la consistencia de los sistemas de información y control; la eficiencia y efectividad de los programas y operaciones; razonabilidad de los estados financieros e informes de rendimiento que pretenden revelar las condiciones actuales y los resultados de pasadas operaciones de un organismo o programa.*”

En el punto 1B plantea los objetivos de la auditoría externa. Ellos son:

- a) Determinar la razonabilidad de la información financiera generada por el ente auditado.*
- b) Establecer si se ha cumplido la normativa aplicable.*
- c) Comprobar si los recursos públicos se han utilizado en forma económica y eficiente.*
- d) Determinar el grado en que se han alcanzado los objetivos previstos.*
- e) Promover mejoras en los sistemas administrativos y financieros, en las operaciones y en el control interno.*

Podríamos decir que el control que desarrolla la AGN, es sin ninguna duda de carácter técnico jurídico, su informe puede ser utilizado por el Congreso de la Nación para sustentar su opinión política acerca de la actividad económica-financiera realizada por el Ejecutivo, pero, de ningún modo podrá cambiar ni valorar el informe técnico presentado por el órgano de control.

5.2 MODALIDADES DEL CONTROL

Reiteramos que hoy, el tema del control no puede circunscribirse exclusivamente al examen y el respeto de las normas o de la regularidad de la gestión, sino que, además, deberá analizar si la regularidad o la buena gestión responde a los principios establecidos para la actividad o acto de que se trate.

El control es una operación jurídica desarrollada por un órgano o sujeto debidamente habilitado, que desde un punto de vista muy general puede desenvolverse en el ámbito de la subordinación jerárquica (control interno), o fuera de la misma, (control externo), y que siempre dará lugar a un juicio de conformidad o no, con determinadas reglas o cánones sobre la base de los cuales debe desarrollarse la actividad o acto.

Así, el control se convierte en una actividad compleja, no se trata de un acto singular aislado, sino que el mismo se encuentra inserto en la actividad controlada, se trata, de un proceso inevitablemente dinámico en el que la realimentación permanente constituye una pieza clave; dicho proceso contemplaría las siguientes etapas. Análisis de la gestión pública, diseño de un programa de fiscalización, realización de auditorías y utilización de técnicas complementarias, valoración de los resultados, eventuales actuaciones en el ámbito de la jurisdicción contable, efectos concretos en la gestión pública modificada, y, por último, análisis.

Consecuentemente, "...controlar en función de una composición operativa de intereses públicos significa seguir toda la actividad administrativa, desde la formación de la voluntad, hasta el desarrollo de los actos de ejecución... Lo esencial en el control es evitar reducir el mismo a un esquema, a una investigación automática de conformidad al esquema mismo sin ir más a fondo. Los criterios a seguir en sede del control (también en los de legitimidad) no deben servir para un abstracto ejercicio de lógica formal, sino salvaguardar concretos valores político-administrativos."¹³³

Si realizamos un análisis histórico, de la evolución del control económico-financiero del sector público, podemos observar, que se ha ido pasando desde el examen exclusivo de las cuentas de gastos o ingresos, a la elaboración y emisión de una opinión

¹³³ ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, GIUFRE EDITORE OB CIT. P. 2,

razonada sobre los estados financieros y sobre la actuación de los gestores, en cuanto a si se someten o no, a los principios de eficacia, eficiencia y economía.

Sin duda, esta evolución del proceso de control a la que hacemos referencia, guarda una estrecha relación con la evolución de la gestión pública, y con los medios materiales e instrumentales por los cuales la misma se formaliza, concreta y se registra. Por lo tanto, los nuevos objetivos del control difícilmente serían alcanzables si nos se utilizan una gama muy desarrollada de técnicas de auditoría, ya que la finalidad principal de la misma, es la de mejorar la utilidad de la información, para las decisiones racionales, de tipo económico, a la vez que es garantía frente a terceros, (accionistas, empleados, proveedores, etc.) en el sentido de que se ha realizado un examen objetivo e imparcial, llevado a cabo por profesionales expertos, ajenos a los intereses convergentes del organismo que se verifica.

Podemos establecer una clasificación básica de los controles que se ejercen sobre la actividad económico-financiera del sector público, sobre la base de los siguientes criterios:

- ✓ Criterio de la dependencia.
- ✓ Criterio temporal.
- ✓ Criterio de alcance.
- ✓ Criterio de responsabilidad

Tomando como referencia los criterios anteriores podría construirse la siguiente tabla clasificadora: ¹³⁴

Criterio	Tipo de Control		
	Interno	Externo	
De dependencia	Interno	Externo	
Temporal y de contenido	Preventivo	Sucesivo	Consuntivo
De alcance	De legalidad	De regularidad	De gestión
De responsabilidad	Jurisdiccional	No Jurisdiccional	

¹³⁴ *Ibidem.* p 40.

5.2.1 CONTROL INTERNO

Entre las múltiples clasificaciones en primer lugar, debemos distinguir entre 1) *control interno*, entendiéndose por tal aquel que se realiza por una persona, equipo u órgano incardinado en la entidad fiscalizada y, 2) *el control externo*, que es el que se lleva a cabo por una persona, equipo u órgano que no pertenece a la entidad sujeta a control.

Los órganos de control externo han de examinar y evaluar los sistemas de control interno, como objeto mismo de su actividad fiscalizadora, y como procedimiento previo para determinar el ámbito y tipo de examen a realizar, en consecuencia es preciso la coordinación de su actividad. En este sentido la Declaración de Lima del INTOSAI en su Art. 3.3 afirma que *“incumbe a la Entidad Fiscalizadora Superior, como órgano de control externo, controlar la eficacia de los órganos de control interno. Asegurada la eficacia del órgano de control interno, ha de aspirarse a la delimitación de las respectivas funciones oportunas y a la cooperación entre la Entidad Fiscalizadora Superior y el órgano de control interno, independientemente del Derecho de la Entidad Fiscalizadora Superior a un control total”*.

La creación de la SGN está prevista en el LAFSC, en ella establece que es ésta un *órgano de control interno del Poder Ejecutivo*. (Art.96). El control interno se constituirá, como un sistema de control que quedará conformado por la SGN y por las unidades de auditoría interna que serán creadas en cada jurisdicción que dependa del PEN. Es una *entidad con personería jurídica*, con autarquía administrativa y financiera.

El control que lleva adelante la SGN, es posterior y abarca los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, la evaluación de los programas, proyectos y operaciones deberán estar fundados en criterios de economía, eficacia y eficiencia. El control que coordine la SGN deberá ser integral e integrado.

La SGN deberá dictar sus propias normas de control interno, coordinadas con la AGN. A tal efecto, las administraciones públicas están en la obligación de establecer, los sistemas administrativos, de información y control interno adecuados para la transparencia de la gestión. Permitiendo el fácil acceso, verificación y ampliación del conocimiento sobre la misma, tanto de los órganos de control como de la opinión pública. Por último, el auditor que lleve adelante una actuación deberá mantenerse desligado de las operaciones sujetas a examen.

La SGN, deberá informar al Presidente de la Nación sobre la gestión financiera y operativa de los organismos comprendidos dentro del ámbito de su competencia; a la AGN sobre la gestión cumplida, sin perjuicio de atender consultas o requerimientos específicos del mencionado órgano de control externo; y por último, deberá informar periódicamente a la opinión pública.

Como lo dijéramos, fue objetivo de la LAFSC proponer normas claras de contabilidad y presupuesto de administración de los bienes del Estado, de Tesorería y de Crédito Público. Tal como surge del debate Parlamentario, la mencionada ley se basa en la teoría de los sistemas, constituyéndose en un conjunto normativo abarcativo de la totalidad del sector público. Sin duda, esto significa un avance por cuanto esto significa un enfoque sistemático del tema de la administración financiera del sector público y del subsistema de los órganos de control interno y externo. Sin duda, la claridad de la información, la facilidad para interpretarla y evaluarla, permitirá un mejor control, y se podría alcanzar sólo a través del esquema de “*centralización normativa*”.¹³⁵

5.2.2 CONTROL DE LEGALIDAD

Los EFS colaboran con el Poder Legislativo, en primer lugar para lograr el efectivo respeto del principio de *supremacía de la ley*. El control que se lleva a cabo sobre la actividad de la administración es básicamente un control de legalidad, destinado a comprobar que el acto sometido a fiscalización se haya realizado conforme a lo establecido en el presupuesto y en el resto de las normas del ordenamiento jurídico, que sean de aplicación.

Este tipo de control requiere, en la mayoría de los casos, la utilización de técnicas contables destinadas a comprobar que las operaciones económico administrativas se hayan anotado en forma correcta y que las cuentas correspondan a la realidad. Pero esta operación de carácter financiero, forma parte del propio control de legalidad, por ello, está destinado a verificar si el supuesto de hecho sometido a análisis coincide con el previsto en la norma que resulta de aplicación, de manera que sea posible extraer de tal supuesto de hecho las debidas consecuencias jurídicas.

Estamos ante un tipo de control que a pesar de sus particularidades responde a un modelo de control jurídico, ya que reúne la principal característica que es: su *carácter*

¹³⁵ BERONGARAY ANTONIO TOMAS; Ob.cit. p 3989.

objetivado del mismo, que según MANUEL ARAGÓN identifica a este tipo de control. Por ello el juicio o la valoración del objeto sometido a control está también sometido a *razones de naturaleza jurídica*, sujetas a reglas de verificación.

Hemos visto que la evolución de la actividad Administrativa desde el campo reglado al discrecional ha puesto en crisis al control de legalidad, sustituyéndolo por otro tipo de fiscalización. Pero, debemos decir que la discrecionalidad administrativa de ningún modo implica arbitrariedad. Así, el control siempre se deberá apreciar si se respetaron o no los principios del Derecho, que con uno u otro desarrollo rijan a la administración pública, siempre al servicio del interés general. Por lo tanto el control de legalidad de la actividad administrativa discrecional es posible, en función del sometimiento de ésta a los fines que la fundamentan.

Sin perjuicio de la aplicación de criterios o juicios de valor para el desarrollo de la actividad discrecional de la Administración Pública, se ha de anotar que en el ámbito de la actividad económica-financiera, tal actividad discrecional se presenta con técnicas de evaluación, análisis o programación, que permiten un control técnico. Por lo tanto, debemos recordar que la “técnica” que es *antagónica a “discrecionalidad”*, hace que la actividad administrativa sea susceptible de control técnico; se inserte o no en el control de legalidad.¹³⁶

La AGN desarrolla el control de legalidad mediante el ejercicio de la función fiscalizadora. Este control se realiza con posterioridad a la realización del acto, y en ocasión de la verificación de la utilización de los recursos del Estado de acuerdo a las normas vigentes. También se efectúa un control de legalidad en el momento de la realización de los diferentes tipos de auditoría. (Art. 85 CN y Art. 118 inc. a de la LAFSC)

5.2.3 CONTROL DE GESTIÓN

La fiscalización o auditoría tradicional del sector público, se basa en dos pilares: uno contable y otro jurídico. El contable, se basa en el concepto de cuenta, ya que, examina la formulación y funcionamiento de la misma. Es un control financiero que persigue comprobar que todos los hechos económicos del sector público se adaptan – según la normativa establecida- a unos estado numéricos realizados con arreglo a la

¹³⁶ ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, CESAR; “La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas”, El Tribunal de Cuentas de España, Vol. I; Madrid, 1981, p. 49.

técnica de contabilidad. Se trata de comprobar la existencia de quebrantos o desfalcos, y que el Ejecutivo no sobrepase los límites de la autorización del legislativo contenida en el presupuesto.¹³⁷ “El tratamiento contable no venía articulado en un cuerpo científico, sino que se hallaba establecido por un sinnúmero de normas, instrucciones, circulares etc. Que abordaban la casuística de tal forma que prácticamente toda anotación contable se reflejaba en virtud de determinada disposición y en la forma que ella establecía.”¹³⁸ En consecuencia, toda infracción contable se constituía en una infracción legal, por ello el control de legalidad era considerado el más importante, y toda auditoría de contabilidad se reducía a una mera comprobación normativa.

Hoy la auditoría o control de gestión trata de verificar que el ente auditado, haya utilizado desde el punto de vista económico los recursos financieros en forma oportuna, tanto desde el punto de vista legal como económico. El control de gestión comienza por un control de legalidad, pasando luego a verificar la regularidad mediante el análisis de los resultados obtenidos con el auxilio de técnicas de evaluación e indicadores necesarios.

La AGN realiza el control de gestión mediante la implementación de las técnicas de Auditoría. Las Auditorías de Gestión tendrán por objeto evaluar la economía, *eficiencia* y *eficacia* de los actos de la Administración. Esta actividad es importante tanto desde el punto de vista del control, como desde la información que proporciona a los tomadores de decisión, o usuarios, dentro de áreas tan distintas como el Parlamento, el Poder Ejecutivo, Organismos Internacionales y la opinión pública en general. (Art. 85 CN y Sección IV de las normas de Auditoría Externa del la AGN)

¹³⁷ SAN MARTÍN MENÉNDEZ, JOSÉ LUIS; “La fiscalización del sector público (La auditoría de Gestión del sector público)”, Crónica 1994-1995, Madrid 1996, p 454.

¹³⁸ *Ibidem*, 454-455-456.

6 PRINCIPIOS Y TÉCNICAS DE CONTROL

Sostiene, PAREJO ALFONSO QUE, en la valorización social, política, práctica y, también jurídica de la Administración pública, como parte de la estructura de los poderes públicos, tienen destacada importancia los valores de eficacia, eficiencia y economía. No obstante, estos valores no significa dejar de lado los valores tradicionales, ligados al surgimiento y definición de los principios del Estado de derecho y del Estado democrático, sin perjuicio de la tensión dialéctica, los principio de eficacia y eficiencia operan en un plano específico y propio de la demanda política y social, que nada dice acerca de la legitimación democrática del poder público administrativo, ni de la legalidad de su actuación, que debe entenderse se dan en él por supuesto o cumplidos.¹³⁹

Entonces, para efectuar el control externo, sobre la gestión económica-financiera del sector público, se aplican los principios, indicadores y técnicas de especial relevancia en el ámbito económico financiero. Entre los principios básicos suelen destacarse los de “*eficacia, eficiencia y economía*”, todos ellos son asumidos, total o parcialmente, por la doctrina del control consagrada en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Pero, debemos destacar que, el mero intento de definir estos principios plantea cierta dificultad, pues existen matices e impresiones, que de los mismos mantienen diferentes los autores e instituciones. Esta discusión, no será analizada en este trabajo, por lo tanto, adheriremos a una de las tantas definiciones de los principios que nos ocupan.

La mayoría de la doctrina acostumbra a relacionar el principio de eficacia con los objetivos, la eficiencia con los costes y la economía con ambas referencias:

6.1 EFICIENCIA Y EFICACIA

Con aportaciones de distintas escuelas económicas y con la praxis de algunos gobiernos, se fue constituyendo un nuevo paradigma, al que podríamos referirnos como “*el nuevo liberalismo económico*”. Este paradigma pone en duda la capacidad del Estado para contribuir a los grandes objetivos económicos, y sociales e incluso considera al Estado como el gran responsable de la mayor parte de las dificultades para alcanzar los objetivos de eficacia y eficiencia.

¹³⁹ PAREJO ALFONSO, LUCIANO; “La importancia de la eficacia” p 89.

La crisis del Estado desencadenó la crítica al Estado, llevando el neoliberalismo la voz cantante de la crítica hacia la intervención estatal, e identificando todo tipo de intervención estatal como nefasta, lentamente comienza el debate, la antinomia entre Estado y mercado. La pérdida de confianza en la capacidad del Estado para asegurar no ya una mejora sostenida, sino incluso la permanencia del nivel del bienestar colectivo alcanzado, ha provocado profundas transformaciones, políticas, culturales, sociales y económicas, haciendo saltar la cuestión relativa acerca del efecto real de la acción estatal, evaluándola a la luz de los objetivos y de los medios disponibles. “Se explica así el deterioro continuo del prestigio de la *cultura de lo público*, especialmente de la formalizada jurídicamente (experimentada como rígida, lenta inadecuada; en definitiva hostil a la eficacia), frente al crecimiento del prestigio del sistema privado(percibido como eficaz, por ágil, flexible, capaz de responder y amoldarse inmediatamente a los cambios) y, por ende, el progresivo afianzamiento de la lógica de este último, determinada absolutamente por la economía (clave del momento), como parámetro de referencia y medida.”¹⁴⁰

Vemos que, hoy no basta al Estado la legitimidad obtenida por su origen democrático del poder, ni la derivada de la efectividad de su ejercicio, sino que le es preciso justificar la adecuada utilización de los medios de que dispone, así como mostrar los resultados que provienen de la eficacia en la resolución de las cuestiones sociales.¹⁴¹

¹⁴⁰ PAREJO ALFONSO L: “La eficacia como principio jurídico” Ob Cit. p 17.

¹⁴¹ El tema de la legitimidad, hace referencia al fundamento y la justificación del nacimiento y desarrollo de la actividad administrativa, entendida esta como acción de gobierno dedicada a dirigir los aparatos públicos hacia la consecución de cualquier tipo de objetivos. Por lo tanto la legitimidad concierne al momento constitutivo de la delegación de poder, a la racionalidad individual y organizativa de los aparatos públicos, así como a lo atinente a los objetivos perseguidos y a los resultados obtenidos efectivamente. Entonces, en el ámbito de la democracia moderna la legitimidad que goza la administración pública, puede ser considerada como el resultado de la integración de tres acepciones del término: una que identifica la legitimidad con la legalidad, por lo tanto a la regularidad de la actuación administrativa; la segunda que identifica la legalidad con la capacidad de actuación de las decisiones políticas o de la políticas pública; y una tercera que se refiere en un sentido amplio a la imagen de la institución, a su reputación a su prestigio. Las tres acepciones de legitimidad responden a una racionalidad diferente, la primera, la *legitimidad legal*, que como su nombre lo indica hace a la racionalidad legal, por lo tanto lo que interesa es la corrección procesal y formal, la segunda *legitimidad específica* interesa la capacidad de satisfacer las

Esto, a provocando que el valor de la eficacia y la eficiencia adquieran importancia en la valoración de la Administración, ya que de aquella “...se exige no sólo que obre o actúe, sino que al hacerlo, “*resuelva*” los problemas sociales, es decir que produzca, en cada caso, un determinado resultado efectivo, es decir una “obra”, cabalmente la pretendida y señalada como objetivo al diagnosticar el problema de que se trate. Surge así la “*efectividad*” o si se prefiere el “*éxito*” como criterio de legitimidad de la Administración pública.”¹⁴²

Decíamos que al Estado ya no le basta como al Estado de Derecho la eficacia desde punto de vista jurídico, sino que se le plantea y exige el cumplimiento de sus fines y objetivos, es decir la producción de resultados, por lo tanto, el rendimiento de sus organizaciones -esencialmente las administrativas- se vuelve indispensable. Al respecto señala PAREJO ALFONSO, de que la afirmación política y social de los nuevos valores se proyecta casi en exclusiva, sobre la vertiente administrativa del Estado, dejando exentas en los sustancial sus dimensiones básicas legislativas y judicial.¹⁴³

La adaptación del Estado, frente a los problemas lo lleva a afrontar una nueva racionalidad, diferente a la “*racionalidad legal o jurídica*”. A ésta nueva racionalidad, se la denominas “*racionalidad managerial*.” Ésta, pretende, además de la corrección jurídica de su obrar, evaluar la gestión “*eficaz*” que asegure resultados reales y fácticos medidos desde el punto de vista de la eficacia y la eficiencia.

Así, sin gran precisión conceptual, se da una significación equivalente a la *eficiencia, efectividad o productividad*, desde una perspectiva (con relación a la valoración de acciones individuales o colectivas) principalmente cuantitativa y medible, por lo tanto comparativa y relativa. Por lo tanto, el principio de la eficacia no es unívoco, ni homogéneo, su alcance se le podrá determinar a partir de las diferentes

demandas y necesidades de la comunidad, responde a la racionalidad de la eficiencia que privilegia el logro de los objetivos.; por último la *legitimidad difusa* se refiere ...responde a la racionalidad que de puede definir como de calidad, o de moralidad, que tiende a la producción de prestigio de los funcionarios y de la institución administrativa. RIGHETTINI, MARÍA STELLA; “Elementi di scienza dell’amministrazione” Ob cit. pp.12,13.

¹⁴² PAREJO ALFONSO LUCIANO; “El Reto de la eficaz gestión de lo Público”, Revista Sistema, N° 149, Madrid 1999. p.6.

¹⁴³ PAREJO ALFONSO LUCIANO; Ob cit. p 90

“*categoría de eficacia*”, que a su vez se derivarán de las diferentes formas que adopta la actuación de la Administración, (en la medida que la eficacia se refiere a su actividad) o sea, que actúe como *imperium*, en el ámbito de gestión *económica-patrimonial* y de agente de la actividad económica prestacional.¹⁴⁴ Sin embargo, se le atribuye un significado general tanto a la eficacia como a la eficiencia.

6.1.1 EFICACIA.

La eficacia hace referencia a la efectiva consecución de los objetivos prefijados, pudiéndose por lo tanto diferenciar tantos tipos de eficacia, en función de la naturaleza de los objetivos. Generalmente nos remite a la consecución de los objetivos planteados, pero para precisar dicho concepto, nos vemos en la necesidad de pronunciarnos acerca de que debemos entender por objetivos; si hemos de entender los fines o las metas de la institución que justifican su existencia, o si también podemos incluir en tal concepto los medios o instrumentos para el logro de aquellos. Consideramos, siguiendo la definición adoptadas por las normas de auditorías de la General Accounting Office de USA (GAO), que la eficiencia se refiere al logro de los fines y metas de la institución, por lo tanto habrá que evaluar la extensión con que los resultados deseados o beneficios establecidos por el legislador u otro cuerpo autorizado están siendo conseguidos; la efectividad de la organización, programa, actividades o funciones, y si la entidad ha cumplido con las leyes y regulaciones aplicables a los programas. Refiriéndose a la evaluación de la efectividad de los programas la GAO, expresa que se trata de la aplicación sistemática de métodos para estimar la extensión con la que los resultados observados, intentados o no intentados, son causados por las actividades de los programas; la causa es unida al efecto mediante el uso de métodos que comparan los resultados observados después de la implementación con los que habrán sido observados en ausencia del programa.¹⁴⁵

6.1.2 EFICIENCIA.

En una formulación simple, podremos decir que una organización, programa, actividad o función, actúa eficientemente si la realización de los *resultados/recursos* se

¹⁴⁴ *Ibidem.* p 54.

¹⁴⁵ REDONDO DE LA VEGA JESÚS; Análisis de los Principios de Economía, eficiencia y eficacia aplicados a la Auditoría de Optimización de recursos. Crónica 1988-1989, Tribunal de Cuentas Madrid, 1990., pp. 291-292.

hace máxima dentro de los condicionamientos impuestos, ya sean materiales, humanos, ambientales etc. La eficiencia es un concepto dinámico, por lo tanto su estimación “...requiere de un término al que remitir la comparación que permita apreciar el grado en que se logra. Tal valor de referencia debería ser alcanzable por la aplicación óptima de los medios a los fines dentro de las limitaciones del contexto.”¹⁴⁶

Así, dentro de un sistema coherente de planificación, presupuestación y gestión, para medir su eficiencia sería necesario, obtener la siguiente información:

- a) Definir y, si es posible, cuantificar los resultados que se persiguen y los costes asociados.
- b) Evaluar y, si es posible, cuantificar el impacto sobre los resultados de un cambio en los factores.
- c) Establecer si el objetivo es minimizar el factor o los resultados.
- d) Evaluar y, si es posible, cuantificar el margen de mejora de eficacia técnica, es decir si dados la existente composición y volumen de los factores pueden incrementarse los resultados o, alternativamente, si dados los resultados pueden reducirse los factores.
- e) Evaluar y, si es posible cuantificar el margen de mejora de la eficiencia asignativa, es decir, si dados los resultados pueden ser sustituidos los factores unos por otros de forma que se reduzca el coste total.¹⁴⁷

6.1.3 ECONOMÍA

El concepto de economía y el de eficiencia están relacionados, pero es posible hacer una distinción entre ambos. Será calificada una operación de económica si la compra se realiza en la cantidad y calidad deseada en el momento oportuno y al menor tiempo posible. El principio de economía implica la administración racional de recursos escasos, obligando en consecuencia, a elegir a aquellas combinaciones que permitan alcanzar el conjunto de fines de mayor utilidad social. De esto se derivan dos criterios para la aplicación del principio: el de *optimización* y el de *coste*, este último como el de valorización del sacrificio al asignar unos medios en la consecución de un objetivo en

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 283

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 287-288

función de otros que con ellos resultan inalcanzables o se pueden alcanzar en menor medida ¹⁴⁸

En el ordenamiento Argentino en la LAFSC, en la parte de las disposiciones generales en el Art. 4 inc. a) sostiene: que será objetivo de la Ley garantizar la aplicación de los principios de *regularidad financiera, legalidad, economicidad, eficiencia y eficacia*, en la obtención y regulación de los recursos públicos. Por otro lado, en las normas de Auditoría Externa de la AGN, cuando establece los objetivos de la Auditoría en el apartado IB establece que entre ellos estarán los de: comprobar si los recursos públicos se han utilizado en forma *económica y eficiente*; y *determinar el grado en que se han alcanzado los objetivos previstos*. Las mismas normas, definen a la Auditoría de Gestión como: “*el examen de planes, programas, proyectos y operaciones de una organización o entidad pública, a fin de medir e informar sobre el logro de los objetivos previstos, la utilización de los recursos públicos en forma económica y eficiente, y la fidelidad con que los responsables cumplen con las normas jurídicas involucradas en cada caso*”, mas adelante define que se entiende por Economía, eficacia y eficiencia:

6.1.4 EFICACIA Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Dijimos que la eficiencia puede definirse como una subespecie de la eficacia porque incorpora la relación medios objetivos. En consecuencia, se actúa eficientemente cuando la relación resultados/recursos se hace máxima dentro de una situación determinada. Como resultado de la tendencia que consiste en considerar a la eficacia como un valor relativo de comparación, las organizaciones o unidades administrativas se consideran eficaces si “*funciona mejor*” que sus vecinos. Pero la eficacia de la Administración no es la suma de la eficacia de cada una de las partes que la componen. La Administración tal como se la concibe hoy, debería ser el resultado de un largo proceso de cooperación entre hombres con el fin de alcanzar mejor unos objetivos. Las diversas concepciones, económicas, políticas, sociológicas y culturales, han ido dando lugar a diferentes modelos de Administración que se han cristalizado en un sistema complejo dotado de sus propia cultura y normas de pensamiento.

Toda política posee una dimensión organizacional en donde se estructuran las relaciones sociales entre individuos, dentro de las diversas unidades del Estado y del

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 288-290.

mercado. Podemos definir una organización un sistema *socio técnico integrado*, constituido para la realización de un proyecto concreto, tendiente a satisfacer las necesidades de sus miembros y de una población o audiencia externa que le otorga sentido. Las organizaciones, están insertas en un contexto socioeconómico y político con el cual guarda relaciones de intercambio y de mutua determinación.”

La idea de organización como sistema sociotécnico significa, que tiene un plano social y uno tecnológico que combinados habla a las claras de que estas no son pura racionalidad, y que no responden a un diseño perfecto, ya que poseen un componente social que se desarrolla en la interacción de los distintos miembros de la organización. En una organización existen diversos juegos de poder, por lo tanto la racionalidad es limitada ya que resulta muy difícil encontrar la alternativa óptima, la decisión que se toma es la que mejor satisface, no implica la mejor el óptimo. “Se llega así al punto nuclear que aquí interesa: la perspectiva valorativa crucial del fenómenos organizativo –la eficacia- está lejos de ser clara y manejable; antes al contrario, es uno de los aspectos rodeados de mayor ambigüedad e indeterminación.”¹⁴⁹

Las organizaciones deben ser pensadas teniendo en cuenta que están insertas en un contexto, esto nos sugiere la idea de que existe un intercambio y mutua determinación entre el medio y la organización, hay una combinación de situaciones tecnológicas ideológicas económicas que hacen a la existencia de las mismas. ¹⁵⁰

¹⁴⁹ PAREJO ALFONSO, “La Eficacia..” Ob cit p 96.

¹⁵⁰ Podemos decir siguiendo a SUBIRATS que ““Organización” es para un gestor, sea éste público o privado, cada vez más sinónimo de asignación de responsabilidades entre gestores y grupos de personas que de él dependen, y sinónimos de interacción horizontal y vertical en una estructura de organismos y servicios. Hoy la organización a cambiado de formas, al mismo tiempo que cambia el sistema productivo de nuestro entorno. Las macroorganizaciones de que hablan TAYLOR, Y FAYOL, Y WEBER, pensadas desde lógicas racionales y con pretensiones de acercar el mundo organizativo al mundo maquinal, ha tenido que enfrentarse a unos tiempos de alta tecnología y de gestión de servicios en los que importante es la capacidad de escuchar al cliente, al ciudadano. De la gran producción fordista del consumo masivo e indiferenciado a ese mundo en que lo importante es saber estar atento a una demanda cada vez más exigente y diferenciada. SUBIRATS JOAN; “Teoría de la Organización”; Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid 1993. pp. 15,16.

Así, el concepto de eficacia tiene que referirse al conjunto del sistema, que será o no eficaz, en la medida que alcance los objetivos estratégicos fijados. El éxito de la eficacia coincide con una compleja interacción que sólo puede resultar de un proceso que comienza por la formación de la estrategia y termina por el desarrollo de las medidas necesarias para llevar a la organización allí a donde quiera ir. Concebir a la eficacia como un problema del sistema resulta primordial, ya que la eficacia del sistema está en función de la capacidad que guarda el necesario equilibrio entre todos los elementos. Esto nos lleva a considerar a las organizaciones como parte de otras organizaciones, y a su vez todas insertas en un sistema mayor. El enfoque de sistemas entiende a la eficacia en término de funcionamiento del sistema, esto es, la capacidad de la organización de satisfacer sus requisitos organizacionales, entonces, en lugar de concentrarse en medir el grado de consecución de los objetivos, se propone la tarea de especificar las interrelaciones entre los distintos elementos del sistema organizativo que lo harían más eficaz desde el punto de vista de su capacidad y habilidad global para la solución de problemas, no meramente eficaz al servicio de un determinado objetivo.¹⁵¹

Es evidente, para nosotros que, existen razones para establecer un carácter diferencial de los problemas organizativos y de gestión de las administraciones públicas respecto de las organizaciones privadas. Sostiene RAMIÓ y BALLART que algunas de las peculiaridades de las organizaciones públicas son:

- la administración pública siempre tiene en último término el monopolio del poder *sancionador* y *coactivo*;
- el *entorno de las administraciones públicas* suele ser mas complejo dado que las políticas y programas públicos acostumbran a estar sujetos a múltiples presiones de todo tipo;
- ello obliga a acomodar una *pluralidad de valores e intereses* en los procesos de decisión política, lo que se traduce en objetivos generales y abstractos, confusos y hasta contradictorios, e implica una dificultad objetiva a la hora de intentar medir y evaluar la actividad de las administraciones públicas;

¹⁵¹ LÓPEZ GONZÁLEZ E; “Una aproximación de la Ciencia de la Administración”. DA 218-219, Madrid 1989, p. 85

- la demanda de *mayor apertura, viabilidad, y en general*, responsabilidad por lo hecho y por los procedimientos seguidos, suponen reforzar los mecanismos que garantizan la consistencia en el tiempo, la equidad, la justicia y la igualdad en el trato de los casos individuales.

Sintetizando, el sector público al igual que el sector privado prosigue los mismos fines, alcanzar los objetivos de una forma eficaz y eficiente. Pero, dada la relevancia de los valores propios del entorno público como, por ejemplo, la participación democrática, la transparencia, la justicia y la igualdad y equidad en el trato, tienen una orientación normativa diferente.

Es claro que, las organizaciones que componen el sector público no operan en un contexto de objetivos ciertos, precisos. Las organizaciones dijimos, forman parte de un amplio sistema estatal, que está inmerso en la dinámica de la sociedad, porque es el garante de la vida colectiva, y, además, le compete la función de dirección de la sociedad.

Desde el punto de vista “.....de la teoría de la organización y de la gestión, se ha puesto de relieve las dificultades para erradicar la ineficiencia del sector público, destacándose: 1) las dificultades en la definición y (más aún) la medición de los resultados; 2) la imperfección de los indicadores de resultados disponibles, por la imposibilidad de la captación de diferencias cualitativas entre las actividades; 3) la limitación por los acuerdos y las reglas limitadoras de la discrecionalidad de la gestión de los incentivos y las oportunidades de los directivos de la organización en la búsqueda de vías y procedimientos de minimización de costes; 4) el sorteamiento por los administradores de las incertidumbres correspondientes mediante el expediente de evitar toda evaluación.”¹⁵²

Según RIGHETTINI, se puede hablar de eficacia por lo tanto de rendimiento de la intervención pública desde varios niveles. Dijimos que el rendimiento de la intervención pública hoy representa un problema que está íntimamente relacionada con la noción de *legitimidad* de la intervención estatal, por lo tanto, debemos referirnos al rendimiento de los bienes del sistema financiero, al que opera en relación con los individuos, las *organizaciones* y las *instituciones*. Entonces la noción de rendimiento puede afrontarse considerando a la Administración como organización, y como institución. Una

¹⁵² PAREJO, ALFONSO; “Eficacia y administración....” *Ibíd*em, 97,98.

organización administrativa es un conjunto mas o menos estable en el tiempo de recursos, humanos, materiales, simbólicos, coordinados para alcanzar uno o mas objetivos, la utilidad entonces puede ser de variada naturaleza, de acuerdo al tipo de organización de que se trate. En el caso de una organización privada la utilidad la constituye fundamentalmente la ganancias obtenidas o de la extensión de la cuota del mercado. En el caso de la organización Pública, no depende exclusivamente de las ganancias, sino que se puede identificar con la capacidad de la administración de alcanzar los propios fines institucionales, o sea, de obtener el máximo de resultados con los recursos disponibles.

En cambio una institución administrativa es un conjunto consolidado de *roles* y *recursos* (principalmente legales, o sea que constituye las reglas del juego) a quienes les son atribuidas relevante funciones sociales. Esta diferenciación entre organización e institución nos permite la distinción entre rendimiento administrativo y *rendimiento institucional*, esta distinción es útil porque nos permite separa aquellos aspectos del rendimiento que conciernen a la gestión de recursos obtenidos luego de alcanzar determinados objetivos fijados por los programas públicos; de los aspectos de rendimiento ligados a la evaluación más compleja de cómo se gobierna, de cómo la administración sabe hacer frente a los desafíos (generalmente imprevistos o imprevisibles) impuestos por el ambiente político y social en que opera.¹⁵³

Siguiendo con esta línea de pensamiento podemos sintetizar diciendo que la eficacia como principio que rige la intervención pública opera en diferentes ámbitos:

- En el de la acción gubernamental en su conjunto, determinada por la consecución del interés general;
- El referido a la acción de las organizaciones administrativas, (en lo relativo a su eficacia interna) determinada por la suma de potestades y competencias, que la lleva a desempeñar una función dentro de un esquema general como subsistema administrativo;

¹⁵³ RIGHETTINI M S; “Elementi.....” *Ibidem*. P. 17,18.

- El constituido por el conjunto de todas las organizaciones administrativas públicas, consideradas como un sistema, y que de dicha actuación como tal suponga la óptima satisfacción del interés general.

7 SUJETO DE CONTROL DE LA AGN

7.1.1 EL SECTOR PÚBLICO NACIONAL-SUJETO PASIVO DE CONTROL.

Según el Art. 117 de la LAFSC, la AGN ejerce su control externo sobre “...*la administración pública central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos,.... y los entes privados adjudicatarios de proceso de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de dicho contrato...*” Por su parte el Art. 85 párrafo 4 de la CN dice que: la AGN “*tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su organización, y demás funciones que la ley le otorgue....*”

La normativa argentina, al igual que en otros sistemas de derecho comparado, adopta un concepto de sector público, que clava sus raíces en otro concepto que es también, intrínsecamente dinámico, que es el manejo de caudales públicos. Si analizamos las “Disposiciones Generales” de la LAFSC, podemos ver que en el Art. 1 dispone, que que ésta ley “*establece y regular la administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional*”. A su vez el Art. 4 b), dice que son objetivos de la ley son: “*sistematizar las operaciones de programación, gestión y evaluación de los recursos del sector público nacional*” y en el inc d) del mismo artículo dice que se debe “*establecer como responsabilidad propia de la administración superior de cada jurisdicción o entidad del sector público nacional...*”

En este sentido, la LAFSC en el Art. 8 establece que el sector público Nacional estará integrado por:

- a) *Administración Nacional, conformada por la administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en éstos 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 aquéllas organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital en formación de decisiones societarias.*

Y en el último apartado del mismo Art dice que, “Sería aplicable esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se les haya 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.”

Por último en el Art. 9 de la LAFSC se establece que se entiende por “*entidad*”, a toda organización pública con personalidad jurídica y patrimonio propio, y por “*jurisdicción*” al Poder Legislativo, al Poder Judicial y a la Presidencia de la Nación, los Ministros y Secretarías del Poder Ejecutivo Nacional”

El Art. 117 párrafo 2do de la LAFSC exceptúa del control, a la gestión de los funcionarios comprendidos en el Art. 45 de la CN, (hoy 53) dado que el control de sus funciones “será global y ejercido exclusivamente por las Cámaras del Congreso de la Nación”. Los funcionarios a los que se refiere el Art. 53 de la CN son: el Presidente, Vicepresidente, el Jefe de Gabinete de Ministros, Ministros y miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En lo relativo al Poder Legislativo, se establece que la AGN tendrá a su cargo el control externo del mismo. Por último, respecto del Poder Judicial, la Ley establece que “la Corte Suprema de la Nación , dispondrá de la modalidad y alcance de la puesta en práctica del sistema instituido en ésta ley...”

Cabe aclarar, que existe en la estructura de funcionamiento de la AGN una “Gerencia de Control del Poder Legislativo y del Poder Judicial”, que se encarga de: “programar, coordinar, supervisar y ejecutar las acciones necesarias para evaluar, respecto de las jurisdicciones sujetas a su control, la observancia de las disposiciones legales reglamentarias aplicables a ellas, el cumplimiento de las metas y objetivos y la eficiencia y economía con que obtienen y aplican sus recursos”.¹⁵⁴

Del análisis de estas disposiciones, se puede deducir que el concepto de *sector público*, es un concepto amplio, que abarca a todo ente, organismo o persona que tenga a su cargo la administración, manejo y uso de recursos públicos. Además se desprende que de dicho concepto que, todo gestor de un patrimonio ajeno, está obligado a rendir cuentas y es responsable de esa gestión. Por ello el sector público comprende además, a

¹⁵⁴ Manual de Funcionamiento de la Auditoría General de la Nación, p 36.

los efectos de la fiscalización y auditoría, a los particulares que se les haya acordado aportes o subsidios procedentes del sector público.

En cuanto al precepto constitucional, no cabe ninguna duda que adhiere a esta concepción del sector público, sobre todo si lo interpretamos teniendo en consideración el Art. 36 de la CN, que está inserto en el Título I Capítulo Segundo denominado “*Nuevos Derechos y Garantías*” en dicho artículo se establece que: “...Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos...”

Esta interpretación relaciona el precepto constitucional con la LAFFSC, ya que si analizamos los fundamentos del “Mensaje del Poder Ejecutivo” al Congreso, cuando se presenta el Proyecto de Ley, y el debate Parlamentario, se puede apreciar que los objetivos del legislador, responden a los mismos objetivos que se plantea el Constituyente con la Reforma de la Constitución.

El Poder Ejecutivo en su mensaje en el punto denominado “Concepción del proyecto”, manifiesta que : “Las disposiciones previstas en el proyecto, motivarán un avance de grandes proporciones en el perfeccionamiento del sistema republicano de gobierno y en la consolidación de la práctica democrática en nuestro país. Será asimismo, una nueva barrera para todas las diversas formas de corrupción que, al amparo de la crisis económica, han proliferado en la sociedad argentina, atacando también al sector público. A su vez posibilitará que se tornen mas transparentes los mecanismos de obtención, aplicación y control del uso de los recursos públicos en función de las políticas definidas.”¹⁵⁵

8 OBJETO DE CONTROL DE LA AGN

Según el Art. 117 de la LAFSC, la AGN tiene a su cargo “...*el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial y legal; así como dictaminar sobre los estado contables financieros..*” de todos los sujetos sometidos a su control. Por su parte el Art. 85 de la CN, dice que la AGN “...*tendrá a su cargo el control de legalidad gestión y auditoría de toda la actividad....*”, e *intervendrá*

¹⁵⁵ Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación, Octubre 30 y 31 de 1991, Buenos Aires, pp. 3965

necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de la Cuenta de percepción e inversión de los fondos públicos”.

El Art- 118 de la LAFSC define las funciones de la AGN, en consecuencia el objeto sobre el cual recae aquellas.

- a) Fiscalizar, el cumplimiento de las normas que regulan la utilización de los recursos públicos;
- b) Realizar auditorías financieras de legalidad y gestión, evaluaciones de programas, proyectos y operaciones;
- c) Auditar unidades ejecutoras de programas y proyectos financiados por organismos internacionales de crédito;
- d) Examinar y emitir dictámenes sobre los estados contables financieros de la Administración nacional y del Banco Central de la República Argentina;
- e) Controlar la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público y efectuar exámenes especiales;
- f) Examinar actos o contratos de significación económica;
- g) Auditar y emitir opinión sobre las memorias y estados contables financieros así como el grado de cumplimiento de los programas de las Sociedades del Estado,
- h) Verificar que los organismos de la Administración mantengan el régimen patrimonial de sus funcionarios públicos;

8.1 TÉCNICAS DE AUDITORÍA- LA AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La técnica principal a través de la cual la AGN ejerce su control es la auditoría externa, regulada por las normas aprobadas por Resolución de la AGN N° 145/93 del 7 de octubre. La norma define la “Auditoría Externa” como: *“...un examen estructurado de registro u otra búsqueda de evidencia, con el propósito de sustentar una evaluación, recomendación u opinión profesional con respecto a: la consistencia de los sistemas de información y control; la eficiencia y efectividad de los programas y operaciones; el fiel cumplimiento de los reglamentos y políticas prescriptos y/o a la razonabilidad de los estados financieros e informes de rendimiento que pretenden revelar las condiciones actuales de los resultados de pasadas operaciones de un organismo o programa.*

Según la mencionada resolución son normas relacionadas con el trabajo de auditoría las siguientes:

8.1.1 PLANIFICACIÓN:

El trabajo deberá ser adecuadamente planificado para determinar los objetivos y métodos para alcanzarlos en forma económica, eficiente y eficaz. Esta fase implica la determinación de las áreas sometidas a control, su estudio preliminar y la elaboración de los respectivos programas de trabajo, que deberán ser elaborados por la Gerencia correspondiente, y luego sometido para su aprobación a la Gerencia General.

8.1.2 PLANIFICACIÓN DE AUDITORÍA

Se refiere al diseño de los planes de acción de la AGN, que contemplará para tales fines, la importancia, significación y riesgo; este trabajo deberá ser preparado por el área de planificación, con la colaboración de las distintas gerencias.

Existen dos niveles de planificación: *la institucional* y *la específica*

En la planificación institucional la AGN deberá contemplar los conceptos de importancia, significatividad y riesgo, en tal sentido deberá tener en cuenta los importes involucrados, examinar los actos o contratos de significación económica, probabilidad de impactos adversos como resultado de la implementación de los programas o proyectos nacionales, alcance y razones de los desvíos de programas y proyectos nacionales; magnitud del impacto social, comentarios de medios masivos de comunicación

En la planificación específica, deberá tenerse en cuenta la finalidad del examen o informe, las características del sujeto a control y las circunstancias particulares del caso, en tal sentido la planificación comprenderá: desarrollo de los objetivos, estudios del ente a auditar, relevamiento del control interno, determinar la importancia y significación del riesgo, determinar el procedimiento a aplicar, recursos a comprometer, programa de auditoría, autorización de programa de auditoría por parte de los niveles correspondientes, control de la ejecución de lo planeado, y desvíos con relación a lo planificado y su autorización.

8.1.3 EVIDENCIA

El auditor tiene como objetivo de su tarea la obtención de evidencias, que sean suficientes, competentes y pertinentes como fundamento de sus opiniones, comentarios y recomendaciones. A su vez los tipos de evidencia serán:

- a) Física: que se obtiene mediante la inspección y observación directa de activos tangibles o bien de procesos o procedimientos realizados por terceros. La evidencia física deberá documentarse entre otras formas, mediante memorando, fotografías, gráficos, mapas o muestras reales.
- b) Documental: proviene del examen de registro contables, cartas, contratos, facturas, etc.
- c) Testimonial: Consiste en obtener la información apropiada de las personas que tiene conocimiento dentro y fuera de la entidad auditada, en forma de declaraciones recibidas en respuesta a las preguntas oportunamente efectuadas.
- d) Analítica: Consiste en la ejecución de cálculos, comparaciones, razonamientos, estudios de índices de tendencia, así como la investigación de variaciones de transacciones habituales.

Luego la evidencia de auditoría se clasifica en : evidencia de control, que es la que manifiesta al auditor que los controles claves existen y operan efectivamente durante el período; y evidencia sustantiva, es la que se obtiene a través de la verificación de la validez de las transacciones, de la validez de los saldos de los registros contables o de la validez de los hechos o circunstancias, comprobadas a partir de los procedimientos de auditoría que prescinden de la consideración de los sistemas de control interno del ente auditado.

Según el Art. 18 de las normas básicas, si para la obtención de las evidencias la AGN no puede solicitar informes o realizar in situ la verificación de los documentos, por negativa del sector auditado, el responsable de la auditoría, luego de insistir en la petición ante el responsable del organismo, deberá comunicar al cuerpo de Auditores Generales. Luego deberá emitir un dictamen que será remitido a la máxima autoridad de la organización de que se trate, a la SGN y a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración.

8.1.4 PAPELES DE TRABAJO

El auditor deberá confeccionar un archivo completo y detallado mediante papeles de trabajos de la labor efectuada y de las conclusiones alcanzadas, estos papeles son propiedad de la AGN.

Los papeles son el vínculo entre el trabajo de campo y el informe de los auditores, sirve como un registro de los resultados de la auditoría y fundamenta sus opiniones, los mismos deben contener la descripción de la tarea realizada, los datos y antecedentes recogidos durante el desarrollo de la tarea y las conclusiones sobre el examen practicado.

Por último estos papeles deberán ser archivados sobre una base razonablemente sistemática, se agruparán en legajos, archivos o carpetas que, de acuerdo a sus características, el auditor clasificará como transitorios o permanentes. Todos los papeles de trabajo deben protegerse para asegurarse que sea accesible sólo a personas autorizadas.

8.1.5 CONCLUSIONES:

Esta es la culminación del proceso de auditoría, y deberá realizarse sobre cada uno de los componentes en que se dividió la tarea de auditoría. La reunión de las conclusiones parciales o individuales serán la base para la emisión de informes de auditoría, en los cuales se expondrá sus conclusiones sobre la tarea efectuada, en forma escrita.

8.1.6 IRREGULARIDADES

Si el funcionario en el ejercicio de las funciones de auditoría adquiere conocimiento acerca de la comisión de un delito que dé nacimiento a una acción pública, deberá comunicarlo inmediatamente a la AGN. Esto es independiente de los deberes y obligaciones que las leyes imponen a las autoridades o empleados públicos ante el conocimiento de presuntos delitos de acción pública.

Conocidos los hechos, en consecuencia, la AGN podrá suspender el trabajo total o parcialmente, a fin de no interferir con los procedimientos, que sobre el particular, efectuarán los funcionarios a los que les compete la investigar sobre esa clase de hechos.

8.1.7 RESPONSABILIDAD

El auditor será responsable por el fiel cumplimiento de las disposiciones legales y normas aplicables a la auditoría gubernamental, por la selección de los métodos, técnicas y procedimientos empleados en el curso del examen y por la opinión que emitan en sus

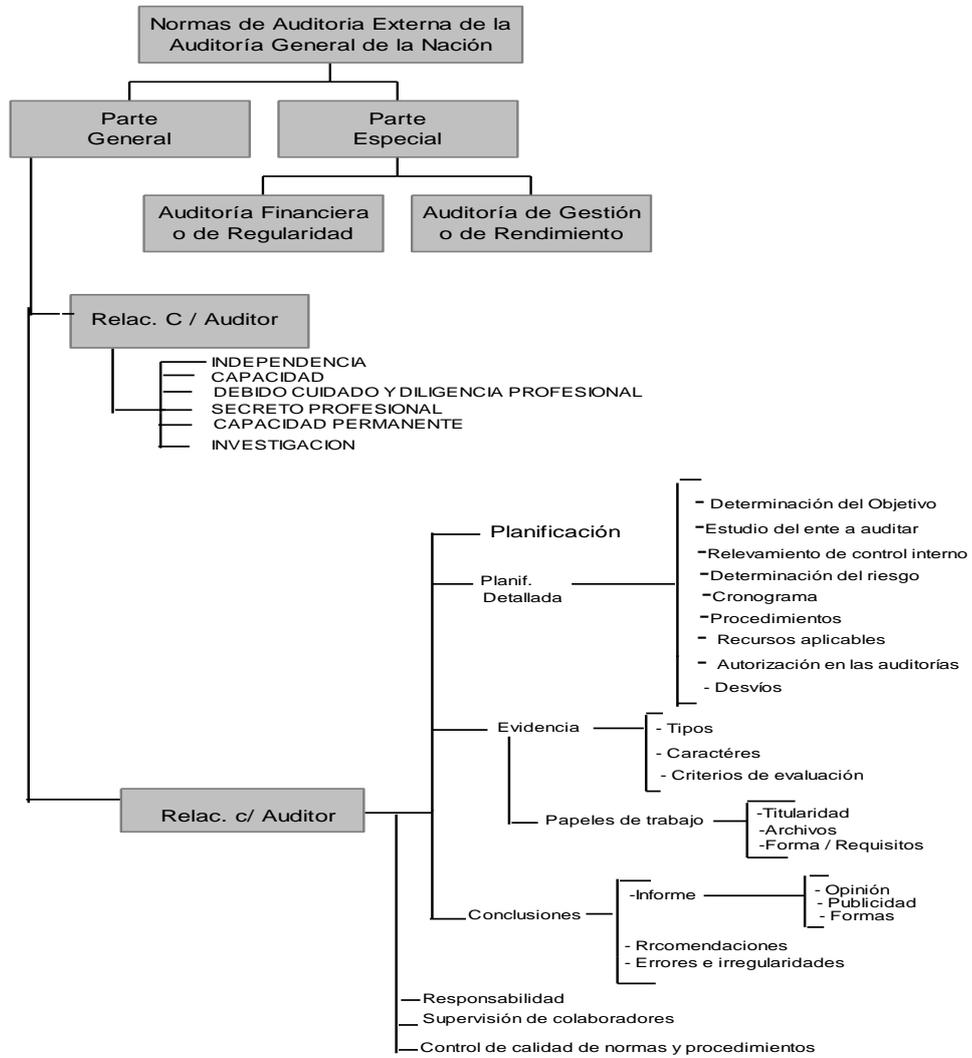
informes. Cada integrante de la AGN que delegue actividades deberá supervisar el trabajo de sus colaboradores y conservará la responsabilidad por la calidad y el costo de las mismas.

8.1.8 CONTROL DE CALIDAD

Las políticas, normas y procedimientos y trabajos de auditoría serán sometidos periódicamente a un control de calidad.

Ésta norma impone el establecimiento de un sistema interno de control de calidad apropiado a fin de ofrecer una seguridad razonable de que se han establecido y aplicado políticas y procedimientos de ejecución adecuados, como así también que se han adoptado y aplicado políticas y procedimientos de ejecución adecuados, como así también que se han adoptado y cumplido las normas de auditoría correspondiente.

CUADRO SINOPTICO PARTE GENERAL



8.2 TIPOS DE AUDITORÍAS

Según la normativa que venimos analizando hay tres tipos de auditorías

1) *Auditoría Financiera o de Regularidad*: tiene por objeto el examen de la información financiera. Este tipo de auditoría a su vez se pueden dividir en: “Auditoría sobre los Estados financieros”, y “Auditoría sobre asuntos financieros en particular”.

- a) *La Auditoría sobre los estados financieros* tiene por objeto determinar, si los estados contables de la entidad auditada presenta razonablemente su situación contable-financiera, los resultados de sus operaciones, sus flujos de efectivo y los cambios operados en ésta, conforme las reglas contables profesionales, legales y propias del ente auditado, como así también, si dicha entidad ha observado las leyes y reglamentos aplicables a aquellas transacciones que pueden tener efecto en los estados financieros controlados.
- b) *La Auditoría de estados financieros en particular* se refiere entre otros aspectos, a las siguientes materias: segmentos de estados financieros, contratos particulares, subvenciones, sistemas basados en procedimientos electrónicos de datos, errores, irregularidades y actos ilícitos.

2) *Auditoría de Gestión o de Rendimiento*: tiene por objeto el examen de los planes, programas, proyectos y operaciones, con el fin de informar acerca de los objetivos previstos, la utilización de los recursos públicos en forma económica y eficiente, y la fidelidad con que los responsables cumplen con las normas jurídicas involucradas en cada caso. Esta auditoría será una herramienta importante para proporcionar información a los tomadores de decisión, o usuarios, dentro de áreas tan distintas como le Parlamento, el Poder Ejecutivo y la opinión pública. Estas Auditorías pueden ser de “economía y eficiencia” y de “eficacia”

- a) *La Auditoría de economía y eficiencia*, tiene por objeto el análisis y evaluación de las funciones, procedimientos y operaciones realizadas por el ente, con el fin de formarse opinión respecto del grado de economía y eficiencia; en la utilización de los recursos.

3) *Auditoría integrada*: ésta modalidad de auditoría que abarca las dos anteriores.

8.3 INFORMES Y DICTÁMENES

Las conclusiones son la culminación del proceso de auditoría, estos deben realizarse sobre cada procedimiento y sobre cada uno de los componentes en que se dividió la tarea de auditoría. La reunión de las conclusiones parciales o individuales será la base para la emisión del informe de auditoría. Los Informes anuales se enviarán al Congreso de la Nación el 1 de mayo de cada año, y deberá contener el resultado de las auditorías integradas y realizadas, las cuestiones de relevancia, las conclusiones de los estudios especiales, así como la reseña de la acción institucional.

Según el Art. 85 de la CN, la AGN intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de la cuenta de percepción e inversión de los fondos públicos, por su parte el Art. 12 de las normas básicas sostiene que: deberá informar sobre la Cuenta de inversión a la que se refiere el Art. 95 de la LAFSC que la misma deberá presentarse anualmente al Congreso antes del 30 de junio del año siguiente al que corresponda tal documento. Dicho informe deberá ser remitido a la *Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración*.

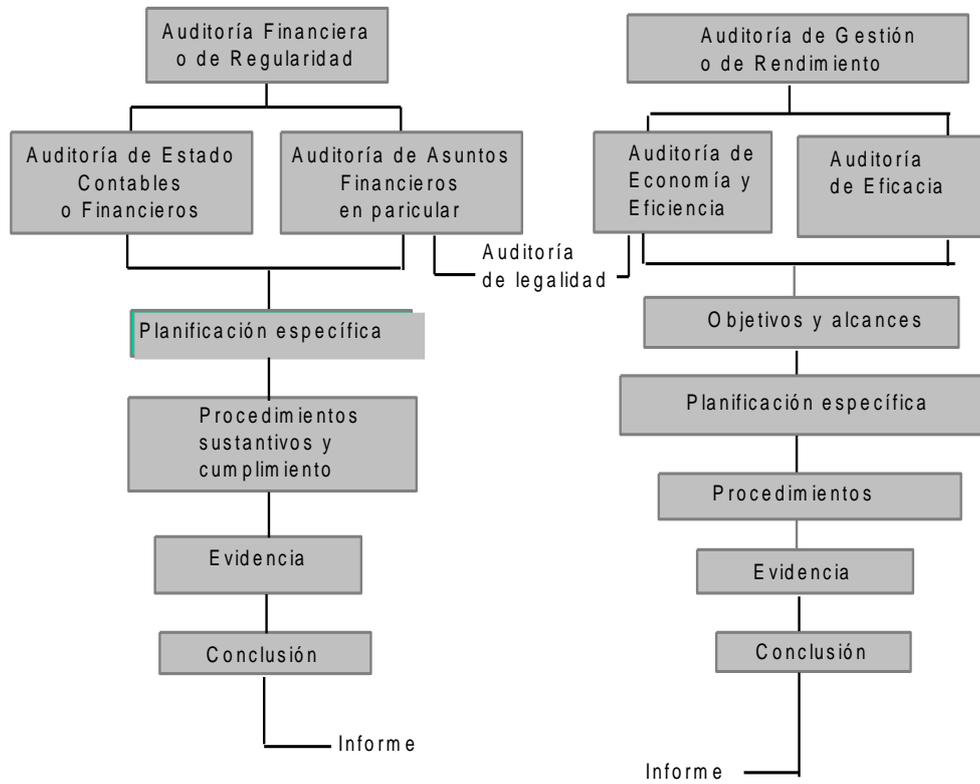
Los Informes se emitirán en forma escrita, y deberán reunir los atributos de *claridad, objetividad y autosuficiencia*, evitando la existencia de vaguedades o ambigüedades, presentando hechos reales debidamente ponderados.

La estructura de los informes dependerá del objeto de la auditoría. Se informará, sobre el alcance del trabajo, explicando las técnicas aplicadas para obtener las evidencias necesarias para cumplir con los objetivos de la auditoría. Se expondrán también los criterios e indicadores que se hayan utilizado para evaluar el desempeño y, en caso de que se hayan empleado métodos de muestreo, se explicará en que forma se elaboró la muestra.

En las auditorías financieras, el auditor debe emitir su opinión, acerca de la razonabilidad de la información que brindan los estados financieros, a menos que la evidencia obtenida no sea válida y suficiente para hacerlo.

En los informes de auditorías de gestión debe incluir las recomendaciones para corregir las deficiencias detectadas. El auditor deberá establecer el efecto de que éste tipo de asesorías podrá tener para futuras revisiones del mismo ente.

CUADRO SINOPTICO PARTE ESPECIAL



9 CONCLUSIONES PRELIMINARES

Vimos en el presente trabajo, que el sometimiento a control de la actividad financiera, obedece a razones que van más allá de intereses políticos coyunturales. Su fundamento debemos encontrarlo en el hecho concreto de que los administradores públicos están utilizando recursos ajenos y escasos. En consecuencia, el modo en que esos recursos son utilizados, no debería ser indiferente. Desde esta perspectiva el control se manifiesta como un bien esencial en sí mismo. Esto se fundamenta en el hecho de la titularidad colectiva de la propiedad de los fondos públicos. Estos fondos, se recaudan principalmente a través de tributos, por el que los ciudadanos contribuyen de acuerdo con su capacidad económica, por lo tanto la obtención de los ingresos se efectúa con base a los principios de igualdad y proporcionalidad.¹⁵⁶

Vimos también, que existe una gran variedad de formas y agentes y métodos posibles de realizar el control externo del sector público, en consideración de la caracterización constitucional y legal de la función de control. En nuestro ordenamiento jurídico podemos decir que responde a las siguientes características:

1. El modelo de control establecido se desprende directamente de la Constitución. Está autorizado por ésta, estableciendo su creación, ubicación y características. Conforme a la autorización constitucional, hemos visto que su inserción en la estructura institucional del Estado, no afecta al principio constitucional de separación de poderes. Además, sigue los lineamientos de la declaración de Lima sobre las líneas Básicas de la Fiscalización de la INTOSAI que dispone, en el artículo 5.3 “Las Entidades Fiscalizadoras Superiores y el grado de su independencia deben regularse en la Constitución; los aspectos concretos podrán ser regulados por medio de las leyes...”
2. Se entiende que el sistema de control externo debe ser desarrollado para fortalecer los resultados del control interno, por eso son fundamentales los mecanismos de coordinación entre ambos. El control externo debe librarse de la función de control financiero de la contabilidad pública, en beneficio del control interno. De este modo debe orientar sus

¹⁵⁶ MEDINA GUIJARRO Y ÁLVAREZ TÖLCHEFF

esfuerzos en el control operativo de gestión, que atienda a los principios de eficacia, eficiencia y economía.

3. El órgano de control, AGN, ha sido creado con la finalidad de ser auxiliar del Congreso de la Nación, en su labor de fiscalización de la actividad, patrimonial, económica, financiera y operativa de la Administración Pública.

Independientemente de que estas características del órgano de control, implica un avance en nuestro ordenamiento jurídico, debemos decir que para que el control externo sea efectivo, este debe poner de manifiesto los abusos o arbitrariedades administrativas que hayan podido ocurrir. Esto es independiente de que el órgano posea o no potestades jurisdiccionales. En el desarrollo de sus funciones de control de gestión, el órgano de control externo puede detectar los posibles abusos, las malversaciones o prácticas contables irregulares en el manejo de los fondos públicos. Al detectar responsabilidades contables, deberá dar cuenta a las autoridades administrativas y judiciales oportunamente, y fundamentalmente deberá dar las recomendaciones que estime necesarias para que la Administración adopte las medidas necesarias para evitar los hechos ilícitos, y para que la gestión sea eficaz y eficiente.

Desde el momento que se le concede al órgano la posibilidad de efectuar el control operativo de la gestión administrativa, debe asegurarse que la administración tenga atribuciones necesarias, que le permitan cierta discrecionalidad y flexibilidad para gestionar los programas en forma efectiva.

De acuerdo a las condiciones anteriormente mencionadas, se puede decir que en nuestro país, se ha diseñado un sistema de control de la gestión pública, coherente con el principio de separación de poderes, e indispensable para dotar de contenido material al control financiero. La AGN es un órgano independiente del órgano encargado de gestionar el gasto público; este control se realiza con posterioridad a la ejecución presupuestaria, y está encaminado fundamentalmente a la detección de irregularidades contable y de la gestión de los fondos públicos, siguiendo los principios de eficacia, eficiencia y economía. Vimos que este control tiene como principal destinatario al Parlamento, ya que es un órgano auxiliar del mismo, así como consecuencia de esta condición, las observaciones del órgano de control, pueden ser tenidas en cuenta tanto por, el Parlamento, así como por la Administración fiscalizada, potenciando en consecuencia su carácter de órgano especializado, independiente, objetivo y técnico.

Fue intención del legislador argentino a través de la LAFSC, dotar al Derecho del Gasto Público de normas claras, precisas y efectivas. Sin duda este hecho, constituye un avance, porque adapta la gestión y control del gasto público, al contexto actual en el que se desenvuelve la actividad *económica-financiera* de los Estados modernos. Vimos que el contexto actual, requiere de somete a la gestión pública a nuevos requerimientos de *responsabilidad e información*, necesarios para la adopción de decisiones, así como para informar a los ciudadanos, y a los terceros que quieran invertir o negociar en el sector público. Es importante recordar que en nuestro país, el financiamiento de proyectos de desarrollo por organismos internacionales, a significado la asunción de una abultado deuda pública. Esto obliga a los gobiernos a administrar la deuda, por lo tanto se debería asignar sus resultados económicos en forma eficaz y eficiente.

Por ello, pensamos que la sanción de la LAFSC es un acierto. Esta ley concibe al control como un *sistema*, esto permite visualizar al control como un espacio donde cada uno de los poderes del Estado, tiene su propia esfera de acción, pero, al mismo tiempo estos poderes no están enteramente separados, pues, se combinan y se complementan entre si. Pero sabemos que no es suficiente con la existencia de controles internos (aunque deban aumentarse) en el seno de la propia Administración, o con el control externo realizado por la AGN. Es fundamental una ampliación y *agilización del control político ordinario*, esto es, el control parlamentario sobre la totalidad de la actividad pública, sea ésta desarrollada directamente por la Administración, o indirectamente por entidades o empresas creadas por ella. El Principio democrático no sólo exige que se controlen las grandes decisiones políticas, sino también que se fiscalicen, cotidianamente las actuaciones administrativas, y fundamentalmente las económicas-financieras. Por lo tanto, entendemos que “...todos los órganos que deciden en última instancia asumen como sistema el conjunto de reglas normativas que ellos reconocen y aplican; y entre todos los órganos que deciden en última instancia sobre la validez de conjunto de reglas normativas median relaciones de mutuo reconocimiento con base en reglas de competencia, sobre las cuales también algún órgano decide en última instancia, de suerte que la *organización jurídica funcione efectivamente como sistema de subsistemas*.”¹⁵⁷

¹⁵⁷TARELLO, GIOVANNI; “Cultura jurídica y Política del Derecho”, Fondo de cultura Económico. México, 1era. edic. en castellano 1995. (1era. edic. en italiano 1988) pp. 146 y 147.

No obstante las ventajas que significó la sanción de la LAFSC, debemos aclarar que las facultades de investigación de la AGN no aparecen claramente delineados en la Ley. El Art 118 de la LAFSC establece que la AGN para el desempeño de sus funciones puede promover investigaciones de tipo patrimonial y comunicar sus resultados a la *Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas*. Y en los artículos 18 y 19 de las normas básicas de funcionamiento se establece que, en caso de silencio o negativa cuando se solicite información, o que se practique in situ una investigación, el auditor encargado deberá insistir, ante las autoridades del organismo, y en caso de persistir el silencio, o la falta de colaboración, notificar a los Auditores Generales. El cuerpo de Auditores emitirá un dictamen, que será remitido a la máxima autoridad de la organización de que se trate, a la SGN y a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas.

Consideramos que estas facultades no son suficientes, por lo tanto, debería dotarse a la AGN de facultades verdaderamente compulsivas y preventivas como medio para garantizar una gestión regular de las finanzas públicas. El control financiero para nosotros se “...encuentra intrínsecamente ordenado a evitar o corregir las actuaciones improcedentes de los gestores de los caudales públicos; entendiéndose en consecuencia, que la improcedencia de las actuaciones pueden derivar tanto de comportamientos ilegales, a cuya corrección se ordena el control de legalidad, como comportamientos antieconómicos, a cuya corrección se ordenan los controles de eficiencia y economía.”¹⁵⁸ De ello deriva la necesidad de prever sanciones concretas, sobre todo cuando no se atiendan los requerimientos de colaboración. En este supuesto deberían establecerse plazos objetivos de comunicación al Parlamento y la posibilidad de proponer sanciones al Poder Ejecutivo.

Sintetizando, consideramos que ha habido un avance en la legislación Argentina que de algún modo fortalece la función de la AGN, sobre todo en lo relacionado con la lucha contra la corrupción. El 29 de septiembre de 1999 ha entrado en vigor la Ley N° 25.188 “*Ley de Ética de la Función pública*”, donde se regulan los deberes, prohibiciones e incompatibilidades, aplicables sin excepción a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos los niveles y jerarquías. Se regula también sobre objetos, Sujetos, deberes, y pautas de comportamiento ético. Se establecen pautas sobre el régimen de declaraciones juradas, antecedentes; incompatibilidades y conflictos de intereses. Así

¹⁵⁸ GARCÍA, JOSÉ PASCUAL; Ob. Cit. p. 604.

también se regula el Régimen de obsequios a funcionarios públicos. Prevención sumaria, y se crea la Comisión Nacional de “*Ética Pública*”; por último se reforma el Código Penal.

La Comisión de *Ética pública*, se crea en el ámbito del Congreso de la Nación, que funcionará como órgano independiente y contará con autonomía funcional, art. 23 Ley N° 25.188. Los ocho integrantes de la Comisión, deberán ser elegidos por el Congreso de la Nación en reunión conjunta de ambas Cámaras. Uno de los ocho integrantes de la Comisión, deberá ser propuesto por la AGN.

10 CONCLUSIÓN

Los órganos de control externo deben ser independientes de la forma política de gobierno, pero no inseparable de la noción de Estado. En la primera parte de nuestro trabajo tratamos de demostrar que el control es inseparable de una teoría determinada de Constitución. Una vez determinada la necesidad de control externo de los fondos públicos, (atribución delegada por el Parlamento a un órgano auxiliar) éste debe ser entendido como una necesidad complementaria del control político y del control social, indispensables para la configuración del Estado Constitucional Democrático. Coincidimos por lo tanto, con FERNÁNDEZ CARNICERO, que cuando analiza en España el control externo previsto por la Constitución Española, sostiene que la principal razón de la existencia del órgano de control, es contribuir a la articulación efectiva del Estado Social y Democrático de Derecho y, en ningún caso, subordinarse alternativamente a la coyuntura política de las Cámaras, en un Estado de Derecho el fundamento último del control se encuentra en el Imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular, igualmente, en el Estado Social y Democrático al ser la justicia uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, ha de concretarse, en el caso del gasto público, en una asignación equitativa de los recursos, así como en la sujeción y programación de ejecución de criterios de eficacia y de economía.¹⁵⁹

Así, necesariamente existe tanto en la teoría como en la práctica, una clara línea divisoria entre las funciones que corresponden al Parlamento y las funciones que corresponden a los TCu. Cuando las Asambleas intervienen en materias financieras, desempeñan sus funciones en el ámbito de lo político, frente a ello, los TCu ejercitan

¹⁵⁹FERNÁNDEZ CARNICERO GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA; “Las relaciones entre las Cortes Generales y el Tribunal de Cuentas”, Ob. Cit. pp. 288-289.

fundamentalmente un control de naturaleza técnico jurídica. Aun así, la función auxiliar atribuida a los órganos de fiscalización en beneficio de las Asambleas puede provocar una instrumentación política de los TCu, dicha manipulación llevada hasta sus máximos extremos, podría poner en cuestión la objetividad y neutralidad de dichos órganos, y, por tanto, las bases de su propia legitimidad.

Lo dicho nos lleva a entender que el control externo no debe ser configurado únicamente como un fundamento del control político, ¹⁶⁰la ciudadanía encomienda la gestión de la propiedad de los fondos públicos a un gestor o administrador –el Estado-, quien deberá velar por la eficacia y economía de su utilización. Esta obligación para el Estado se basa no sólo en el derecho a la justicia del gasto público, o la equidad en la asignación de los recursos públicos, como una necesidad derivada del reconocimiento del derecho de propiedad, tanto pública como privada; sino en los fundamentos del Estado Democrático del s XX , que reconoce y ampara igualmente otras categorías de derechos, como los derechos económicos y sociales, cuya efectiva realización se produce la mayoría de las veces a través del diseño y ejecución de políticas públicas, para cuya implementación y desarrollo se utilizan esos fondos de titularidad colectiva y que, por ello, deben también ser gastados o empleados haciendo que su reversión a la colectividad en forma de bienes o servicios públicos atienda a los principios de equidad o justicia.

Es sabido, que la Reforma del Estado en nuestro país, a diluido fronteras entre lo público y lo privado, desactivando controles, produciendo la aparición de las fuentes de tráfico de influencia, *de información privilegiada* y *de corrupción*. Esto hace que el concepto de responsabilidad política y social de los gestores financieros del sector público, frente a sus responsables, deben ser reforzado; y correlativamente ampliando el contenido y el alcance de la rendición de cuentas. El papel de la fiscalización y auditoría pública debe incidir fundamentalmente sobre la verificación del adecuado cumplimiento de la responsabilidad de los gestores y la explicación de su gestión realizada a través de la rendición de cuentas. En este contexto, la transparencia informativa, se convierte en uno de los parámetros fundamentales de la nueva gestión.

¹⁶⁰ La responsabilidad política es inherente al Estado Democrático, y deriva del principio de que la autoridad se ejerce por representación del pueblo. Pero ésta no necesariamente implica la trasgresión de normas jurídicas, sino que para determinar la misma, es suficiente el criterio que establece, que las funciones que debe llevar a cabo el representante político no se han desempeñado satisfactoriamente, y cuando esto ocurre es posible sumara a la responsabilidad política, las administrativas, penales y civiles.

De este modo, la actividad de los EFS, mediante la evaluación del diseño de las políticas públicas implementadas, la detección de las desviaciones de fondos, y las propuestas de soluciones para que las políticas públicas sean más eficaces, contribuyen verdaderamente al fortalecimiento de los Derechos Humanos. Vale decir, la aparición de nuevas formas de administrar y gastar los fondos públicos implica igualmente el reforzamiento de los controles existentes y el surgimiento de otros mecanismos de control.

Precisamente el tema de la corrupción fue asumido por el Congreso del INCOSAI en Uruguay en 1998. En dicho encuentro hubo consenso en sostener que la corrupción se manifiesta bajo todas las formas de gobierno, y en todas las esferas de la sociedad. Esto significa que no constituye un patrimonio exclusivo del ámbito público. Indudablemente, la corrupción pública conduce al desperdicio de recursos y reduce el crecimiento económico y la calidad de vida, socavando la democracia, por ende la credibilidad de los gobiernos limitando su eficacia. No puede olvidarse el contexto socio económico de la población, dado que la injusticia social va comúnmente unida a la pobreza la violencia, por ende a la corrupción, entonces no se puede aislar el fenómeno del conjunto. Necesariamente, se debe entrar en una nueva era del control, que se caracteriza por la complejidad, y que obliga a que los órganos de control externo, deban suministrar un entramado de control necesario para garantizar un adecuado funcionamiento de la gestión pública, para ello debe revisarse el alcance de las auditorías y adaptar los trabajos a las nuevas tendencias de la gestión y tecnología de la información.

Es sabido que, toda política posee una dimensión organizacional en tanto se estructuran las relaciones sociales entre individuos en diversas unidades del Estado y de la economía. La política social en esta dimensión toma cuerpo como producción de proyectos a través de las organizaciones. Pero, sabemos que dentro de toda estructura organizativa, fundamentalmente del Estado, se discuten espacios de poder. Y, estas disputas pueden dar origen a distintas estructuras organizativas, que no sólo responden a criterios técnicos de organización, sino a criterios políticos. Por lo tanto, el campo de actuación de los proyectos de políticas públicas, no es políticamente neutro, libre de intereses particularizados; intereses, que no necesariamente se orientan con los que orientan al proyecto y estrategia de la organización. La estrategia de implementación de proyectos (en el sector público) además de considerar y programar las acciones técnicas correspondientes, deberán incluir otro conjunto de acciones para incluir comportamientos

apropiados de los actores implicados en relación con las acciones técnicas necesarias. Ello requerirá de estrategias particulares, de cada miembro del grupo de gestión dentro de la propia organización. Entonces, el control, debe abarcar todo el sistema político decisorio del organismo en sus distintos niveles pertinentes, y prolongarse aún en el sistema político-partidario de los cuales los decisores forman parte.

En este contexto, la actuación de los EFS se debe consolidar en su aspecto preventivo y de asesoramiento, para incidir en la organización y funcionamiento del sector público. Esto, trae implícito una mayor presencia de la función fiscalizadora, fundamentalmente mediante la realización de auditorías operativas. Para ello, la gestión pública deberá dotarse de parámetros precisos de actuación, tanto en la determinación de objetivos como en la asignación de recursos, y la utilización de nuevas tecnologías.

La experiencia de América Latina ha demostrado escasos logros de la responsabilización, en lo que respecta a los órganos de control, esto es así por la insuficiente independencia respecto del poder Administrador, la falta de neutralidad política, orientación a lo legal-formal, y sustracción a su control de la actividad de los más altos niveles políticos y de algunas partidas especiales del presupuesto. Y, en lo que hace la estructura de la Administración, se debe destacar la debilidad de los controles internos, la falta de carrera basada en el mérito, la inexistencia de premio y castigos. Y en la órbita judicial, la inoportunidad y el alto costo de los procedimientos, que vuelven ineficiente su actuación, y por último en cuanto a los controles sociales, éstos se ven dificultados por la escasa transparencia de la acción judicial.¹⁶¹ Esto no se lo puede atribuir exclusivamente a los controles tradicionales, dado que la rendición de cuentas está relacionada con las características del sistema político, en particular con la transparencia de los actos públicos y de la cultura política, no es tan importante la perfección del control, sino el ejercicio efectivo de los mismos.

No basta con la modificación de los órganos de control, es necesario la transformación del *modelo y estilo de gestión* que se deben controlar, las reformas normativas exclusivamente, nos lleva a caer nuevamente en los supuestos de control formal. “Las administraciones públicas a las que se aspira deben ser el reflejo coherente

¹⁶¹ GROISMAN E, LERNER E; “Responsabilidad por los controles clásicos” en “La Responsabilización en la Nueva Gestión Pública Latinoamericana” CLAD; BID; EUDEBA, Buenos Aires 2000. p 105

de la sociedad que se ambiciona. No hay buena administración con mala sociedad y no hay buena sociedad que dure sin buena administración que la sirva . Si los valores, y principios y procedimientos de una buena administración no llegan a constituir valores sociales, si no se insertan en la cultura cívica del país, si son sólo valores de buena técnica o de buena administración, fallará la demanda social y la presión política que son condición necesaria de toda reforma administrativa auténtica. Las administraciones deben ser valoradas desde la sociedad a la que sirve, y sus servidores -los funcionarios – deben conceptualizarse como servidores del Estado”.¹⁶²

Para finalizar, debemos remarcar que en su significación política, las constituciones democráticas modernas incorporan principios e instituciones que obedecen a intereses sociales diversos y contradictorios, y que esto es posible sólo gracias al consenso constitucional. “Este consenso es la garantía práctica del valor normativo de la Constitución”¹⁶³. Un Estado Constitucional sólo es estable cuando sus instituciones han penetrado en la vida, cuando sus ciudadanos no lo combaten por razones de principio; concretamente, cuando están dispuestos a correr el riesgo de pasar períodos en la oposición antes de destruir el sistema constitucional con todas sus garantías jurídicas de libertades.

Como dice KRIELE esto, no es una cuestión que pueda ser resuelta mediante apelaciones a la moral; es una cuestión de comprensión de las conexiones tan complejas que requieren mediación en virtud de la tradición. La virtualidad de la Constitución depende de los poderes públicos, del sistema de controles y por supuesto de todos los ciudadanos. La Constitución es un canal abierto, es un diálogo, es un cauce de debate, desde el pluralismo y la diversidad, es como BERNARD CRICK nos dice al caracterizar el sistema político de gobierno: que es la actividad pública de hombres libres que tratan de conciliar en la medida de lo posible los intereses divergentes en la sociedad. Por lo tanto, es triste decir, que en nuestro país, la más importante reforma del Estado, se llevó a cabo, no mediante un pacto, una conciliación, sino a través del derecho de emergencia, que

¹⁶² PRATS JOAN; “las Transformaciones de la Administraciones públicas de nuestro tiempo”

www.iigov.org 2004.

¹⁶³ REBOLLO, LUIS M. “Los significados de la Constitución” en Constitución española. Aranzadi Editorial. Pamplona, 1996.

desembocó en lo que FAYT Y BELLUSCIO anticiparon, la muerte del Estado Constitucional de Derecho.¹⁶⁴

Adriana H Mack.

¹⁶⁴ DELANNOY S Y MACK ADRIANA, Ob cit.

11 BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE LUIS; "La problemática del control en la actualidad". "El Parlamento a Debate". Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales "LUCAS MALLADO", Editorial Trotta, S.A., Madrid 1997.
- ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, CESAR; "La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas", El Tribunal de Cuentas de España, Vol. I; Madrid, 1981,
- AVAGLIANO, LUPO; "Contributi al Diritto e alla scienza dell'amministrazione", Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana", N° 5, Roma 1982.
- ARAGÓN MANUEL; "Constitución y control del poder". Ediciones ciudad Argentina, Buenos Aires 1995.
- BERHONGARAY ANTONIO TOMAS; Debate parlamentario de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, en Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, octubre 30 y 31 de 1991, Buenos Aires
- BIANCHI, ALBERTO; "Control de Constitucionalidad" " El proceso y las jurisdicciones constitucionales". Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires 1992.
- BIDART CAMPOS; G; "El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa". EDIAR, Buenos Aires 1995
- CALVO BERNARDINO, ANTONIO Y GUTIÉRREZ JESÚS, "El proceso de globalización y la intervención del Estado en economía", Presupuesto y Gasto Público, N° 152, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, de 2000,
- CAYÓN GALIANO, ANTONIO; "Legalidad y control del Gasto Público", Presupuesto y Gasto Público N° 1, instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979
- CAZORLA PRIETO, LUIS MARIA, "El Tribunal de Cuentas y las corporaciones locales". EL tribunal de Cuentas Vol I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981.
- CLAD; BID, "la Responsabilización en la Nueva Gestión Pública Latinoamericana" EUDEBA, Avellaneda, 2000.
- CHELI, ENZO; "Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale" en Archivio Giuridico "Filippo Serafini", Società tipografica editrice Modenese.-Mucchi, Modena, 1965
- CRICK, BERNARD; "En defensa de la política" Kriterion Tusquets, Barcelona, 2001
- DELANNOY S y MACK A; "El Derecho de Emergencia como puerta de salida de la Constitución" en Libro de Ponencias de las XIX Jornadas de Derecho Civil, Tomo II, Universidad Católica Argentina y Universidad Nacional de Rosario. Rosario 2003
- DUGUIT LEON "Soberanía y Libertad" Edit.. Tor Buenos Aires 1943
- DROMI ,JOSE; "La Reforma del Estado, Privatizaciones y Concesiones". Editado por "Ambito Financiero" Buenos Aires. 1989.
- ENCICLOPEDIA GIURIDICA TRECCANI, Roma, 1995.
- FERNÁNDEZ CARNICERO, GONZÁLEZ CLARO; "Las relaciones entre las Cortes Generales y el Tribunal de Cuentas", Crónica 1992-1993, Tribunal de Cuentas España, Madrid 1994

- FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, M^a DEL VALLE; “Presupuestación por Programas”, Crónica 1996-1997 Ediciones: Tribunal de Cuentas de España, Madrid 1998
- FERRAJOLI LUIGI; “Derechos y Garantías. La ley del más débil. Trotta Madrid 1999
- FERREIRA RAÚL; “Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías”; Ediar SA; Buenos Aires 2001
- FIORAVANTI, MAURIZIO, “Los Derechos Fundamentales” Presentación de CLARA ÁLVAREZ ALONSO, Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- FREY BRUNO Y SERNA ÁNGEL; “El Tribunal de Cuentas: una perspectiva desde la elección pública” Rivista de Derecho Financiero y Hacienda Pública. Julio-Agosto pp. 664/665. Citados por FRANCESC VALLÉS VIVES Tesis Doctoral. “Control Externo del Gasto Público “ UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA.
- GARCIA DELGADO, DANIEL; “Estado y Sociedad” “La nueva relación a partir del cambio estructural”. Tesis Grupo Editorial Norma S.A. Buenos Aires, 1994
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ TOMAS RAMÓN; curso de Derecho administrativo” Vol. I 8º edición Editorial Civitas S.A. Madrid 1997,
- GARCIA PELAYO, MANUEL; “El status del Tribunal Constitucional” en Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. I, Madrid, 1981
- GARGARELLA, ROBERTO, “Sobre Los Déficits Del Sistema De “Frenos Y Contrapesos”. Ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Ciencias Políticas de la Sociedad Argentina de Análisis Político (SAAP). Universidad Nacional de Rosario. Noviembre de 2003.
- GARZÓN VALDÉZ, ERNESTO; “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías” en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 0. I.S.S.N.: 1138-9877 Fecha de publicación: 7 de mayo de 1998
- GIANNINI, MASSIMO SEVERO; “Controllo: Nozioni e Problemi” Rivista trimestrale de diritto pubblico, Roma, 1974,
- GROISMAN E, LERNER E; “Responsabilidad por los controles clásicos” en “La Responsabilización en la Nueva Gestión Pública Latinoamericana” CLAD; BID; EUDEBA, Buenos Aires 2000.
- KELSEN, HANS; “Teoría General del Estado”. Editora Nacional- México, 1965
- KRIELE, MARTÍN “Introducción a la Teoría del Estado”, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1980
- LADU, GIAMPAOLO; “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, Roma, 1987
- LA FUENTE DE LA CALLE, MARÍA J DE; “Los límites constitucionales del ámbito de la leyes de presupuestos. Estudios doctrinales y jurisprudencia:” Tribunal de Cuentas de España, Madrid 1996
- LINDE PANIAGUA, ENRIQUE; “El Tribunal de Cuentas y su dependencia directa de las Cortes Generales”, Tribunal de Cuentas Vol. II , Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982,
- LÓPEZ GONZÁLEZ E; “Una aproximación de la Ciencia de la Administración”. DA 218-219, Madrid 1989

- LOWENSTEIN, KARL; “Teoría de la Constitución”. Ediciones Ariel Barcelona, 1.970 segunda edic
- LUCAS VERDU, PABLO; “Apuntes sobre los aspectos jurídicos-políticos del Tribunal de Cuentas”, en El Tribunal de Cuentas Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981
- MACK ADRIANA Y HERNÁNDEZ LOLYMAR; “derecho y Principios. El Principio de Igualdad en la Constitución Española”, en Revista Tachirensis de Derecho Universidad Católica del Táchira San Cristóbal, Venezuela. Nº 13 enero –diciembre 2001
- MARTÍN MARTÍN, PAULINO, “Posibilidades y limitaciones de la Jurisdicción Contable ante la corrupción”, Revista Española de Control Externo, Tribunal de Cuentas de España, Madrid
- MEDINA GUIJARRO JAVIER Y ÁLVAREZ TÖLCHEFF ENRIQUE; “Los Derechos humanos y el control del Gasto Público en la constitución Española”, en Declaración universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario, Centro internacional de Estudios Políticos, Editorial Bosch S.A. Madrid 1998
- MENSAJE DEL PODER EJECUTIVO de la República Argentina, enviado al Honorable Congreso de la Nación, conjuntamente con el Proyecto Legislativo, el día 12 de abril de 1991, en Anales de Legislación Argentina 1992. La Ley SAE. e I. Buenos Aires 1993,
- MONTESINOS JULVE VICENTE; “Nuevos ámbitos de fiscalización de las entidades públicas” Revista Española de Control Externo Nº 4, Tribunal de Cuentas de España, Madrid, 2000,
- NIETO ALEJANDRO; “Peculiaridades Jurídicas de las Norma constitucional” Revista de Administración Pública, Ns. 100-102. Centro de Estudios Políticos Constitucionales Madrid.
- OTTO, IGNACIO DE; “Derecho Constitucional –Sistema de fuentes”, Editorial Ariel SA, reimpresión 1999,
- PAREJO; ALFONSO LUCIANO; “Crisis y renovación en el Derecho Público” en Cuadernos y Debate. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.
- ----- “Eficacia y administración - Tres estudios”, Instituto Nacional de Administración Pública, BOE., Madrid 1995
- ----- “El Reto de la eficaz gestión de lo Público”, Revista Sistema, Nº 149, Madrid 1999.
- PAREJO, ALFONSO LUCIANO, JIMÉNEZ BLANCO A. Y ORTEGA ÁLVAREZ; “Manual de Derecho Administrativo” Vol I 5º edic. Editorial Ariel S.A. Barcelona 1998
- PRATS JOAN; “Las Transformaciones de la Administración de Nuestro Tiempo” IIGC.
- PÉREZ ROYO JAVIER, “El Tribunal de Cuentas en la Constitución y en el Proyecto de Ley Reguladora del mismo.” “El Tribunal de Cuentas en España Vol II Instituto de Estudios Fiscales Madrid 1982
- PORTINARO PIER PAOLO: “Estado. Léxico de la Política”, Nueva Visión Buenos Aires 2003

- REBOLLO, LUIS M. “Los significados de la Constitución” en Constitución española. Aranzadi Editorial. Pamplona, 1996.
- REDONDO DE LA VEGA JESÚS; Análisis de los Principios de Economía, eficiencia y eficacia aplicados a la Auditoría de Optimización de recursos. Crónica 1988-1989, Tribunal de Cuentas Madrid, 1990
- RIGHETTINI MARÍA STELLA, “Elementi di scienza dell’ amministrazione” Edizioni Lavoro Roma, 1997
- RIZ LILIANA DE Y SABSAY, DANIEL A Y ONAINDIA, JOSE M; “Perspectivas de modificar el sistema Presidencialista en Argentina. Universidad de Heidelberg – CEDES, Buenos Aires, 1989
- SABSAY, DANIEL A Y ONAINDIA, JOSE M. “La Constitución de los Argentinos-Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994”. ERREPAR, Buenos AiresS 1994.
- SAN MARTÍN MENÉNDEZ, JOSÉ LUIS; “La fiscalización del sector público (La auditoría de Gestión del sector público)”, Crónica 1994-1995, Madrid 1996
- SARTORI GIOVANNI, “Partidos y Sistemas de partidos. Marco para un análisis” Vol I . Alianza Editorial SA, Madrid, 1987
- SUBIRATS JOAN; “Teoría de la Organización”; Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid 1993.
- SANTA MARÍA PASTOR, JUAN ALONSO; ”Las funciones del Tribunal de Cuentas”, Crónica 1981, Vol. I, Tribunal de Cuentas, Madrid, 1982
- SERRAFERO MARIO, “La Jefatura de Gabinete y las crisis políticas: el caso De la Rúa”, en Revista SAAP, Vol. I , N° 2, octubre 2003, Buenos Aires.
- ----- “Presidencialismo y reforma política en América Latina” Revista Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, N° 8, enero-abril
- TARELLO, GIOVANI; “Cultura jurídica y Política del Derecho”, Fondo de cultura Económico. México, 1era. edic. en castellano 1995. (1era. edic. en italiano 1988)
- TRILLO FIGUEROA, FEDERICO, “La función consultiva del Tribunal de Cuentas ante al Crisis de la Institución Parlamentaria” Tribunal de Cuentas, Vol II, edit Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982
- ZALGREBELSKY GUSTAVO; “El Derecho Dúctil”, edit. Trotta, Madrid,1999