

El control público en el marco de la democracia, primera parte: Fundamentos

Por Juan Bautista Justo

El control del sector público –en sus diferentes facetas- es recurrentemente presentado como un obstáculo a la gestión eficaz de los cometidos estatales por parte de los poderes ejecutivos, como una restricción a su zona de reserva, e incluso como una afrenta al principio democrático, en tanto supone fijar un coto al libre desenvolvimiento de las autoridades elegidas por el pueblo.

Es importante ubicar esos reparos en el contexto concreto del Estado de Derecho y dejar con ello expresado que es el propio modelo democrático –centrado en la presencia de poderes fiduciarios y deberes de rendición de cuentas- el que legitima a los organismos de control para ejercer una fuerte intervención en la gestión que llevan adelante los diferentes estamentos del Estado. Las exigencias derivadas de esos principios no pueden ser soslayadas con fundamento en visiones sesgadas de lo que implica la eficacia administrativa o bien en el origen democrático que legitimaría la acción de los administradores.

Como sabemos, el recurso a ese tipo de postulados para justificar la exención de los poderes políticos del control por parte de diversos funcionarios no electivos, en especial los jueces, ha signado la conformación misma del derecho administrativo continental europeo del cual es tributario el régimen argentino, arraigando paulatinamente la idea de que un poder *fuerte*, resumido en la noción de *governabilidad*, requiere de ciertas parcelas de *inmunidad*.

Contrariamente a esa posibilidad, la función de control público posee jerarquía esencial en nuestro ordenamiento, en la medida en que viene a operativizar una serie de aspectos que hacen al funcionamiento básico de una democracia constitucional.

1. El poder político como *fiducia* y la improponibilidad de gobernantes incondicionados

Los órganos estatales, actúan por definición en beneficio de un tercero, al que deben rendir cuentas de la temporal administración de sus intereses. Todos los poderes que se ejercen en la comunidad son de carácter fiduciario y se ejercen en interés del pueblo, resultando esencialmente revocables si con ellos se ponen en práctica actos contrarios a la encomienda de confianza que les da su razón de ser.¹

El carácter fiduciario del poder público impide concebir a las competencias de los funcionarios como una enajenación de las atribuciones del pueblo, pues ello llevaría a postular que cada proceso electoral erige un titular incondicionado del poder. Elegir gobernantes no equivale a alienar –siquiera transitoriamente- la facultad completa de decisión, sino confiar a unos determinados equipos políticos la gestión pública bajo parámetros concretos marcados en los tratados, la constitución y la ley. En una democracia, la ciudadanía mantiene en todo momento la posibilidad de verificar –en cada caso- que el desempeño gubernamental se corresponda con los mandatos populares expresados en el ordenamiento jurídico. Sólo de esa forma se salvaguarda el principio de autonomía de la persona.

2. El control como *test de cumplimiento del mandato popular plasmado en el ordenamiento jurídico*

Íntimamente implicado en lo anterior, debe entenderse al control público como un derecho fundamental del ciudadano, entroncado en la idea de libertad. El mandante mantiene en todo momento la posibilidad de verificar la obediencia de los gobernantes a la voluntad general, pues en caso contrario el ciudadano habría abdicado de su libertad al perder la posibilidad de supervisar a los mandatarios.

En otros términos, dado que los que mandan lo hacen en tanto obedecen al orden impersonal –legal- en que fundan sus órdenes y los que obedecen lo hacen en tanto mandan a través de la formulación de ese orden legal, toda pretensión de liberarse de esa sujeción contradiría la idea misma de libertad.

Siendo entonces el control un derecho inherente a la libertad humana, el mismo posee una consecuencia determinante en la dinámica del sistema democrático, al operar como límite a los designios de las mayorías. El principio de la mayoría –

¹ García de Enterría, Eduardo, *La Lengua de los Derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 62.

plasmado en las elecciones- no puede utilizarse como justificativo de una dispensa del control sobre los gobernantes, por cuanto ello supondría conculcar un derecho a ese control que, precisamente, actúa como presupuesto de la libertad del ciudadano, al cual “*solo en virtud de ley puede exigirse obediencia*”.

Esa construcción, por otra parte, es la que se desprende claramente del art. 36 de la Constitución Nacional, que postula la esencia democrática del control al establecer que los delitos dolosos contra el Estado que conlleven enriquecimiento - fórmula que en principio engloba la corrupción- suponen un “atentado contra el sistema democrático”. Ha sido el propio texto fundamental el que ha perfilado a la corrupción pública como una lesión esencial al sistema, jerarquizando con ello al control de la gestión estatal como un elemento esencial para proteger, precisamente, a la democracia. Toda pretensión de contraponer el principio democrático al del control ha sido expresamente desechada por el constituyente.

3. El dilema Principal – Agente

En la línea planteada, los mecanismos de control pretenden combatir los riesgos expuestos en la “teoría del Principal – Agente”, un abordaje nacido en el marco del gobierno corporativo y la relación entre los accionistas y los directores de las sociedades que ha sido extrapolado al sector público como una valiosa herramienta de análisis. De acuerdo a ella, la ciudadanía actúa como Principal (titular directo de los bienes, poderes e intereses gestionados por el gobierno) y el cuerpo de funcionarios como sus Agentes, es decir, como los sujetos autorizados para actuar en su representación y beneficio.

El problema inherente a la relación principal – agente surge del riesgo –agravado por una situación de asimetría informativa en perjuicio de la ciudadanía- de que el agente realice acciones que no van necesariamente en los mejores intereses del principal, sino en el propio. En particular, el agente puede perseguir la satisfacción de su utilidad personal, una meta que puede entrar en conflicto con la maximización de la utilidad del principal. Eso es lo que ocurre en las hipótesis de desviación de poder, azar moral, ineficiencia o corrupción.

El control es una de las formas de abordar este riesgo inherente a los vínculos fiduciarios. El desafío es enorme, en la medida en que la desconexión entre principal y agente es la causa decisiva de una inadecuada distribución de recursos en la sociedad por parte del poder público. Cuando los funcionarios se ocupan de maximizar su propia utilidad personal en lugar de hacer lo que sea mejor para la sociedad, esa distribución de los recursos deja de atender a la satisfacción del conjunto (el Principal) y pasa a responder a los intereses de un grupo reducido (los Agentes). En tanto la eficiencia supone generar el mayor nivel de satisfacción con los recursos disponibles, el dilema del agente se traduce en esquemas de reparto de beneficios y sacrificios esencialmente ineficientes y con ello desiguales. La pobreza es la cara más cruda de la teoría del Principal – Agente.

4. Democracia y control. Estándares interpretativos

De lo anterior se desprenden dos directivas relevantes para analizar el rol de los órganos de control.

a) La eventual legitimación electiva de los funcionarios no puede ser óbice para la institución de mecanismos de control pleno de sus actos, rodeados de las debidas garantías de independencia, idoneidad y objetividad, con la potestad de oponer reparos eficaces a los actos que no gocen de juridicidad. Es equivocado considerar que el origen democrático de los gobernantes los dispensa de esa exigencia, pues ello importaría presumir el consentimiento *global, anticipado e indiscriminado* de los ciudadanos a todos los actos estatales por medio de las elecciones, lo cual contradiría la esencia dinámica y abierta de la democracia. Los gestores públicos deben dar acabada cuenta de sus decisiones, justificándolas plenamente. El control no es otra cosa que esa comparación entre la legalidad que habilita el obrar administrativo y lo efectivamente realizado por el funcionario.

b) Tampoco es correcto enfocar a los sistemas de control como una traba a la eficaz gestión de los cometidos públicos. El remanido recurso a la *gobernabilidad*, a la necesaria rapidez de las decisiones, parece acercarnos más a la dominación carismática² que al principio democrático. Precisamente, el control se presenta como un factor consustancial con las ideas de economía, eficiencia y eficacia administrativas, pues tiende a evitar los desvíos en la acción estatal de los postulados de la legalidad. Así, el control tiende a asegurar el cumplimiento de los fines en que se fundó el legislador al atribuir la competencia al órgano.

Más importante aún es que -al exigir una justificación de las medidas que adopta en cada caso- el control obliga a la Administración a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y a sopesar mejor sus respectivas consecuencias, “previniendo a las autoridades de los peligros de la improvisación, de la torpeza, del voluntarismo, del amor propio de sus agentes, del arbitrio y de otros riesgos menos disculpables”.³

En fin, el argumento de la eficacia administrativa como recurso para liberar a los funcionarios de las ataduras de una supervisión estricta aparece como profundamente antidemocrático y contrario a la necesidad de una Administración que sirva objetivamente al interés público.

² “La dominación burocrática es específicamente racional en el sentido de su vinculación a reglas discursivamente analizables; la carismática es específicamente irracional en el sentido de su extrañeza a toda regla” (Weber, Max, *Economía y Sociedad*, FCE, p. 195).

³ Fernández, Tomás R., “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 076, Año 1992, p. 511.