

CONDICIONES ESTRUCTURALES DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL

Jorge Edmundo Barbará*

ABSTRACT

Los órganos independientes a cargo de expertos cuya función primaria consiste en la aplicación o ejecución de políticas públicas legalmente decididas, se encuentran condicionados por la eliminación de la política partidista en su organización y dinámica, así como por la necesidad de responder a una racionalidad estatal fundada en la división del trabajo social. La debilidad institucional de estos órganos en Argentina, permite advertir que los mismos no se adecuan a estos condicionantes.

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Político (AADP). Profesor Titular Ordinario de Derecho Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y de Introducción a la Ciencia Política y a las Relaciones Internacionales y de Historia del Pensamiento Político en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. E-mail: jorgebarbara@ciudad.com.ar

1.- La eliminación de la política.

Hans Kelsen sostiene que

“La suerte de la democracia moderna depende en gran proporción de que llegue a elaborarse un sistema de instituciones de control. Una democracia sin control será siempre insostenible, pues el desprecio de la autorrestricción que impone el principio de la legalidad equivale al suicidio de la democracia.

*Cuando el principio democrático –en interés de su propio mantenimiento- se limita esencialmente al proceso legislativo y a la designación de los órganos ejecutivos superiores y se aparta, en cambio, de los estadios de volición del Estado – administración pública y de justicia- que componen la función ejecutiva, queda trazada la línea divisoria que debe limitar el radio de acción de los partidos políticos. El principio de la legalidad, a que está sujeta necesariamente **toda** función ejecutiva, excluye cualquier influencia partidista sobre la aplicación de las leyes por los tribunales o autoridades administrativas. Éste es el único significado legítimo que puede tener la aspiración a eliminar de las funciones del Estado a la política dentro de la democracia y de cualquier otra forma de Estado” (1977: 107, la negrita nuestra).*

Para Kelsen la acción de la política se circunscribe a la esfera de creación de las normas, particularmente allí donde es de aplicación el principio de mayorías y minorías, el cual es crucial para la existencia de la democracia.

En la ejecución de las normas, sea por un órgano administrativo, sea por un órgano judicial, la política partidista queda excluida. De lo contrario, la democracia se suicida.

Esta eliminación de la política necesariamente se aplica a “**toda** función ejecutiva”.

Desde que Kelsen escribiera la obra a la que corresponde la cita arriba transcripta hasta el presente han transcurrido aproximadamente 90 años. En este lapso se ha producido una expansión y una complejización fenomenal de la estructura estatal, particularmente en relación a la función ejecutiva.

Exactamente en este proceso de evolución aparecieron las instituciones de regulación y control, en especial de aquel sector en que se encuentran en juego intereses colectivos, particularmente en el sector de los servicios públicos y de los servicios financieros.

En Argentina ese proceso cobró mayor intensidad con motivo de la reforma del Estado que tuvo lugar en los noventa, en especial a partir del dictado de la Ley 23.696 denominada, precisamente, Ley de Reforma del Estado.

Y es en este nuevo escenario que la existencia de esta nueva diferenciación de la administración pública sigue reclamando, para el adecuado funcionamiento de tales instituciones, la eliminación de la política, toda vez que ha sido precisamente la desconfianza en los actores políticos aquello que principalmente justifica la creación de entes reguladores y de control independientes en cabeza de expertos.

En este sentido, ya en el siglo XXI, se expresa el Premio Nóbel de Economía Joseph Stiglitz cuando sostiene que

*“Una forma de restricción que los gobiernos a menudo se imponen a sí mismos es la delegación de responsabilidades a cuerpos independientes, por lo general compuestos por “expertos”, para la toma de ciertas decisiones. Son numerosos – si no la mayoría- los países que han adoptado bancos centrales independientes, y el FMI ha estado presionando a todos los países para que hagan lo mismo. Muchos países tienen cuerpos reguladores independientes, por ejemplo en las telecomunicaciones y otros monopolios naturales. Son numerosos los argumentos que sustentan esta independencia, **la mayoría de los cuales aluden a la desconfianza en el proceso democrático.** (2002:36, negrita nuestra).*

Kelsen sostiene la necesidad de la eliminación de la política partidista en las instancias de aplicación o ejecución del derecho positivo porque, una vez consagrado como derecho positivo un determinado valor político a través de una ley, allí queda afirmada constitucionalmente una determinada dirección política, no pudiendo, en consecuencia, surgir en la instancia de ejecución una lucha de intereses políticos adversos.

Si se trasladaran a los órganos de ejecución o de aplicación de la ley las discusiones propias de las instancias legislativas, particularmente cuando la composición política y las mayorías y minorías de aquéllos fueran diferentes a la de las cámaras legislativas, ello supondría el peligro inminente de aniquilamiento de la democracia en la legislación.

De allí que la burocracia, informada de manera autocrática-burocrática, resulta necesaria para el mantenimiento de la democracia, toda vez que si se tratara de reproducir en la función de ejecución el principio democrático partidista de mayorías y minorías, se expondría la existencia misma del sistema democrático.

Las instituciones de control judicial, confiadas a expertos y no a políticos, tienen por misión el control de los actos administrativos individuales a través de la jurisdicción contencioso administrativa y el control de normas generales, incluidas las leyes, a través de la jurisdicción constitucional. En el primer caso, el control se refiere a su legalidad; en el segundo, a su constitucionalidad.

En este último caso, la función de control es trascendente para la democracia en razón de que el mantenimiento de la Constitución dentro del proceso legislativo representa un interés eminente para la minoría para no quedar expuesta a la arbitrariedad de la mayoría. Es por ello que Kelsen manifiesta la necesidad que se conceda a la minoría la posibilidad de apelar directa o indirectamente a un tribunal constitucional.

El cuidado de la esencia de la democracia, es decir, la protección de la minoría, depende de un sistema de instituciones de control depuradas de partidismo político.

Las razones por las cuales Stiglitz nos advierte sobre la *“desconfianza en el proceso político democrático”* transcurre por otro escenario que el de Kelsen. Transcurre por un escenario de análisis político sobre prácticas irresponsables de los gobiernos en la gestión de la economía y en el necesario contrapeso que significa la existencia de instituciones regulatorias independientes a cargo de expertos.

El caso en cuyo análisis se detiene Stiglitz es el de las prácticas macroeconómicas de los gobiernos en períodos preeleccionarios y en el imprescindible requerimiento de bancos centrales independientes compuesto por expertos.

Para Stiglitz, *“... los gobiernos tienen incentivos para tratar de inflar la economía inmediatamente antes de una elección, dada la miopía del electorado, que no comprende lo que está pasando. Los ciudadanos perciben que sus ingresos aumentan, pero no toman conciencia del precio que habrán de pagar por ello en el futuro...”*.

Esto supone, por parte de los gobiernos, un abuso de su poder que no es detenido por disciplina democrática electoral alguna.

Precisamente para establecer un dique a semejantes prácticas de abuso, con las consiguientes consecuencias perjudiciales para la ciudadanía, los gobiernos ceden poderes a cuerpos independientes constituidos por expertos.

Ciertamente que esa delegación de poder significa una reducción de las facultades discrecionales con que cuentan los gobiernos. Pero esa restricción es deseable en razón de las desventajas que acarrea el abuso de poder.

Está claro que si bien los entes reguladores independientes pueden reducir los problemas derivados de los incentivos que mueven a los políticos, no es menos cierto que tales entes pueden presentar otros problemas. Particularmente estos problemas se refieren a que estos organismos pueden resultar capturados precisamente por aquellos a quienes tienen que regular y controlar y a que pueden caer en la tentación de una expansión del poder de su propia burocracia.

En el caso de bancos centrales independientes, la captura supone que los mismos reflejan los intereses de la comunidad financiera antes que los intereses colectivos a que se deben. Y el incremento y fortalecimiento de sus poderes burocráticos pueden llegar a priorizar sus propios incentivos institucionales con preferencia al sentido que poseen dentro de todo el sistema institucional estatal.

Dicha problemática puede afectar sustancialmente a estos cuerpos reguladores.

Stiglitz nos dice que el hecho de que los entes reguladores sean independientes y a cargo de expertos, ello no significa que no deban ser representativos. Es que éste es un asunto de reponsabilidad (accountability).

En efecto, la libertad que significa la independencia del regulador no es un permiso para ignorar *“lisa y llanamente la voluntad general”*.

Siempre en el caso de bancos centrales, la representatividad significa advertir que los problemas de la política monetaria afectan a todos los sectores de la economía, a toda la comunidad, y no sólo a la comunidad financiera. Es que las divergencias de intereses entre una y otra pueden ser enormes.

En este último sentido, si nos situamos dentro de un Estado carente de una red de seguridad social adecuada, el resultado de una política monetaria demasiado rígida puede ser un desempleo de graves consecuencias sociales y económicas en el largo plazo. Por ejemplo, las interrupciones forzosas de la educación debido a que las familias no pueden seguir pagando las cuotas en el ámbito privado, previsiblemente ello significará que esas interrupciones se tornarán definitivas. Por lo tanto, en el pensamiento del regulador no sólo debe ponderarse la situación de comerciantes - o del empresariado en general- a quienes puede afectar una determinada política monetaria.

El economista bajo análisis nos coloca en el escenario de un país que desee ahora enviar un mensaje creíble, en relación prácticas consuetudinarias reprochables anteriores, tales como largas historias de inflación o en la ya mencionada recurrente utilización de políticas monetarias de corto plazo empleadas por los políticos recalentando la economía en la carrera electoral.

Para ello el país debe establecer y asumir un determinado “*compromiso*”.

Este “*compromiso*” consiste, en definitiva, en que los cuerpos reguladores no sólo deben ser independientes del poder político sino que deben encontrarse a cargo de expertos.

Precisamente uno de los argumentos para la independencia de los entes es que con ello se facilita el uso de la experticia.

Es que la ejecución de las políticas públicas decididas por la legislación, no obstante la presumible actuación de expertos previo a esa decisión, requiere de la delegación de facultades a expertos en el ámbito de cuerpos independientes que se encuentran habilitados para ejecutar el sentido o intención de la legislación en razón de los complejos problemas de carácter técnico que debe afrontar el regulador .

Aquí se señalan dos problemas: en primer lugar, que en la práctica, normalmente, los entes independientes no están formados por expertos sino por políticos que reflejan intereses especiales de carácter político; en segundo lugar, que las fronteras entre decisiones técnicas y decisiones políticas son difusas.

Siempre bajo el supuesto de bancos centrales independientes, se advierte que siendo la regulación macroeconómica su función más importante, en la mayoría de los países su directorio no está compuesta por macroeconomistas que lideren esa área en los respectivos países o siquiera por quienes posean un alto nivel de experticia en economía financiera y en las relaciones con la economía real*.

La falta de experticia facilita que los reguladores sean influenciados por grupos de intereses sectoriales, estrechando sus perspectivas y aumentando las consecuencias de su falta de representatividad.

En el carácter de conclusión o de “*balance final*” Stiglitz expresa:

* Stiglitz menciona que “*La primera vez que un connotado analista macroeconómico fue destinado para integrar la Fed Board fue durante la Administración Clinton, pero esta designación no fue seguida por otras similares. El único macroeconomista con reputación internacional que fue designado para la Junta (Directiva) como vice-presidente, Alan Blinder, renunció frustrado. Hubo otros economistas de primera línea –Janet Yellen, que se movilizó para convertirse en jefe del Consejo de Asesores Económicos, o David Mullins, ex profesor en la Harvard Business School-, pero fueron más la excepción que la regla*” (2002:39).

“La delegación y el compromiso mediante mecanismos de independencia trae consigo el pago de dos altos precios: menos responsabilización democrática y menos flexibilidad para adaptarse y ajustarse a las circunstancias cambiantes. Pero el compromiso tiene potencialmente dos grandes ventajas: los compromisos reducen la probabilidad del poder discrecional y la confianza en una mayor macroestabilidad puede ofrecer un mejor entorno para la inversión. Existe un continuum en los grados de independencia, y el grado real de independencia puede ser marcadamente diferente del que aparece en el mapa “organizacional”. Un banco central que reporta a un ministro de finanzas puede ser bastante independiente en una sociedad en la que la norma se expresa firmemente en contra de la intervención. Como se ha hecho notar anteriormente, en los Estados Unidos, el banco central supuestamente independiente ha mostrado un alto nivel de sensibilidad política” (2002:40).

Arriba hemos advertido que para Stiglitz la delegación de facultades regulatorias en cuerpos independientes compuestos por expertos asume el carácter de un “*compromiso*” de un país.

En verdad dicho “*compromiso*” reviste el carácter de una especie dentro de un género más amplio de los “*compromisos*” a los que alude este autor. En tal sentido, y desde una perspectiva general, conceptualiza como “*compromiso*” “*la existencia de un contrato social fundamental entre el gobierno de un país y los ciudadanos a quienes se supone que sirve. Se trata de un contrato implícito; no hay juez que juzgue si ha habido una violación de la letra o del espíritu del contrato. La ciudadanía de un país es fiscal, juez y jurado. Si los ciudadanos se convencen de que tuvo lugar una ruptura del contrato, en la próxima ocasión electoral querrán reemplazar al gobierno. Si intervienen procesos no democráticos, los ciudadanos tratarán de expresar su descontento con marchas, si se les permite, con demostraciones espontáneas y con la revolución si se suprimen otras formas de expresión” (2002:33).*

En sustancia, las cláusulas del contrato social deben ser honradas para preservar la estabilidad social y política.

Según se observa, un gobierno que contrata con su pueblo es un gobierno que asume obligaciones y esta asunción restringe su libertad, es decir, restringe el ámbito de discrecionalidad de su poder en beneficio de los ciudadanos.[†]

[†] Para Stiglitz los términos del contrato social se centran en el valor equidad, particularmente cuando se trata de repartir cargas en tiempos de crisis. Y así nos dice: “*En estos términos, las políticas del FMI que*

Ello, y no otra cosa, significa la voluntad política de instituir entes reguladores independientes en cabeza de expertos.

Ahora bien, el Poder Judicial *también* es un órgano de control en relación a la legalidad de la Administración y a la constitucionalidad de las normas legales, función de control que no es sino una forma de ejercer sobre actos normativos de los órganos políticos, su función primaria de aplicar normas jurídicas sobre cuestiones de hecho al momento de dirimir controversias según fuere la naturaleza de las cuestiones a resolver y de las normas a aplicar, *también* conformado por expertos, esto es, por expertos en el conocimiento del derecho positivo.

La anhelada independencia del Poder Judicial *también* encuentra su justificación en las desventajas del abuso de poder que supondría el ejercicio de las funciones de aplicación del derecho positivo no por expertos sino por órganos políticos.

No obsta a las reflexiones precedentes la ampliación de las funciones de control del Poder Judicial no ya en referencia a la legalidad de los actos de la Administración sino a su juridicidad. Y ello porque es la propia ley, en el caso, la propia Constitución, la que le acuerda esa función, normalmente a partir de la incorporación al plexo del derecho positivo doméstico, con rango preeminente, de normas de derecho internacional, cuya precisión casuística cede en beneficio de una indeterminación lingüística que se compadece con principios antes que con preceptos jurídicos. De tal manera queda ampliada, por obra del propio legislador, en el caso el constituyente, la función de control del órgano judicial.[‡]

suministran miles de millones de dólares para afianzar a los bancos occidentales, pero que fuerzan la realización de recortes en los subsidios para alimentos y combustible a los sectores más pobres, fueron vistas como una ruptura del contrato social. En muchos países, una alta inflación no anticipada se consideró como una ruptura del contrato social: los trabajadores habían apartado dinero en la forma de ahorros, en la creencia de que el gobierno llevaría a cabo una labor razonable en cuanto a mantener la estabilidad de los precios.....” (2002:33).

[‡] En Argentina, al reformarse la Constitución Nacional en 1994, se incorporaron, con jerarquía constitucional, un generoso número de convenios internacionales que la propia Constitución expresamente menciona, además de acordarle rango superior a las leyes de tratados y concordatos que nuestro país concluyera y que fueran aprobados por el Congreso Nacional, conforme lo dispone el art. 75, inc. 22 de dicha Constitución. Al quedar configurado de semejante manera el derecho positivo doméstico, con tal cascada normativa, el deber jurídico del juzgador ha sido ampliado sustancialmente. A poco que

2.- El imperativo de la división de trabajo social.

La aparición de instituciones de control no sólo se debe al comportamiento de un poder político que por una ideología determinada o por una conciencia ética decide autolimitar o restringir su propio poder para no incurrir en abusos del mismo.

La aparición de dichas instituciones se debe también a un imperativo de la división del trabajo social, en cuya virtud, en un determinado estadio de la evolución histórica del sistema estatal se torna necesario una diferenciación del mismo para cumplir más eficazmente con las funciones a su cargo.

La diferenciación entre funciones legislativas, ejecutivas y judiciales precede en largos siglos a la protección de la libertad individual que Montesquieu sostiene como fundamento de aquella diferenciación.

En efecto, Montesquieu enuncia en el libro XI, capítulo VI, de su “Del Espíritu de las Leyes”, que viera la luz en 1748, bajo el acápite “De la Constitución de Inglaterra”, sus famosas reflexiones sobre la división de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial.[§] Sin embargo, Aristóteles, en el libro VI, capítulos XII, XIII y XIV, de “La Política”, escrita en el siglo IV A.J., ya había descripto con bastante precisión esta diferenciación de poderes, al tratar, en aquel libro VI sobre “De la democracia y de la oligarquía. División de Poderes”.^{**}

se repare que los tratados internacionales, particularmente los enunciados expresamente en la disposición mencionada, tienden a establecer obligaciones y límites al poder político estatal, la ampliación de la función judicial particularmente se referencia al control de los poderes políticos a través de la efectivización de exigencias previstas en tales normas de aplicación preferente.

[§] Montesquieu inaugura este capítulo VI del libro XI con el enunciado y caracterización de cada uno de estos tres poderes, en los primeros dos párrafos. Inmediatamente a continuación conceptualiza la libertad individual por el lado de la seguridad que “*cada uno*” requiere de su gobierno para no temerle: “*La libertad política de un ciudadano, es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad; para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal, que ningún ciudadano pueda temer a otro*”.

^{**} Aristóteles inaugura también el capítulo XII, bajo el acápite “División de Poderes – Poder Legislativo”, con la directa referencia a estos tres poderes: “*Vamos a examinar ahora cuáles son los poderes constituidos en la república en general y en cada especie particular de organización política, enunciando ante todo un principio fundamental. En todo Estado existen necesariamente tres poderes que un legislador sabio debe procurar armonizar entre sí y con la especie de gobierno. De la acertada combinación de estos poderes depende la menor o mayor bondad de los gobiernos y aún puede decirse*

Es, pues, una exigencia de la división del trabajo la diferenciación del sistema estatal, la existencia de los tres poderes mencionados, independientemente de que, en un caso, estemos en presencia de una indiferenciación entre Estado y Sociedad atento el carácter de la democracia directa de Atenas y de la ideología todo-parte que el propio Aristóteles refiere en el libro I, cap. I de “La Política y que, en otro caso, nos encontremos en presencia de la diferenciación entre Estado y Sociedad, con la consecuente ideología del Estado representativo que recepta las libertades individuales de las que se ocupara, unos sesenta años antes que Montesquieu, precisamente en Inglaterra, John Locke.

Será, por tanto, la división del trabajo social la que vaya determinando una cada vez mayor diferenciación del aparato estatal en cuanto al ejercicio cada vez más especializado del poder de policía a través de consecuentes órganos estatales especiales.

Resulta aquí de aplicación el preciso principio que sienta Hermann Heller, en su “Teoría del Estado”, al abordar la problemática de la justificación del Estado:

“La institución estatal se justifica, pues, por el hecho de que en una determinada etapa de la división del trabajo y del intercambio social la certidumbre de sentido y de ejecución del derecho hacen preciso el Estado. Del mismo modo que el aumento del tráfico urbano hasta cierto grado reclama una regulación del mismo, e incluso órganos especiales de policía de tráfico, así también el desarrollo de la civilización hace precisa una organización estatal cada vez más diferenciada para el establecimiento, aplicación y ejecución del derecho”. (1998: 285).

La diferenciación estatal en órganos especiales facultados para el ejercicio de un poder de policía específico aparece, pues, como una resultante de la división del trabajo social, como correlato de la evolución social, y, por ello mismo, como condición de justificación del propio Estado.

Cuando Heller se refiere a la justificación del Estado se está refiriendo a la relación de congruencia que debe existir entre los preceptos jurídicos positivos y los principios morales del derecho. Ello significa que *“cuando se declara que el Estado sólo puede ser consagrado por su calidad de organización para la seguridad jurídica,*

que los Estados no difieren sino en esta organización. Estos poderes son: el deliberante, el ejecutivo, considerado en las atribuciones y en la elección de los magistrados, y el judicial”. Habiéndose referido en este cap. XII al poder legislativo, en los siguientes caps. XIII y XIV, va a tratar, respectivamente, del poder ejecutivo y del poder judicial.

quiérese decir que sólo puede justificarse en cuanto sirva a la aplicación y ejecución de los principios morales del derecho” (1998: 285).

En consecuencia, cuando la complejidad de la vida social, en su evolución cultural, demanda respuestas regulatorias específicas por parte del Estado, y éste, autolimitando su poder discrecional, delega esas funciones en cuerpos independientes, está actuando en el sentido de aquello que aparece como *bueno* para la sociedad, es decir, éticamente deseable.

De la misma manera que el proletariado de fines del siglo XIX y principios del siglo XX demandó el establecimiento de una regulación que acogiera y protegiera sus derechos y de órganos administrativos y judiciales especiales para que la aplicara, el usuario, cliente o consumidor de fines del siglo XX y principios del siglo XXI demandó el establecimiento de una legislación tuitiva y órganos especializados para su aplicación.

No es una coincidencia, sino la aplicación de los principios enunciados, la circunstancia que tanto las demandas de las clases trabajadoras obreras cuanto las de los consumidores, clientes o usuarios, se acogieron en el máximo nivel regulatorio de los Estados, esto es, a nivel constitucional.

Basta observar el contenido de las constituciones en los respectivos períodos para constatar cuáles fueron los valores subyacentes en cuya referencia se produjo una diferenciación en nivel de establecimiento de nuevas regulaciones y en el nivel de nuevos órganos para el aseguramiento de tales regulaciones.

Sería, por tanto un error conceptual, suponer que las instituciones regulatorias y de control independientes y constituidas por expertos derivan de un mero imperativo técnico de la división del trabajo social, pero exentos de fundamentos éticos desde el punto de vista social.

No es una coincidencia casual sino, antes bien, una clara congruencia con el orden conceptual expuesto, que Stiglitz, al precisar el núcleo crucial de los *compromisos* en cuya virtud un gobierno reduce sus poderes discrecionales delegando facultades en entes reguladores independientes a cargo de expertos, el mismo reside en que sus términos “*se centran típicamente en las nociones de equidad*” (2002:33).

3.- Los entes reguladores y de control en Argentina: Sus debilidades.

Nos ocuparemos de efectuar una mirada actual a la situación de los entes reguladores y de control en Argentina, en particular a aquellos que aparecieron con motivo del proceso de privatizaciones de los servicios públicos en los noventa.

Ciertamente que sobre este tema nos hemos venido ocupando desde 1993.

Desde entonces hemos insistido en la trascendencia que revisten estas instituciones para el poder político; para los operadores, sean estos públicos o privados, y particularmente para los usuarios.

Sin embargo, hemos también destacado que no ha existido voluntad política para reconocer su trascendencia institucional, despreciándose tanto su carácter independiente cuanto el requerimiento de experticia en su composición personal.^{††}

A la mencionada debilidad institucional es menester agregarle que el escenario del proceso privatizador ha variado.

En efecto, la aparición de entes reguladores de los noventa se debió a que la prestación de servicios públicos a cargo del Estado, de manera monopólica o cuasi monopólica, se transfirió al sector privado, instalándose de tal manera un mercado

^{††} En uno de nuestros trabajos, publicado en 2008 bajo el título *“Argentina: Entes Reguladores independientes a cargo de expertos: ¿ anacronismo o deuda institucional pendiente?”*, nos ocupamos de analizar el informe de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) presentado en 2008 sobre la base de la “Auditoría Transversal sobre Aplicación de Sanciones y Multas” practicada sobre diversos entes reguladores y de control de los servicios públicos a nivel nacional. La denominación “Auditoría Transversal” obedeció a que dicha auditoría tuvo un abordaje “horizontal” sobre los diferentes entes y un abordaje “transversal” a partir de la inclusión de algunas Secretarías y Subsecretarías dependientes del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con competencia en la resolución de recursos de alzada respecto de las resoluciones de los entes auditados. En razón de las severas fallas detectadas por la auditoría en los diferentes entes auditados, particularmente en el área de transporte ferroviario metropolitano, entre otras consideraciones, respecto de la prestación de estos servicios, advertimos que *“.....si no se mantiene adecuadamente un determinado material rodante advirtiéndose que el mismo se encuentra en estado deplorable, ello supone ausencia de inversión por parte del prestador, favoreciéndose a una rentabilidad malsana, bajo riesgo, inclusive, de pérdida de vidas humanas por existencia de un transportes en estado deplorable, convirtiéndose el regulador, aún cuando fuera de manera no intencional, en un partner del prestador....”*. Lamentablemente nuestra advertencia fue letra muerta, pagándose con ello, hasta el presente, con dos accidentes ferroviarios, ambos impresionantes, que significaron la muerte de decenas de personas y cientos de heridos, algunos de ellos particularmente graves, con las inherentes consecuencias devastadoras para las respectivas familias.

abierto y competitivo, si existía pluralidad de operadores, o bien, un esquema de monopolio natural o legal, si la naturaleza del servicio así lo exigía.

De tal manera, la justificación de la creación de los entes obedeció consistió en que no parecía razonable que el poder estatal que concediera los servicios, fuera simultáneamente el poder que controlara y regulara a los nuevos jugadores privados.

De allí la necesidad de entes reguladores de control independientes a cargo de expertos.

Ello significó un escenario ocupado por tres actores: El Estado, que asumía el poder de policía bajo la institucionalidad de entes independientes; el, o los operadores privados y los usuarios de servicios públicos prestados por estos últimos.

Ciertamente a medida que se fue sectorizando el mercado según fueren los respectivos servicios públicos que sucesivamente se privatizaban, aparecía la necesidad de especialización del Estado a partir del ejercicio de un poder de policía especializado ejercido por los respectivos entes.

Sin embargo, a partir del año 2002, y más precisamente a partir del año 2003, el Estado fue progresivamente interviniendo, quedando sin efecto algunos de los contratos de concesión, e involucrándose a través del aporte de subsidios en los cuadros tarifarios de las concesiones subsistentes.

Este nuevo escenario, que supone un cambio estructural, debilita también la institucionalidad de los entes y requiere de rediseños que los potencie para los nuevos tiempos.

Por último, creemos pertinente hacer presente la manera que la corrupción afecta a los entes frustrando su sentido.

En *“La Corrupción en la Argentina: un diagnóstico de la actual situación”*, publicada en octubre de 2010, de autoría de Ezequiel Brodschi, Eduardo Fracchia y Martín López Amorós, es posible acceder a un abarcador y fundado estudio sobre un fenómeno particularmente responsable de que Argentina no haya alcanzado un nivel de desarrollo equiparable a los pocos países desarrollados del planeta.

En este estudio, sin perjuicio de los casos regulatorios, por exceso o por defecto, que los autores mencionan y que hacen a los aspectos cualitativos de la corrupción, los mismos se ocupan específicamente del proceso privatizador y de los entes reguladores en los siguientes términos:

“...Pero este fracaso de las privatizaciones no es para nada ajeno al problema de la corrupción. Como ya mencionamos la escasa transparencia con que se realizaron y la

poca publicidad en el proceso generó que el público no haya obtenido la información para juzgar temas tan importantes como la valoración de la empresa y los procesos de reclutamiento de los compradores potenciales. En la práctica se observaron ventas de los activos públicos por valores inferiores a los reales. Este fue el caso de ENTEL o el de YPF donde en la tasación se redujeron deliberadamente reservas petroleras disponibles.

*Además de la presunta corrupción en los procesos privatizadores, **los procesos de control** deben continuar a lo largo de toda la concesión debido a que al ser servicios públicos es indispensable que el gobierno tenga la potestad de controlar estos mercados. En este marco el proceso que dio lugar a la privatización y concesión de gran parte de las empresas estatales en la década de los _90 obligó a crear organismos cuya principal misión fuese la regulación de la prestación de los servicios. Sin embargo, los entes de regulación son marcadamente vulnerables a los avances de la corrupción.*

Es de vital importancia entonces procurar el buen funcionamiento de los Entes Reguladores a fin de tener organismos públicos cuyo carácter sea no sólo transparente sino también más eficientes a fin de poder ejercer un mejor control sobre las concesiones, el cumplimiento de los contratos, las obligaciones en cuanto a las inversiones, etc. En vistas de dicho objetivo una de las formas para apreciar el correcto funcionamiento de estos entes es participar activamente de las reuniones de Directorio. En este sentido Poder Ciudadano realiza un Observatorio Cívico de los Entes Reguladores de Servicios Públicos en donde analiza si se cumplen los requisitos de transparencia que la ley establece según el decreto 1172/03.

En principio se destaca que algunos entes no pueden ser alcanzados por el decreto ya que se encuentran intervenidos. Al no efectuarse reuniones de directorio, no es posible conocer si aplican para la totalidad de los criterios de transparencia pública. Estos entes son:

- Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC).*
- Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT).*
- Administración general de Puertos (AGP).*
- Órgano de Control de Concesiones Viales (OCCOVI), si bien no se encuentra intervenido, su directorio sólo está conformado por un director ejecutivo, designado por el PEN.*

Un aspecto a resaltar es la intervención no resuelta de algunos entes.

Algunos de estos Entes se encuentran intervenidos desde el año 2001 y 2002. Las intervenciones, definidas por el Poder Ejecutivo no se han resuelto y fueron renovadas a lo largo de estos años. Es de suma importancia la definición de la situación en la que se encuentran los organismos intervenidos. El informe destaca como fortalezas los importantes debates que se producen en algunos Directorios con asesores o personas especializadas en determinados temas que contribuyen positivamente en la información necesaria para la toma de resoluciones permitiendo ahondar en los temas más complejos. Por otro lado se remarca que si bien se producen algunas irregularidades, las publicaciones de convocatorias a reuniones y las actas resultantes se efectúan en la forma estipulada por el Decreto.

En contraposición el informe resalta una serie de debilidades que se presenta de manera estructural en algunos Entes:

- No conformación del Directorio por falta de quórum en ENARGAS que no permite desarrollar reuniones en forma continua limitando la participación de los ciudadanos en estos espacios.*
- Retraso en el inicio de las reuniones impidiendo el normal ingreso de los ciudadanos a las reuniones y limitando su participación por el excesivo tiempo de espera no previsto.*
- Nivel de tratamiento de las agendas: En algunos casos el nivel de tratamiento de los temas de agenda es pobre y suele ser tratado en bloque, lo cual dificulta el correcto tratamiento de cada uno de los temas que fueron establecidos por separado en las convocatorias.*
- Postergación del tratamiento de algunos temas en el tiempo: En algunos casos se utilizan mecanismos para diferir temas (complejos e importantes) en el tiempo, adjudicando la necesidad de un mayor análisis de los mismos o por necesidad de recurrir a expedientes o materiales extras. Si bien es positivo que algunos temas sean abordados con mayor profundidad y ello implique la necesidad de diferir su tratamiento, el empleo de cuartos intermedios o de generación de reuniones urgentes son mecanismos que impiden que un ciudadano pueda presenciar el tratamiento de los temas: las reuniones urgentes son avisadas con menos de 5 días de anticipación (en*

general, se avisan el día anterior) y los cuartos intermedios se pasan para otros días o dentro del mismo día en otro horario.

□ *Retraso en el ingreso de los voluntarios a las reuniones*

□ *Publicación tardía de las actas que atenta contra la transparencia de los procesos y dificulta el acceso a la información que los organismos deben proporcionar...*” (2010: 36-38).

La transcripción arriba efectuada permite observar la manera en que los entes quedan expuestos a la corrupción a partir del temperamento asumido por el Poder Ejecutivo de intervenir a los entes, disolviendo el Directorio y manteniendo indefinidamente las intervenciones en los mismos^{††}.

Por lo demás, un ente intervenido a través de un delegado del poder político carece manifiestamente del carácter de independencia que da sentido a su existencia. Su exposición a la cooptación por parte del órgano ejecutivo aparece evidente, además de su vulnerabilidad a los procedimientos de captura del, o de los, operadores privados, o, eventualmente a la captura a la inversa por parte de los propios usuarios^{§§}.

Asimismo hemos estimado sugerentes las observaciones, que los autores refieren, formuladas por la organización no gubernamental Poder Ciudadano, que con ponderable cultura cívica realiza esfuerzos de seguimiento de instituciones cruciales para la *vida buena* de los argentinos, realizando una función de control social

^{††} No es un dato menor que ha debido intervenir la Justicia para que intimara al Poder Ejecutivo para que pusiera fin a las intervenciones y conformara los entes en la manera colegiada que disponía la ley. En tal sentido, el 14 de agosto de 2009 la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal dispuso intimar al Poder Ejecutivo a fin de que resolviera poner fin a la intervención de ENARGAS (Ente Nacional Regulador del Gas creado por ley nro. 24.076 y reglamentado por el decreto nro. 1.738/92) y procediera a la designación del Directorio conforme al respectivo procedimiento legal. Poco después, y desde el mismo fuero, se ordenó a la Secretaría de Energía a que cumpliera con el procedimiento legalmente previsto para la provisión de cargos del Directorio del ENRE (Ente Nacional Regulador de la Electricidad creado por la ley nro. 24.065 y reglamentado por el decreto nro. 1398/92).

^{§§} Véase, entre otros, “*El Estado post privatizador. Los entes reguladores*” (Barbará Jorge Edmundo, La Ley, Bs. As., 27-05-1994); “*La teoría de la captura de los entes reguladores. El caso del sistema postal o de correos*” (Barbará J. E., La Ley, Bs. As., 1996-E); “*Privatización y Participación: diseño institucional y control horizontal en entes reguladores*” Barbará J.E., Revista “Contribuciones 4/2.000”, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, Bs. As.; “*El control judicial de entes reguladores y de control: luces y sombras en la evaluación de los entes*” Barbará J. E., Anuario X, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C., 2.007.

imprescindible para cooperar en el logro de instituciones que cumplan con aquello que da sentido a su existencia.

Por último, las debilidades que hemos señalado nos permiten advertir que los órganos de control aquí considerados no se adecuan a los condicionantes estructurales en cuyo análisis nos hemos detenido, es decir, en que en su organización y funcionamiento se excluya la política y en que su racionalidad responda al principio de división de trabajo social que los requiere. De allí su debilidad.

Bibliografía

Aristóteles: *“La Política”*, Alba ed., Madrid, 1996.

Barbará, Jorge Edmundo: *El Estado post privatizador. Los entes reguladores”* La Ley, Bs. As., 27-05-1994; *“La teoría de la captura de los entes reguladores. El caso del sistema postal o de correos”* La Ley, Bs. As., 1996-E; *“Privatización y Participación: diseño institucional y control horizontal en entes reguladores”* Revista “Contribuciones 4/2.000”, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, Bs. As.; *“El control judicial de entes reguladores y de control: luces y sombras en la evaluación de los entes”* Anuario X, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C., 2.007.

Brodski Ezequiel, Fracchia Eduardo y López Amorós Martín: *“La Corrupción en Argentina: Un diagnóstico de la actual situación”*, consultado el día 15 de mayo de 2.012 en <http://mba.americaeconomia.com/biblioteca/papers/la-corrupcion-en-la-argentina-un-diagnostico-de-la-actual-situacion>, 2010.

Heller Hermann: *“Teoría del Estado”*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

Kelsen Hans: *“Esencia y Valor de la Democracia”*, Ed. Guadarrama, Barcelona, 1977.

Montesquieu: *“Del Espíritu de las Leyes”*, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1971.

Stiglitz Joseph: *“Mejorando la eficiencia y la capacidad de respuesta del sector público: lecciones de la experiencia reciente”* en Revista del CLAD Reforma y Democracia, Nro. 22, Caracas, 2002.