

¿AUTONOMÍA Y CONTROL EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

ACTUALIDAD DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN*

*María Soledad MANIN***

I. Introducción

En nuestro país, el esquema básico de la organización del Poder Ejecutivo podría resumirse en la existencia de: (a) en primer lugar, de una estructura piramidal que es la administración centralizada –ubicándose en su vértice el Presidente de la Nación–, cuyas competencias son transferidas mediante la técnica de la desconcentración hacia los órganos inferiores de modo permanente; y (b) en segundo lugar, de una administración descentralizada, compuesta por entes con personalidad jurídica propia, que se crean a través de la técnica de descentralización, con un mayor grado de independencia de la estructura central; los cuales pueden ser clasificados en autárquicos o autónomos.

A través de la reforma constitucional de 1994, se reconoció autonomía a determinados entes de la Administración y a instituciones tales como la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo que, sin depender del Poder Ejecutivo, tienen facultades de control sobre este. Indudablemente, la independencia de acción que la Convención Reformadora pretendió otorgarles, así

* Fecha de recepción: 29 de junio de 2014; fecha de aprobación: 29 de julio de 2014.

** Abogada y traductora pública de inglés graduada de la Universidad de Buenos Aires. Maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública. Jefa de Trabajos Prácticos en Elementos de Derecho Administrativo (UBA). Profesora Adjunta de Derecho Administrativo en el Instituto Superior de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesional del Defensor del Pueblo de la Nación.

como su ubicación en la órbita del Poder Legislativo y las mayorías agravadas que requiere la designación de sus titulares se vinculan estrechamente con el ejercicio de dichas facultades. Sin embargo, el pleno cumplimiento de su misión constitucional se ha visto afectado por deficiencias normativas y por una práctica institucional reticente a los controles interpodereados. Nos proponemos, entonces, reflexionar sobre estas cuestiones, focalizando nuestra mirada en el Defensor del Pueblo y su situación actual.

II. Descentralización y libertad

Las competencias de la Administración Pública son distribuidas a través de las técnicas de desconcentración y descentralización. Muy sintéticamente podemos decir que: (a) por medio de la primera, se distribuyen competencias desde el Presidente de la Nación hacia los órganos inferiores de modo permanente; y que (b) por medio de la segunda, las competencias son atribuidas a entes con personalidad jurídica propia.

La creación de los entes que constituyen la administración descentralizada responde a la necesidad de otorgar a estos un mayor grado de libertad y de distanciamiento del poder central, en función de las competencias específicas que se les atribuyen. Así, REIRIZ (1998: 1-2) explica que,

[l]a palabra descentralización ha tenido, a través de la doctrina, un significado fundamentalmente político: se la ha equiparado con la libertad. Al mismo tiempo, la ciencia de la Administración ha examinado la conveniencia, desde el ángulo social y económico, de centralizar y descentralizar; pero así como la política examina esta conveniencia desde el punto de vista de la libertad, la ciencia de la administración lo hace desde el ángulo de la buena marcha de las actuaciones administrativas y de su eficacia.

Situándonos en la órbita de la administración descentralizada, podemos avanzar aún más al distinguir los diferentes grados de libertad que se atribuye a los entes. En este sentido, la doctrina ha intentado establecer diferentes categorías.

III. Autarquía y autonomía

Señala GORDILLO que, desde el pasado, la doctrina (entre otros, MARIENHOFF y BIELSA) ha distinguido dos conceptos escalonados: “autarquía” y “autonomía”.

Según estos autores: (a) “autarquía” significa que un ente determinado tiene capacidad para administrarse a sí mismo, y (b) la “autonomía” agregaría a la característica anterior la capacidad para dictarse sus propias normas, dentro del marco normativo general dado por un ente superior.

Sin embargo el mismo autor destaca que los entes autárquicos, dentro del marco de sus estatutos, también tienen la capacidad de dictar sus propias normas, de modo que “existiría a lo sumo una diferencia de grado, de matices, que torna en consecuencia ociosa toda discusión acerca de la naturaleza ‘autárquica’ o ‘autónoma’ de un ente determinado” (GORDILLO, 2013: XIV, 12).

Toda vez que tanto los entes autárquicos como los autónomos poseen capacidad para administrarse y para dictar sus propias normas, ninguna de estas características resulta definitoria ni excluyente, por lo que el interés de la distinción quedaría subsumido al grado de alejamiento del poder central.

En este sentido, BALBÍN (2011) sostiene que una de las notas diferenciales de la autonomía otorgada a ciertos entes por la Convención Constituyente de 1994 es la de brindar a éstos facultades reglamentarias diferenciadas respecto de los entes creados por el legislador, vinculadas a dos principios; a saber, el de especialidad y el de participación.

En este sentido, señala que el poder reglamentario de estos entes en materias de su especialidad y de participación es de carácter exclusivo del ente, por lo que en ellas reglamentación del Poder Ejecutivo quedaría desplazada. Por ejemplo, en el caso de las universidades nacionales, la materia de especialidad se vincularía con las normas y principios que regulan la educación universitaria (la libertad de cátedra, entre otros) y la de participación se vincularía con las normas que establecen, entre otras cuestiones, el modo de elección de los tres estamentos que las gobiernan (alumnos, graduados y profesores).

Sin embargo, resulta innegable que también los entes autárquicos poseen facultades reglamentarias, aunque las normas dictadas en ejercicio de estas quedan supeditadas a las normas del Poder Ejecutivo en la materia (y, por supuesto, al bloque constitucional, los tratados internacionales y las leyes).

Cabe señalar que la calificación de un ente como autárquico es brindada por la propia norma de creación (ley o decreto); por ejemplo, el Servicio Nacional de Sanidad Animal (SENASA) fue creado por la ley 23.899, la cual expresamente establece que “funcionará como ente autárquico” (art. 2) Sin embargo, la autonomía solo es otorgada en términos expresos a determinados entes en la Constitución Nacional.

Recapitulando, si bien la potestad reglamentaria no resulta una característica exclusiva de los entes autónomos, esta posee características particulares respecto de los demás entes. En este sentido, la reforma modificaría el orden de prelación de normas en nuestro sistema jurídico, ya que en los casos en que los entes autónomos dicten normas en materias de su especialidad o de participación, en nuestra pirámide imaginaria inscribiríamos tales normas por debajo de la Constitución Nacional, de los tratados de derechos humanos (Art. 75 inc. 22) de los demás tratados internacionales y de las leyes. Por ello, creemos que resulta más útil indagar cuáles fueron los propósitos de la Convención Reformadora de 1994 al dotar de autonomía a ciertos entes, a los fines de completar nuestro análisis respecto de las características de dicha autonomía.

IV. Autoridades administrativas independientes (Estados Unidos de América) vs. entes descentralizados (República Argentina)

Sostiene REIRIZ (2003: 265) que “la reforma constitucional de 1994 ha recogido un fenómeno del derecho público contemporáneo, especialmente europeo y norteamericano: el de las autoridades administrativas independientes”.

En los Estados Unidos de América, describe BALBÍN (2011), la organización administrativa tiene dos grandes ejes: (a) por un lado, un Poder Ejecutivo con facultades limitadas y una organización burocrática menor que de él depende, y (b) por el otro, las agencias ejecutivas –que poseen un estrecho vínculo con el Presidente– y las agencias independientes. Estas últimas poseen como características fundamentales: (b.i) su poder de regulación respecto de ciertas áreas o materias; (b.ii) su posición independiente de los poderes políticos en función de ciertas características; entre otras: estar dotadas de potestades reglamentarias, resolutorias y de ejecución; estar gobernadas por órganos colegiados, cuyos miembros desempeñan sus cargos de manera escalonada, (renovándose por partes) y no pueden ser separados discrecionalmente por el Presidente y estar excluidos de los mecanismos presidenciales de supervisión y coordinación; (b.iii) su estrecha relación con el Congreso, por ser éste el responsable de la formulación de las políticas públicas –gran parte de la doctrina considera que son órganos del poder legislativo–; y (b.iv) las características de experiencia, capacidad técnica, especialización, eficacia e imparcialidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, también denominada la “Corte”), al pronunciarse en el fallo “Ángel Estrada” (Fallos 328:651) sobre las facultades jurisdiccionales del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) para resolver controversias entre la prestataria de un servicio público y un usuario, sostuvo que:

[l]a atribución de la jurisdicción primaria a organismos administrativos (doctrina tomada de E.E.U.U.) se justifica cuando la resolución de la controversia presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a cuerpos expertos, debido a que su dilucidación depende de la experiencia técnica de dichos cuerpos; o bien porque están en juego los particulares deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una agencia de la administración; o cuando se procure asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones políticas diseñadas por la agencia para una industria o mercado particular, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia (confr. doctrina de los casos *Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil*, 204 U.S. 426; *Far East Conference v. United States*, 342 U.S. 570; *Weinberger v. Bentex Pharmaceuticals, Inc.*, 412 U.S. 645).

Las expresiones vertidas por la Corte confirmarían, entonces, la idea de que la creación de los entes reguladores de servicios públicos en nuestro país responde a criterios de especialidad técnica y que dicha especialidad funciona, asimismo, como demarcación de su ámbito de competencias. Ello nos permitiría establecer una correspondencia con las agencias independientes de los Estados Unidos que, sin embargo, no deja de ser parcial, ya que los marcos regulatorios en el marco de los cuales estos entes fueron creados y reglamentados– sancionados con anterioridad a la reforma y aún vigentes– establecen fuertes obstáculos para alcanzar dicho grado de independencia; entre otros, su creación en la órbita de la Administración central y la revisión de sus decisiones por parte de los órganos que ejercen el control de tutela.¹ Por su parte, no existe en la Constitución mención expresa a su autonomía, si bien quienes la sostienen la deducen directamente de su artículo 42 (GORDILLO, 2013).

V. La autonomía según la reforma de 1994

Siguiendo uno de los principios rectores que determinó la reforma constitucional mencionada, la atenuación del hiperpresidencialismo y el

¹ Así, por ejemplo la Ley 24.065 –marco regulatorio de la energía eléctrica– establece que las decisiones del Ente Nacional Regulador de la Electricidad serán recurribles por vía del recurso de alzada (art. 76), el que será resuelto por la Secretaría de Energía de la Nación.

otorgamiento de mayores facultades al Congreso de la Nación –incluidos ciertos rasgos propios de los regímenes parlamentarios– entendemos que la autonomía otorgada por la propia Constitución Nacional a determinados entes constituye el mayor grado de independencia que reconoce nuestro régimen jurídico.

Este aspecto nos acercaría al modelo estadounidense de las *independent agencies*, en el que “el origen histórico y el sentido de las agencias independientes ha sido limitar las facultades presidenciales” (BALBÍN, 2005: 760).

El texto de la Constitución no deja dudas respecto de la autonomía que se brinda a los órganos de control externos de la Administración Pública, lo cual resulta razonable atento a la delicada misión que deben llevar adelante. Por un lado, se los ubica en el ámbito del Poder Legislativo, alejándolos del ámbito de injerencia de los órganos sometidos a su control. Por otro lado, expresamente se otorga “autonomía funcional” a la Auditoría General de la Nación (art. 85), y se describe al Defensor del Pueblo de la Nación como “órgano independiente... que actuará con plena autonomía funcional” (art. 86).

Sin embargo, las leyes reglamentarias y la práctica institucional han determinado una preocupante merma en la efectiva vigencia de estos principios.

VI. El Defensor del Pueblo de la Nación

Comenzaremos delineando las características más relevantes de esta institución, para luego abocarnos al modo de designación de sus titulares; aspecto que impacta directamente en el grado de autonomía efectiva que puede alcanzar la institución en el cumplimiento de su misión constitucional y que, finalmente, nos llevará al análisis de su situación actual.

El Defensor del Pueblo tiene a su cargo dos funciones esenciales: (1) el control de la Administración Pública Nacional, tanto en su estructura central como descentralizada, incluidas las formas societarias en que el Estado participa y las concesionarias de servicios públicos, ante el ejercicio deficiente, irregular o gravemente inconveniente de sus funciones y (2) la defensa y protección de los derechos humanos. Para el cumplimiento de esta última función, se le brinda además la herramienta de la legitimación procesal. Cabe concluirse entonces que la actuación del ombudsman comprende tanto las investigaciones y recomendaciones efectuadas en el marco de las actuaciones iniciadas de oficio o por los reclamos de los particulares –es decir, un ámbito de actuación propio y específico– y la posibilidad de accionar judicialmente en defensa de los derechos colectivos. En palabras de CAVALLERO, MUDA y GHEZZI (2009: 133),

[1] La importancia de este instituto está íntimamente vinculada con el control y la participación de los ciudadanos, dado que brinda la posibilidad de canalizar sus quejas contra la administración. Como herramienta de control, constituye una defensa idónea para el administrado a fin de sancionar las ilegalidades o los excesos del poder de la autoridad pública; y como herramienta de participación, facilita un canal más activo de defensa de sus derechos e intereses.

Como ya lo mencionamos, fue dotado de jerarquía constitucional en 1994, estableciéndose en el artículo 86 que la organización y el funcionamiento de esta institución serían regulados por una ley especial. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la ley 24.284, norma aún vigente (según la reforma de la ley 24.379) fue dictada en 1993; es decir, con anterioridad a la reforma de la Constitución.

En este marco, cabe referirnos ahora al modo de designación del Defensor del Pueblo, en tanto y en cuanto lo consideramos un aspecto de singular importancia con el fin de garantizar la autonomía e independencia que se pretendió brindar a la institución. Tanto la Constitución Nacional cuanto la ley 24.284 establecen que aquélla se realiza por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las cámaras del Poder Legislativo (mayoría agravada), en tanto la ley especifica que el o los candidatos al cargo (de uno a tres) serán elegidos por la Comisión Bicameral del Defensor del Pueblo, por mayoría simple (con los votos de cuatro o más miembros).

Cabe señalar que no se establece plazo alguno para que la Comisión Bicameral proponga candidatos ni para que el Congreso efectúe la designación, lo cual, sumado a la ausencia de consenso político para lograr las mayorías requeridas, explica la situación en la que la institución se encuentra en la actualidad, en la que luego abundaremos.

El mandato del Defensor es de cinco años; puede ser nuevamente designado por una vez; y es auxiliado en el ejercicio de su tarea por dos adjuntos, quienes pueden sucederlo en el caso de renuncia, enfermedad o fallecimiento, respecto de los cuales rigen iguales limitaciones temporales en el ejercicio de su cargo. Sin embargo, sus designaciones surgen a partir de una propuesta del Defensor del Pueblo, quedando a cargo del Congreso la designación formal, a través de una resolución conjunta de ambas Cámaras.

No existe en el orden nacional ningún procedimiento previo de postulaciones, estableciéndose como únicas condiciones para ser elegido ser argentino nativo o por opción, mayor de treinta años (art. 4, ley 24.284).²

Para comprender la situación actual de la institución, nos remontaremos a 2009, año en el que el entonces Defensor del Pueblo –Eduardo Mondino– renunció a su cargo, pocos meses antes de finalizar su segundo mandato, dejando a cargo al entonces Adjunto I –Anselmo Sella– quien, conjuntamente con el Adjunto II –Juan Jesús Mínguez– había sido designado el año anterior. Si bien la situación institucional podía considerarse regular conforme los términos de la ley 24.284, atento al orden de sucesión que allí se establece (art. 13), al prolongarse por más de cuatro años, significó una merma importante en su plenitud funcional.

Sin embargo, como señalamos, ni la Constitución Nacional ni la ley reglamentaria establecen un límite temporal a la elección del (o los) candidato(s) ni del ombudsman, por lo que al finalizar los mandatos de los Defensores Adjuntos (diciembre de 2013) y no haberse designado un titular por el Congreso, las posibilidades constitucional y legalmente previstas para cubrir el cargo se agotaron ya que, como señalamos *supra*, tampoco es posible nombrar adjuntos en caso de que no haya un Defensor designado.

Desde entonces, a los fines de evitar la acefalía, la Institución quedó a cargo del funcionario con mayor jerarquía dentro de su estructura organizativa, el Secretario General, Carlos Haquim. Como conclusión, podemos decir que, si bien la Constitución Nacional establece un procedimiento especial –con intervención de la Comisión Bicameral Permanente– que prevé una mayoría agravada para la designación del Defensor, y ello da cuenta de la intención del convencional de brindar a la figura el aval de un amplio consenso político para una actuación independiente, la falta de límites temporales para su designación, así como la ausencia de voluntad política para lograr las mayorías requeridas, impiden que la figura cuente con todas las garantías necesarias para ejercer sus funciones con plena autonomía.

² Cuestión ampliamente criticada por ciertos sectores de la sociedad civil que reclaman un procedimiento de selección abierto y transparente. Ver: [<http://www.defensorparaelpueblo.org/>].

VII. Reflexiones finales

La cuestión de la autonomía no puede ser analizada fuera del contexto de los fines que tuvo la reforma constitucional de 1994. Entonces, podemos observar que se establecieron diversas herramientas tendientes a limitar el poder presidencial; entre otras, la delimitación al ejercicio de sus facultades reglamentarias, a través de los límites impuestos para el dictado de los decretos delegados y decretos de necesidad y urgencia, la limitación de sus funciones ejecutivas, al atribuirle ciertas competencias otrora propias al Jefe de Gabinete de Ministros y las limitaciones a la injerencia del Poder Ejecutivo Nacional sobre ciertos entes, al dotarlos de autonomía en las materias propias de su especialidad y de participación.

Sin embargo, a veinte años de la reforma, es indudable que la autonomía ha encontrado obstáculos para lograr su pleno reconocimiento, propiciados por la vaguedad de las normas o por las lagunas del ordenamiento jurídico y una práctica institucional –que no puede ser atribuida en particular a un gobierno, ya que han pasado varios desde 1994 hasta la fecha– reticente al recorte de las facultades del Presidente de la Nación.

La ampliación de la democracia y de la participación ciudadana es, sin dudas, una necesidad que se plantea desde entonces, cada vez con mayor fuerza. Entendemos que el impulso de la ciudadanía, plenamente consciente de sus derechos y de sus posibilidades de ejercer el control de las funciones públicas será el único capaz de modificar esta tendencia de los gobiernos hiperpresidencialistas, propio de las democracias latinoamericanas.

Bibliografía

BALBÍN, C. F. (2011) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II. Buenos Aires, La Ley.

— (2005) “La potestad normativa de los entes autónomos en el derecho argentino”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Año 17, Buenos Aires, Lexis-Nexis, pp. 757-795.

CABALLERO, V., MUDA, M. J. y GHEZZI, M. L. (2009) “Herramientas de participación y control. Consensos y descensos en la agenda legislativa bonaerense”, en ABAL MEDINA, J. M. (comp.) (2009), *Participación y control ciudadanos*, Buenos Aires, Prometeo, pp. 117-145.

GORDILLO, A. (2013) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I - Parte general. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.

REIRIZ, M. G. (dir.) (1998) *Proyecto de Investigación UBACyT DE 030: La descentralización administrativa funcional o por servicios y la reforma del Estado (Argentina 1989/1996). Informe final*, Buenos Aires, (inédito), capítulo I, pp. 1-76.

— (2003) “Autoridades administrativas independientes para la regulación y control de servicios públicos”, en BOTASSI, C. (dir.) (2003), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense.