

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA DE LOS LÍMITES DE LAS ESTRATEGIAS NORMATIVAS PARA LA TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

Héctor Constantino Rodríguez*

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Sobre las normas* III. *Sobre la responsabilidad y la responsabilización*. IV. *Sobre la responsabilidad y el estado responsable*. V. *La jurisdicción contable*. VI. *La transparencia y la publicidad*. VII. *La rendición de cuentas y la cuenta de inversión o la cuenta pública*. VIII. *Hacia la internalización de los conceptos en el derecho*. IX. *Hacia una definición de los nuevos institutos*. X. *¿Qué origina esta situación?*

I. Nota introductoria

La transparencia y el derecho a la información son dos temas abordados frecuentemente en Congresos y Seminarios. La transparencia mejora la calidad del derecho a la información, si la administración es transparente, el derecho a la información y sus procedimientos y recursos cobran otra dimensión, el piso de conocimiento a partir del cual preguntamos en ejercicio de ese derecho, permite que las preguntas aborden los temas con mayor profundidad y que las respuestas retroalimenten esa capacidad interrogatoria y contribuya a lograr el control social.

* Agradezco a la organización de este Congreso la invitación a presentar esta ponencia y quiero manifestar que es un honor integrar un grupo de expositores tan reconocidos, en la tierra de este país hermano y querido por los argentinos.

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

La transparencia no es un concepto unívoco, tiene distintas formulaciones, también tiene distintos grados, de lo opaco a lo claro, el administrador puede incluir la rendición de cuentas voluntariamente dentro de su concepción de gestión, como un elemento necesario, pero puede considerarlo solo como un deber formal a cumplir, adoptar una u otra postura implica distinta capacidad de respuesta al deber de transparencia y al ejercicio del derecho a la información, en ambos casos, la posibilidad cierta de sanción implica generar riesgos para el cumplimiento voluntario de la obligación de rendir cuentas.

Intentaremos abordar esta íntima relación entre gestión y responsabilidad, teniendo en cuenta el lector, que no advertirla nos llevará a una superabundancia normativa divorciada de la realidad de la administración, circunstancia que como variable de ajuste, saldará por un estado de anomia.

II. Sobre las normas

La propuesta es dar un vuelo por la legislación argentina en materia de transparencia y acceso a la información, no muy distante del enfoque normativo que recorre nuestra Iberoamérica, y reflexionar acerca de la distancia entre nuestras normas y nuestras realidades, revisar la tendencia a una copiosa cosecha de normas y frutos de calidad no deseada.

No pretende ser una mirada pesimista, recuerdo a Julio Comadira diciendo “Sin embargo, creo también que, como en su momento lo recordó Julio Oyhanarte con cita de Herman Héller, es necesario no rendirse a la fuerza normativa de lo fáctico aunque

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

lo fáctico sea un contexto y es preciso por eso confiar en la fuerza normalizadora de lo normativo. El derecho no tiene por qué ser un mero instrumento de la política y menos de los políticos corruptos; los políticos deberían verse ellos mismos y a la política como instrumentos del derecho y, por mi parte, me resisto a abandonar esa, si se quiere, Utopía, esto es la realización del bien común, en tanto que conducta exigible no solo del funcionario sino también, del particular que de cualquier modo se vincule con la Administración Pública”.¹

Seguramente la verdad está en el medio, en su justo medio, en el griego mesotes, que más que concepto de centro debemos verlo como sinónimo de conciliación. En otro ejemplo, frente a quienes ven en el gasto público la atención de una necesidad pública, y admiten que el contenido de la botella sea llenado a su gusto por el gobierno, el político o el burócrata de turno, otros opinamos que es un concepto vacío y que nuestras constituciones establecen derechos cuyo ejercicio requiere medios financieros, y toda constitución tiene en sí una constitución financiera que los sustenta. Así, se dará prioridad en las asignaciones al cumplimiento de esos derechos, que por otra parte, reflejan los derechos humanos esenciales, Los presupuestos que sufrimos indican otras prioridades de necesidad pública, sino, nuestros indicadores de exclusión social serían otros.

¹ Oyhanarte, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, Paidós, 1967, cita de Héller, Herman, *Teoría del Estado*, México, 1942, p. 280. Citado por Comadira, “Ética y Función Pública”, *Seminario Internacional de Derecho administrativo*, Buenos Aires, 2004.

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

En suma digo, que es necesario que el deber ser este en la norma pero conciliemos que las conductas reproduzcan su sustento fáctico, pues de otra manera, tendremos resultados como presupuestos formales y presupuestos reales, idealismo normativo y realidad asimétrica, sentencias ideales y sentencias reales.²

Esa apuesta por el derecho determina que la transparencia y el acceso a la información han sido objeto de tratamiento intenso en el derecho iberoamericano, estando en México, precisamente, no puedo dejar de destacar, como un hito deseable para otros países de Iberoamérica, la constitucionalización del instituto que nos ocupa, definido a través del artículo 6to de su Constitución Política en siete puntos que establecen sus principios y sus bases, resaltando como faro iluminador que en la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

No solo la expresión de vuestra Carta Política merece admiración y respeto, sino también el hecho de que la ley dictada en su consecuencia ha creado el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI) cuya misión es garantizar el cumplimiento de la ley federal de transparencia y acceso a la información pública y promover el derecho a la protección de los datos personales.

La página electrónica del gobierno de Veracruz de Ignacio de la Llave en su área de transparencia

² "...todo demuestra que la tendencia a la ilegalidad o a la anomía en general, tiene ejemplo e inspiración en el manejo del poder público". Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley*, 3a. ed., Buenos Aires, Ariel, 2003, p. 85.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

constituye no solo un informe normativo sino que da cuenta de acciones efectivas de transparencia.

Una somera revisión de la normativa argentina informa que nuestra carta política consagra la forma republicana de gobierno, que tiene como norte el principio de la publicidad de los actos de gobierno.

Establece en su artículo 41 el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano e instruye a las autoridades proveer a la protección de este derecho y a la información y educación ambiental, en tanto que al reconocer los derechos del consumidor, en su artículo 42, dispone que tiene derecho a la información adecuada y veraz. Deja sentado que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos o de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o en los privados destinados a proveer informes y en caso de falsedad o discriminación, exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización.

El artículo 36, la cláusula ética de la Constitución, considera que atenta contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, al tiempo que ordena al Congreso sancionar una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función, considerando la doctrina que ello implica establecer el delito de corrupción.

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

Esta ley de ética pública 25.188 cuenta con diez capítulos en los que se regulan, sucesivamente, el objeto y sujetos comprendidos; los deberes y pautas de comportamiento; el régimen de declaraciones juradas, cuyo acceso es público es libre; los antecedentes laborales exigibles antes del acceso a la función; las incompatibilidades y conflictos de intereses; el régimen de obsequios a funcionarios; la investigación sumaria relativa a violaciones de sus disposiciones; la creación de la Comisión Nacional de Ética Pública; las reformas al Código Penal y la publicidad y divulgación de las conductas violatorias de su régimen.

La Argentina es firmante de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley N° 24.759, pacto a través del cual se busca dar una respuesta sistemática al problema, por medio de la prevención y sanción de la corrupción administrativa.³

El fenómeno de la corrupción se vincula con otros delitos, la ley 25.246 ha sancionado el encubrimiento del lavado de activos de delitos graves precedentes, determinando penas para las personas físicas que encuadren en los tipos previstos, un régimen sancionatorio para aquellas personas jurídicas que apliquen bienes de origen delictivo con la consecuencia posible de atribuirles la apariencia de un origen lícito, sanciones administrativas penales para los sujetos obligados que no cumplan con la

³ Un análisis de esta Convención, en el que se propicia la aplicación directa de muchas de sus normas, sin necesidad de reglamentación local previa, puede verse en Gordillo, Agustín, *Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción*, LL, 1997-E-1091.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

obligación de reportar y la creación de una Unidad de Información Financiera con autonomía, legislación completada en el año 2007 con la introducción de la prevención y sanción del financiamiento del terrorismo.

En esa dirección, la Argentina ha suscripto la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (Ley 25.319).

Ha incorporado a la ley de empleo público previsiones que hacen a la ética pública (Ley 25.164, Marco regulatorio del empleo público), sancionándose en su consecuencia un Código de Ética Pública (decreto 41/99) cuyo artículo 20 dice “Transparencia. El funcionario deberá ajustar su conducta al derecho que tiene la sociedad de estar informada.”. Códigos de ética más o menos semejantes han surgido en distintas organizaciones, desde la Agencia tributaria hasta la Autoridad Nuclear, prácticamente todas lo tienen.

En el plano financiero, la Ley de Convertibilidad Fiscal 25.152 impone la publicidad de una vasta cantidad de documentos financiero-contables emanados de la Administración, tales como las órdenes de compra y todo tipo de contratos públicos, así como de aquellos documentos necesarios para que pueda ser controlado el cumplimiento de las normas del sistema nacional de administración financiera.

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

Es importante destacar que el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 1172/03, relativo a la mejora de la calidad de la democracia y de sus instituciones, en virtud del cual aprobó cinco reglamentos referidos a las audiencias públicas, la publicidad de intereses, la elaboración participativa de normas, el acceso a la información pública y las reuniones abiertas de los entes de regulación de los servicios públicos.

El reglamento del acceso a la información tiene aplicación en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional. Sus disposiciones son aplicables asimismo a las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, así como a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional a través de sus jurisdicciones o entidades y a las empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público. Dicho reglamento señala que el mecanismo de acceso a la información debe garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, celeridad, informalidad y gratuidad.

En consonancia, el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (Decreto Delegado N° 1023/01) establece que las contrataciones públicas se desarrollaran en un contexto de transparencia que se basara en la publicación y difusión de las actividades, la utilización de las tecnologías de la

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

información (TI) que permitan un incremento de la eficiencia de los procesos y faciliten al acceso de la sociedad a la información relativa a las contrataciones para facilitar el control social. Puede verse en la página el mecanismo “Argentina compra” con la información de las contrataciones de todos los organismos del sector público y el sistema electrónico de contrataciones. (www.onc.gov.ar).

El Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios (decreto 436/00) consagra a la transparencia, junto con la igualdad, la promoción de la concurrencia, la competencia y la ética como uno de los principios que deben inspirar la elaboración de los pliegos de bases y condiciones. Cabe destacar la ley 24.156 de Administración Financiera y Órganos de Control, que crea un macrosistema de administración financiera, con los sistemas de presupuesto, contabilidad, tesorería y crédito público bajo la coordinación de la Secretaría de Hacienda, y dos sistemas de control, uno interno bajo rectoría de la Sindicatura General de la Nación con unidades de auditoría interna en todas las jurisdicciones y otro, replicando el sistema bipolar mexicano (Secretaría de la Función Pública-Tesorería de la Federación y Auditoría Superior de la Federación), con la Auditoría General de la Nación en jurisdicción del Congreso de la Nación. El funcionamiento sistémico proporciona información, dando sentido al derecho de acceso a la información. Tiene sentido si la información existe, permite ver en tiempo real las operaciones que concreta el sector público y el proyecto de presupuesto es presentado

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

a la sociedad en Internet el día que se lo envía al Congreso.

La Auditoría General de la Nación tiene la peculiaridad que su órgano de conducción superior, el Colegio de Auditores es elegido por ambas cámaras y el Presidente es propuesto por el partido de oposición con el mayor número de bancas en dichas cámaras, es decir, la oposición de intereses para preservar la independencia. Como lo hace México, desde 2002 los informes son puestos en la página electrónica en el momento de remitirse al Congreso, actitud también adopta la Sindicatura General en el ámbito del Ejecutivo. (Pueden consultarse www.agn.gov.ar y www.sigen.gov.ar).

Esos informes hacen a la transparencia, así lo entiende la Auditoría Superior de la Federación definiendo que la transparencia consiste en poner a disposición de la sociedad la información que se origina en la administración pública y las organizaciones políticas, con el fin de que la sociedad pueda evaluar el desempeño de las autoridades encargadas de manejar dichas organizaciones. Implica la práctica de colocar la información en la “vitrina pública” para que los interesados puedan revisarla, analizarla y, en su caso, usarla como mecanismo para sancionar en caso de que haya anomalías en su interior. Termina puntualizando que “Al igual que en el caso de la fiscalización, la transparencia es solo un instrumento de un sistema global de rendición de cuentas”.⁴

⁴ Diagnostico General “Transparencia, Fiscalización y Rendición de cuentas en México” en la *Primera Convención Nacional Hacendaria*, <http://www.locallis.org.mx>.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

III. Sobre la responsabilidad y la responsabilización

La responsabilización constituye un nuevo concepto que está involucrado ahora en la gestión pública. El paso del paradigma weberiano a los modelos posburocráticos implicados en concepciones tales como la nueva gerencia pública, la gestión por resultados, la teoría de la agencia, el contrato de gestión, códigos de conducta, implicó que se empezara a ver la obligación de rendir cuentas como la rendición de cuentas ante la sociedad, en un marco más amplio que los procedimientos de jurisdicción contable y evaluación de la cuenta pública.

Este concepto se va abriendo paso en las normas relativas a la organización y funcionamiento del estado, generalmente con la denominación de proceso de responsabilización, o rendición de cuentas, apunta a fortalecer las formas democráticas de relacionamiento entre el estado y la sociedad aumentando el grado de responsabilización o *accountability* como una vía para captar a los ciudadanos para controlar las actividades públicas haciéndolas más eficientes.

No me sumo a los nuevos predicadores, generadores generosos de normas, no dudo en afirmar que la norma no cambia la cultura y que su legitimidad se alcanza cuando la sociedad la hace suya.

Comenzando tempranamente a despejar el bosque, así digo que, los códigos de ética no cambian por si las conductas, es más, suelen ser una copia más o

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

menos adaptada de otro código, que la informática nos permite presentar como de propia cosecha, un marco regulatorio de un servicio público traído de un país desarrollado no optimiza por sí la calidad de las prestaciones, hace falta inversión para lograrla y educación para mantenerla, los conceptos de la nueva gestión pública incluidos en declaraciones, acuerdos y en normas del derecho positivo no generan gerentes públicos y un impuesto como el IVA con similar concepción, aplicación y tasa puede dar distintos resultados conforme el país que lo recepta, porque el grado de ciudadanía fiscal sobre la que se asienta es diferente.⁵

Algo similar pasa con el transvasamiento de conceptos de la nueva gestión pública, el nuevo papel del estado (no me parece castizo decir rol) los conceptos de transparencia y rendición de cuentas o responsabilización a nuestro derecho, hay algunas piedras a remover que no podemos ignorar tapándolas con palabras.

⁵ "Porque en las organizaciones oficiales de España decididamente no gusta mi pensamiento en esta materia ya que allí lo que se lleva —lo políticamente correcto— son los planteamientos éticos edulcorados, la publicidad de los "códigos de comportamiento" de impronta anglosajona que pretenden hacer frente a la corrupción funcional haciendo precisiones sobre lo ilícito y lo permitido, puesto que entienden que el funcionario corrupto no peca por malicia sino por ignorancia, es decir, por no saber que, si le es lícito aceptar un bolígrafo, no le es permitido aceptar el regalo de un televisor. Con estos códigos —que políticos y académicos eminentes están redactando con facilidad y celo (sobre todo si saben traducir del inglés)— que cuentan con el apoyo de todos los partidos y aun de los profesores de la llamada ética social, se da por supuesto que con la ayuda de un buen papel en un fin de semana o poco más puede limpiarse la Administración pública de la vieja roña de una corrupción centenaria de raíces harto profundas". Nieto, Alejandro, "La función pública y la corrupción", en *Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2004.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

IV. Sobre la responsabilidad y el estado responsable

La lectura de la agenda sobre la responsabilidad del estado en nuestra actualidad nos hace mirarlo como a un dios benevolente y representado por los más diversos colores, CHAAC, dios de las lluvias. Hay una prolija y creciente agenda a la que el estado proveerá por la mera inclusión normativa de nuestros derechos, una especie de rezo laico.

Siempre recuerdo que Natalio Botana, politólogo argentino, invitado a una discusión sobre ciudadanía fiscal, luego de presenciar el debate que había atravesado áridos temas de administración tributaria, llamado a opinar, destaco que el abordaje de esa temática lo había llevado a preguntarse: ¿Quién paga los derechos?

Es de suyo evidente que la respuesta apuntaba a quienes pagan los impuestos o en última instancia, sobre quienes recae la efectiva carga tributaria, que sustenta la satisfacción de obligaciones y legítimos intereses que crecen proporcionalmente con el espíritu garantista que dimana del moderno derecho constitucional y administrativo.

La cuestión no parece de tono menor, cuando ampliamos la responsabilidad del estado, estamos redefiniendo en algún sentido la legitimidad de los impuestos y también la legitimidad del gasto ¿Está ese estado en condiciones de responsabilizarse? En otro sentido, son sus capacidades compatibles con el cumplimiento de las obligaciones que le

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

genera su propia actividad, o debe mejorar la calidad del gasto y eliminar la corrupción estructural. En otras palabras, razono, que no resulta equitativo trasladar el costo de la negligencia y el dolo a los contribuyentes, colectivo no muy amplio ni de integración apetecible por los habitantes de país alguno, en detrimento de la extensión razonable de la responsabilidad del estado.

En este punto me pregunto, al menos mirando la realidad de mi país, en que medida esa responsabilidad, en los hechos, no resulta acotada no por la norma que la establece, sino por el derecho “de la emergencia”, que traduce bonos como moneda, y establece tiempos de espera y valores que tornan ilusoria la sentencia destinada a consagrar el legítimo derecho del administrado, al tiempo que lo somete, en tanto acreedor del estado, a complicados procedimientos, todo lo cual revierte, paradójicamente, al mismo estado, que cuando contrata servicios es castigado con un costo diferencial, que deviene de su escasa confiabilidad como pagador.

Creo que a poco que se revise la cuestión en los distintos países de Iberoamérica, la distancia entre norma y cumplimiento efectivo será un dato común, somos creativos en la generación de derechos que se traducen en obligaciones del estado e inversamente poco activos para generar los recursos para cumplir con ellas.

¿Cómo es el estado —que es mi contraparte como ciudadano— al cual pago impuestos? y ¿Cómo es el estado en su carácter de administrador? Son interrogantes cuya respuesta determina la calidad de ciudadanía fiscal que asumimos.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

En que sentido y como administra los recursos, implica preguntar, cuál es el grado de legitimidad del impuesto, lo cual no representa sólo un juicio de valor sobre el sistema tributario que en cada uno de nuestros países supimos conseguir, con inequidades notorias, sino también una valoración de la forma en que los recursos son obtenidos. Es decir, no sólo si predomina el principio de equidad en el plexo normativo que conforma el sistema tributario sino también si en su aplicación, la igualdad de cargas en iguales situaciones no se torna un principio ilusorio en tanto la presión tributaria es harto más fuerte en los contribuyentes inscriptos que en los potenciales habida cuenta del desplazamiento de esa presión tributaria por la evasión y el fraude fiscal, resultando no menos significativa la elusión de los grupos corporativos.

Un paso más, ¿Cuál es la legitimidad del gasto? y ¿Hasta qué punto el sacrificio de los que pagan crece por la irrazonabilidad del destino del gasto, el derroche, la apropiación indebida, los desvíos de la corrupción y la ineficiencia de la gestión?

En suma, el grado real de la responsabilidad del estado tiene que ver con un estado donde los procesos de responsabilización conduzcan a la gobernabilidad del sistema, con integridad fiscal, transparencia, solvencia y fundamentalmente, previsibilidad, y ese es el punto donde se cruzan responsabilidad del estado y responsabilización o rendición de cuentas, ha avanzado el derecho administrativo en la definición de la responsabilidad y los tipos de responsabilidad, cualquier digesto de nuestros países da cuenta de ello, no ha avanzado el

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

estado en su proceso de rendición de cuentas, mucho menos el sancionatorio.

Ese avance definirá un estado que seguramente será más eficaz y observara menos eventos generadores de responsabilidad, tendrá eficiencia en el gasto y generara sin duda voluntad de pago en sus ciudadanos, podrá en consecuencia, enfrentar sus compromisos, como un riesgo acotado que pueda ser indemnizado y pagado, conforme las normas regulares del derecho y con fondos públicos legítimamente incorporados.

La responsabilización dijimos, trasciende la rendición de cuentas en el sentido clásico que se satisfacía con la cuenta de pública o de inversión que tras un paso por un órgano de control terminaba en el parlamento, para su aprobación o rechazo o su ignorancia, hoy incluye las notas de transparencia y control social, se va abriendo paso en las normas relativas a la organización y funcionamiento del estado.⁶

El concepto implica que es preciso fortalecer las formas democráticas de relacionamiento entre el Estado y la sociedad, aumentando el grado de *accountability* del sistema, como una vía de captar a los ciudadanos para controlar las actividades públicas, para hacerlas más eficientes y de mayor calidad.

⁶ "diferencia responsabilización como exigencia puntual de rendición de cuentas proveniente de la ley o el contrato, de *accountability*, que es la rendición voluntaria, sin necesidad de exigencia, donde la rendición forma parte de los valores y la cultura". Oszlak, Oscar, "¿Responsabilización o responsabilidad?", *Responsabilización y evaluación de la gestión pública*, Venezuela, CLAD -Editorial Texto, p. 240.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

He pensado que nosotros, abogados, dispuestos siempre al abordaje de tierras aun áridas, debíamos abrir un espacio para la reflexión del tema, entre colegas, sin perseguir conclusiones, sino tomando algunas cuestiones, para tener un borrador de inicio, dado que es común que en esos documentos o "papers" de la nueva gestión, se nos atribuya, colegas del derecho administrativo, alguna culpa.⁷

Quiero anticipar que no comparto que en esas teorías se tiende a privilegiar resultados prescindiendo de procedimientos jurídicos formales, que la mejor gestión es la que se ajusta a derecho, existe la propensión a evadir el "corset normativo" para concretar la eficiencia de la gestión, y en muchos casos para lograr resultados propios y no para el bien común.⁸

Como luego lo reseñare, el paso del estado burocrático al posburocrático, con la necesidad de dar libertad a los gerentes públicos, para introducir procesos técnicos desde la actividad privada, fue

⁷ Así, Nickson, en 2002, al analizar la transferencia de prácticas como el *New Public Management* a la América Latina, señala como desventajas la rigidez del sistema presidencialista y a la tradición del derecho administrativo de la región, que prioriza los insumos por sobre los resultados, acotando la emergencia de los sistemas de rendición de cuentas.

⁸ Joaquín y Losada: "favorecen la ampliación de la discrecionalidad de los altos funcionarios, aunque de esta forma los organismos que ellos conducen ganan en flexibilidad y eficiencia. Sin embargo, es muy factible que en algunos que en algunos casos ocurra la violación de la barrera que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad, el abuso de poder y la corrupción".

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

dando lugar a la jerarquización de la obtención de resultados y a la eficiencia en detrimento del derecho, sin advertirse que la vigencia del estado de derecho y la fortaleza de las instituciones constituía el contexto adecuado para lograr resultados, que era necesario agregar control horizontal en las estructuras del estado y transparentar su acción para que el control social limitara al nuevo gerente público.

V. La jurisdicción contable

Un punto previo a aclarar es la jurisdicción contable, expresada en los juicios de cuentas y de responsabilidad, cuya supresión del derecho federal argentino desde 1993 tendió a considerarse una minusvalía del régimen de responsabilidad de los funcionarios, ante la crítica que suscitó.⁹

En realidad, con dicho sistema no estábamos sino ante un procedimiento jurisdiccional administrativo, una vía más de determinación la responsabilidad del funcionario público.¹⁰ Los procedimientos de investigación sustitutos que no implican jurisdicción administrativa dando lugar a la intervención directa de la justicia por denuncia a la cual esta obligado todo extipendiario público y las asesorías legales y su papel en la delimitación de responsabilidades mediante sumarios administrativos, apuntan a cubrir la cuestión.

⁹ Aún cuando una revisión de resultados de los juicios de responsabilidad en el órgano de control preexistente no parece ameritar su restitución.

¹⁰ Esta jurisdicción se le había atribuido al Tribunal de Cuentas de la Nación, creado por decreto ley 23354/56.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

En los países donde rige la jurisdicción contable, se ha discutido la institución, así en España, donde quiero recordar a mi maestro el Director del Instituto de Estudios Fiscales de Madrid, Don Cesar Albiñana García Quintana, cuando decía que la jurisdicción contable podría constituir un serio obstáculo para el normal mantenimiento de los principios de unidad y exclusividad de la jurisdicción, concluyendo que “la posición del Tribunal de Cuentas dentro del sistema constitucional español sería más fácil de articular y potenciar si, en lugar de estar dotado de una autentica función jurisdiccional se limitara a desarrollar meras competencias instructoras que pudieran servir de base a posteriores actuaciones de otros órganos plenamente jurisdiccionales.”¹¹

La ley argentina de administración financiera ha dejado de lado la jurisdicción contable, creo que hoy la pregunta es si el capítulo de responsabilidad que conforman sus artículos. 130 y 131¹² debiera ser

¹¹ Cubillo Rodríguez, Carlos, *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, Granada-España, Comares, 1999.

¹² Art. 130.-Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial. Art. 131.-La acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de todas las personas físicas que se desempeñen en el ámbito de los organismos y demás entes premenionados en los arts. 117 y 120 de esta ley, prescribe en los plazos fijados por el Código Civil contados desde el momento de la comisión del hecho generador del daño o de producido éste si es

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

complementado por una ley sobre la responsabilidad de los funcionarios y la respuesta parece ser que con uno u otro sistema la esencia es que haya control y sanción. La respuesta implica algo más que valorar el sistema de control financiero, abarca el funcionamiento de la justicia.¹³

Este aspecto, he visto que en México también se ha discutido el tema, llegándose a sostener la necesidad de crear un órgano jurisdiccional en jurisdicción legislativa o en el poder judicial.¹⁴

VI. La transparencia y la publicidad

Otro elemento a esta nueva concepción de la rendición de cuentas es la transparencia, cuya base

posterior, cualquiera sea el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial aplicable con estas personas.

¹³ En el actual marco, cabe señalar la actividad de la Auditoría General de la Nación, en Argentina, en 2006 realizó 116 comunicaciones a juzgados y organismos competentes en la prevención y combate contra la corrupción, como la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, la Oficina Anticorrupción y la Procuración General de la Nación. Dirigió por propia iniciativa 4 a la Procuración General de la Nación, 5 a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, y 9 a distintos Juzgados. En 27 casos se remitieron informes de Auditoría a pedido de los organismos: 2 a la Oficina Anticorrupción, 8 a la Fiscalía de Investigaciones Administrativa y 17 a diversos Juzgados y Fiscalías.

¹⁴ Mdangos Borja, María de la Luz, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Biblioteca virtual. Señala que: "Control externo jurisdiccional. Este tipo de control lo ejerce un órgano de carácter jurisdiccional, ya sea que se encuentre ubicado dentro del Poder Legislativo -en cuyo caso conserva, no obstante, plena independencia en el desarrollo de su función-, o se trate de una institución especializada, situada orgánica y funcionalmente dentro del Poder Judicial. ...La Contaduría Mayor de Hacienda nunca ha tenido jurisdicción; esto es, tiene la función fiscalizadora, pero le hace falta la de enjuiciamiento, y con ella lo que se conoce como "jurisdicción contable".

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

no es sino la publicidad de los actos de gobierno, nota esencial de la República².

Son ejemplos de esta jerarquización de la publicidad como elemento de la responsabilidad financiera, en la República Argentina, entre otras, la Ley 25.152 de 1999 de administración de recursos públicos cuyo artículo 8 dispone que se publiquen una serie de datos de ejecución presupuestaria, la ley del régimen federal de responsabilidad fiscal 25.817 de 2004, que hace utilización del principio de la publicidad de los actos no ya como elemento constitutivo de la responsabilidad financiera sino como sanción “publicamos que nos has cumplido”.

Así esta ley expresa que el régimen federal de responsabilidad fiscal se crea con el objeto de “establecer normas generales de comportamiento de fiscal y dotar de una mayor transparencia a la gestión pública”. Su capítulo I se titula “Transparencia y gestión pública” y su artículo 32 adopta como una sanción por el incumplimiento de las pautas de ingresos, gastos y endeudamiento, “la divulgación de la situación en todas las páginas web de las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del Gobierno Nacional, en un apartado especial creado al efecto”

² La exarcebación del concepto ha llevado a confundir el medio, deificando actualmente la página de Internet, con el fin, que es la publicidad de los actos de gobierno, elemento esencial de la República, que nuestros primeros gobernantes patrios concretaban con la simple exposición de sus cuentas en la Gaceta oficial. Como todo proceso, dime los insumos, te diré el producto.

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

VII. La rendición de cuentas y la cuenta de inversión o la cuenta pública

La Rendición de Cuentas es un medio idóneo para que los funcionarios y agentes estatales informen de manera clara, explícita y concisa los resultados de su gestión y den cuentas de su accionar. La rendición de cuentas manifiesta la obligación de los gobernantes de rendir cuentas de sus actos, e implica el desarrollo de mecanismos institucionales de control y la existencia de una sociedad civil activa que requiere transparencia.¹⁶

También ha de recordarse que dejar de lado el juicio de cuentas o en su caso el de responsabilidad, no implica que se ha suprimido la obligación legal de rendir cuentas por parte de los funcionarios, dado que ella se encuentra inmersa en la naturaleza de la función pública, con prescindencia de su reconocimiento normativo expreso, como lo ha destacado Ivanega.¹⁷

Entre esos mecanismos, el principal es la cuenta de inversión, el Congreso debe aprobar o desechar la cuenta de inversión, y esa cuenta informa como se ha cumplido la manda y es directriz esencial para la sanción del presupuesto del ejercicio entrante, nuestra realidad es que estamos con atrasos en la aprobación o rechazo de las cuentas. Dice María Angélica Gelli “Desde los orígenes de la organización

¹⁶ Esa facultad de control legislativo se da en lo presupuestario, con control preventivo en cuanto examina el proyecto de presupuesto, concomitante a través del seguimiento de la gestión con distintos instrumentos y posterior con el dictamen de la cuenta de inversión.

¹⁷ Ivanega, Miriam Mabel, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Buenos Aires, Abaco, 2003.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

constitucional, la desatención de la obligación constitucional del Congreso que acumuló cuentas sin revisar ni aprobar, se constituyó en una práctica establecida con algunas excepciones¹⁸, circunstancia que se hará más evidente la imposibilidad de aprobación tácita de las cuentas en función del artículo 82 de la Constitución Nacional que prohíbe la sanción ficta o tácita de las cámaras.¹⁹ Retraso del envío de los tientos de cuentas a España que observara el derecho indiano.

Esta desatención disminuye el control político que en Argentina ha tenido expresión constitucional en la reforma de 1994, estableciendo el artículo 85 que “El control externo del Sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo”.

La cuenta de inversión es el documento a través del cual el Jefe de Gabinete de Ministros presenta anualmente a consideración del Congreso, los resultados de la gestión financiera de su gobierno con el objeto de que se pueda comprobar que los recursos han sido gastados o invertidos en los

¹⁸ Gelli, María Angélica, “La Ley Bs. As. 2001”, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, p. 482.

¹⁹ La última cuenta informada por la Auditoría General de la Nación ha sido la cuenta del 2004, mientras que en la Comisión Bicameral Revisora de Cuentas de la Administración están en tratamiento las cuentas de 1999 a 2004 inclusive.

HÉCTOR CONSTANTINO RODRIGUEZ

programas en la forma aprobada en el presupuesto de egresos.²⁰

Es por ello que, como bien se ha señalado²¹ al igual que el presupuesto debe regirse por el principio de universalidad²²; por eso su contenido, debate y despacho debe abarcar a toda la administración cumplida, sin excepciones.

Hemos reiterado que, a mayor delegación mayor control, bien se ha dicho que la Cuenta de Inversión crece en importancia por las facultades que el Congreso confiere al Poder Ejecutivo, en particular respecto a la reasignación de las partidas presupuestarias puesta en cabeza del Jefe de Gabinete de Ministros; facultades que debilitan las funciones del Legislativo.²³

Es una visión generalizada que los parlamentos tienden a pasar leyes marco, leyes programa, lo que implica delegar a los Ejecutivos buena parte de la tarea normativa, son las exigencias de un mundo cambiante, caótico e impredecible, las decisiones deben tener en cuenta que el único factor no

²⁰ Hutchinson, Tomás, "La cuenta de inversión y el control luego de la Ley 24.156", *La cuenta de inversión*, Buenos Aires, Dunken, 2005, pp. 93 y ss.

²¹ Pérez Colman, Luis J., "Régimen normativo de la cuenta de inversión", *La cuenta de inversión*, Buenos Aires, Dunken, 2005, pp. 115 y ss.

²² Este principio deriva del de unidad y exige que todos los ingresos y egresos figuren en el presupuesto de acuerdo con dos reglas: la no afectación —que prohíbe que determinados ingresos se destinen a priori a cubrir determinados gastos— y la regla del presupuesto bruto —según la cual ingresos y gastos deben figurar en forma expresa sin compensaciones—. En Ivanega, Miriam M., *Principios... op. cit.*, cap. VII.

²³ Despouy, Leandro, *El control de la cuenta de inversión... op. cit.*

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

disponible es el tiempo, y en los parlamentos no constituye una virtud su aprovechamiento.

En Argentina, se ha establecido una delegación permanente por la reforma del artículo 37 de la Ley de Administración Financiera que puso en cabeza del Jefe de Gabinete facultades para reestructurar partidas.²⁴

En otro orden, mediante la subestimación de variables macroeconómicas, como el crecimiento esperado del producto bruto interno, se asumen hipótesis de ingresos que luego son superadas, permitiendo al Ejecutivo incrementar gasto por medio de decretos de necesidad y urgencia con los excesos de recaudación.

En los hechos, se determino la disponibilidad del ejecutivo de un verdadero presupuesto paralelo, lo que ha hecho pensar como necesario que el Congreso ejerza realmente el control externo con una oficina de presupuesto que le permita romper con la asimetría de información frente al Ejecutivo, incluyendo análisis macroeconómico, lo que significa superar la debilidad política en la discusión parlamentaria. No es cuestión de norma, sino de información.

²⁴ La reforma efectuada por ley 26124 de 2006 en su Art. 1 permite al jefe de gabinete de ministros la facultad de disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesario dentro del total aprobado por el legislativo, quedando comprendidas todas las modificaciones que impliquen la reducción de aplicaciones financieras, para destinarlas luego a gasto corriente o de capital.

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

Un enfoque más amplio del concepto esta siendo llevado a la práctica por las entidades superiores de control (nominación de aquellas que reportan a los parlamentos). En ese sentido, se considera que una optimización de los procesos de rendición de cuentas es necesaria, no solo de parte de la administración sino también de las auditorías, las contralorías y los tribunales de cuentas.

Nuestra Iberoamérica, en medio de la globalización con cambios constantes requiere instrumentos que permitan mejorar la asignación de los recursos públicos y una gestión superadora del nivel que tradicionalmente ha mostrado, así la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades de Fiscalización Superior (OLACEFS) ha puesto como uno de los ejes del plan estratégico regional 2006-2010 la profundización de la rendición de cuentas, aspirando a promover “el desarrollo de una administración pública y una sociedad civil concertadas en torno a lo que debe ser la rendición en cada país, con una investigación de los temas del buen gobierno.”²⁵

VIII. Hacia la internalización de los conceptos en el derecho

El proceso que estamos viviendo en el derecho positivo es la recepción de un concepto de transparencia que es algo más que la publicidad de los actos de gobierno y de un concepto de rendición de cuentas que supera, como hemos dicho, el tradicio-

²⁵ Ponencia de la Presidencia de la Comisión Técnica de rendición de cuentas, Santo Domingo, República Dominicana, Octubre 2007. La actualidad del tema justifica su inclusión en la V Conferencia Eurosaí Olacefs de Lisboa en Mayo de 2007.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

nal de la responsabilidad contable, transparencia y rendición de cuentas han ido evolucionando y seguramente denotan algo diferente para cada estado, dependiendo no solo de la forma y el modo en que han sido receptados por el derecho, sino también de diferencias en la base institucional y cultural.

Permítaseme hacer historia desde una mirada ibérica, recordando a don Ramón Muñoz Álvarez, quien fuera miembro del Tribunal de Cuentas de España, nos decía que existe una hipótesis que señala que la incorporación del pueblo llano al Parlamento inglés convocada por Simón de Monfort en 1265, se debió al influjo que sobre este personaje ejercieron las instituciones españolas, predicando que ya en las Cortes de León de 1188, tiene acceso a las Curias el estado llano, con mucha anticipación a cualquier otro país europeo. En Alemania no entra en la dieta hasta 1232, en Inglaterra ya hemos visto que fue en 1265, en Francia Felipe el Hermoso no convocó a los representantes de las ciudades hasta 1302.

En efecto, la primera Curia plena a la que asisten los representantes de las ciudades y villas es la de León de 1188 por convocatoria de Alfonso IX. Se celebró en la Iglesia de Santa María de la Regla, 66 años antes de que Enrique II convocase a los comunes en 1254 y de que fuera conocida la Carta Magna, origen del *no taxation without representation* para la mayoría de los autores. Estas asambleas nacieron como órganos limitativos al poder real en la creación de cargas y contribuciones, madurando el

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

pensamiento John Locke (1690), expresaba: "...porque si alguien reivindicara el poder de poner y percibir tasas sobre las gentes por su propia voluntad, y sin aquel popular consentimiento, invadiría la ley fundamental de la propiedad y subvertiría el fin del gobierno".

Desde luego que el mundo moderno tiene mayores exigencias, por supuesto que los impuestos y también los gastos en las constituciones del mundo son votados por los representantes del pueblo y luego de ejecutada la manda tiene la competencia de aprobar o desechar lo actuado por los gobiernos, en un control político que asisten los órganos especializados, pero los ciudadanos quieren saber más, no solo si se recaudaron los impuestos legales, también quieren saber cómo se recaudaron, si no recayeron sobre unos sectores más que sobre otros por ineficiencia de la administración tributaria, si los gastos autorizados en el presupuesto fueron realizados conforme la autorización pero también con arreglo a los criterios de economía, eficacia y eficiencia, y quieren también participar en la formulación de los presupuestos y en el control social de su ejecución a través de las organizaciones de la sociedad civil, y ahora, en plena sociedad de la información, quieren poseerla, para evaluar a sus representantes y exigirles rendición de cuentas.

El estado moderno ha cambiado su organización, pasando del estado burocrático al estado posburocrático, proceso dificultoso en nuestros países.

El estado burocrático tenía formas organizacionales jerárquicas regidas por reglas y procedimientos claros, servicios civiles institucionalizados, apoliti-

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

cos, con cierto grado de autonomía, estabilidad laboral y ascensos determinados por criterios meritocráticos, y restricciones al uso del cargo para beneficio personal.

El estado posburocrático otorga libertad para gerenciar contra resultados, responsabiliza al gerente público pero el gerente público se responsabiliza por su mandato, muchos principios de la empresa privada son traídos a la organización pública, aun cuando es claro que no son iguales.

El sector privado frente a las exigencias del mercado desarrolla tecnologías que obedecen básicamente al lucro (tasa de rentabilidad, la obtención de resultados, los costos, las inversiones, el grado de competitividad, orientación al cliente y la preocupación por la eficiencia.) En fin, adaptar las organizaciones privadas a entornos cada vez más competitivos. Llevar sus procedimientos al sector público implica adaptarlos a condicionantes específicos, el contexto en el que tienen lugar los procesos de gestión pública difiere de la lógica impuesta por el mercado a las compañías privadas.²⁶

²⁶ Como señala Andrea López, doc. 68 INAP, Argentina, <http://www.clad.org.com>. En el sector público, el mecanismo de asignación de recursos es la sustitución del mercado por el proceso político, la provisión de bienes públicos se hace a través de las acciones de gobierno y no por el mercado. En cuanto a la administración pública en su calidad de poderes públicos, es el Estado construido por la misma sociedad para cumplir objetivos que persiguen el bien común. También destaca los procesos a través de los cuales el sector público crea valor y la dificultad de su medición, en tanto el precio de mercado no está presente en los bienes públicos y las superposiciones que ocurren entre

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

Convengamos que los objetivos públicos tienen mayor complejidad, son más abstractos. Sirven ciertas técnicas de administración pero la finalidad (el bien común) es distinta, el sujeto y el objeto también. Aun en la producción de bienes y servicios públicos para el estado no hay usuarios, hay ciudadanos, el interés del usuario se agota con la disponibilidad al precio más conveniente, un estado tiene que subsidiar un mínimo de acceso a los servicios públicos para sus ciudadanos, su cliente no solo es el ciudadano presente, es el ciudadano futuro, de ahí que la cuestión ambiental, por ejemplo, puede llevar a definir un precio adicional para preservar la fuente de recursos.

Sin embargo, el paso del estado burocrático al posburocrático tiene que resolver como forma un mercado de asignación de bienes, que herramientas técnicas utiliza y cuales no, necesita instituciones. Lorenzetti, miembro de la Corte Suprema de la Argentina jerarquiza lo concerniente a las relaciones entre la economía y la solidez de las instituciones y entre estas y el progreso económico.²⁷

Estas nuevas formas posburocráticas, traídas a Iberoamérica como recetas traspolables se encuentran con un problema, no tienen piso institucional. Es que el subcontinente no ha completado la etapa burocrática, la anomia se filtra en él respecto a la ley, la meritocracia funciona relativamente. El

el producto de los programas y los resultados que efectivamente tiene la acción administrativa.

²⁷ Citado por Sagües, "La teoría de la decisión judicial", *La búsqueda de la denominada calidad institucional*, San Isidro, Errelus Col. Abog, 2008.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

problema no es modificar organizaciones, el problema es modificar sistemas.

Joan Prats I Catala señala que para lograr convocatoria y movilizarnos hacia el desarrollo, harían falta tres grandes transformaciones: “Superar definitivamente el populismo político mediante la consolidación y avance de la democracia y el estado de derecho.” Esto implica una gran cantidad de reformas políticas adaptadas a cada país: mejorar los sistemas electorales y de partidos políticos; mayor información y transparencia, facilitar la participación política; erradicar el clientelismo; garantizar la división de poderes y la sumisión de todos ellos y de los ciudadanos a la ley; erradicar la arbitrariedad, reducir la discrecionalidad, etc.

“Superar el sistema económico mercantilista latinoamericano tradicional mediante su transformación en auténticas economías de mercado abiertas y competitivas”. Esto abarcaría una larga lista de cambios institucionales: asignar en forma más eficiente y otorgar mayor seguridad a las garantías de los derechos de propiedad (desregular por un lado y crear regulaciones más eficientes por otro).

“Salvaguardar la cohesión y avanzar en la equidad social mediante políticas y programas de lucha contra la marginación y la pobreza, de garantía de servicios sociales básicos como el abastecimiento de agua, la salud, la educación y la previsión social.” Para ello debe darse la transferencia de recursos y responsabilidades a las administraciones descentra-

HECTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

lizadas, al sector privado y a las organizaciones de la sociedad civil, según los casos

Las tres grandes transformaciones planteadas forman un sistema que puede plasmarse en un ejemplo: sin transparencia y responsabilidad en el financiamiento y sin democracia interna en los partidos políticos será prácticamente imposible evitar la clientelización del empleo público y la propensión político-empresarial a burlar las reglas de la competencia de mercado; sin servicio civil meritocrático e imparcial será imposible garantizar a los empresarios la sostenibilidad por el poder ejecutivo de los compromisos legislativos; sin transparencia, participación y responsabilidad suficientes será muy difícil evitar que los programas sociales sigan beneficiando a los que ya tienen voz en el proceso político y perpetuando con ello la dualización social; sin estabilidad macroeconómica, sin un sistema financiero fiable y sin la mínima seguridad para los derechos de propiedad, se desincentiva la capacidad de emprender o se la entierra en el sector informal. De este modo se impide no sólo el nacimiento de unas clases medias productivas y dinámicas sino también la expansión del empleo y de la base fiscal que podría permitir mejorar la recaudación con fines sociales...²⁸

Sentado este marco conceptual cabe desentrañar aún más los nuevos sentidos de la rendición de cuentas o la *accountability*, vocablo que no termina de ser receptado en nuestro idioma, así puede hablarse de responsabilidad, palabra que de suyo

²⁸ Pratz I Alcalá, Joan, "Administración Pública y desarrollo en América Latina en un enfoque neoinstitucionalista", Il Congreso Clad, 1997, <http://www.clad.org>.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

suenan muy mal, responsabilidad fiscal, responsabilidad y otras. Oszlak había prevenido en 1998 que cuando la cultura de una sociedad no registra ciertos valores y conductas vigentes en otros contextos, el idioma por lo general no les reserva locuciones para designarlos, agregando ahora²⁹ que solo en aquellas culturas en las que esos comportamientos y su fundamento axiológico forman parte del “sentido común” de la interacción social, surgen conceptos que, con una sola palabra, transmiten el sentido y la coloración que recibe su efectiva vigencia. En ese sentido prefiere admitir responsabilización como la relación donde un sujeto es sometido por otro y otros a un proceso o exigencia puntual de rendición de cuentas, en función de compromisos y obligaciones que el mismo adquiriera al hacerse cargo de una gestión, en cambio deja *accountability* connota la obligación misma de rendir cuentas, voluntariamente asumida por el sujeto, sin necesidad de que medie la intervención de un tercero para exigirla. Esta distinción es crucial, por cuanto implica que la obligación rendir forma parte, en primer lugar, de los valores y por extensión de la cultura del sujeto y no depende de su exigibilidad por otros.

Estoy en pleno acuerdo que esta diferencia es crucial, suelo decir que si en un pueblo de dos mil habitantes, la mayoría evade los impuestos, el recaudador no puede ser eficiente ¿Que hacen las administraciones tributarias modernas? Apuntan al

²⁹ Oszlak, “¿Responsabilización o responsabilidad?”, *op. cit.*, nota 6, p. 241.

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

cumplimiento voluntario de la obligación tributaria, si el 90% de los contribuyentes declara sus impuestos, el problema es empadronar, tomar declaraciones juradas, la cobranza, e intentar poner al otro 10% dentro del universo de contribuyentes regulares.

Lo mismo en un servicio de salud, si los médicos y las enfermeras tienen incorporado la noción del deber, el control obra en el margen, ahí si miramos la conducta antijurídica, reorientamos y sancionamos..

Esto explica que un buen piso institucional, gobernabilidad, sociedad civil activa, con ciudadanía fiscal que paga sus impuestos y exige al gestor público es un círculo virtuoso.

IX. Hacia una definición de los nuevos institutos

En este breve discurrir, algunas pinceladas han tendido a mostrar que lo nuevo no es sino una recreación de lo antiguo, no creo en los iluminados de los nuevos tiempos. Cuando algunos documentos de iberoamericanos luce la “*accountability*” como un descubrimiento de las ciencias de la administración, los abogados recordamos que el concepto estaba en El Federalista de Hamilton, cuando decía si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernarán a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados; y luego

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

obligarlo a que se regule a sí mismo. El hecho de depender del pueblo es sin duda alguna el freno primordial indispensable sobre el gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares”, frase que estando en México extraigo de la magnífica traducción del documento ¿“Qué es la rendición de cuentas?” de Andreas Schedler, publicada por el IFAI.³⁰

Este autor advierte que el concepto de rendición de cuentas que circula en la discusión pública y esta entrando en nuestro derecho positivo, es un concepto poco explorado, con un significado evasivo y una estructura interna borrosa y con Oszlack, comparte la falta de equivalentes precisos en castellano, como no lo tienen *empower* (apoderamiento?), ni *governance* (la gobernanza?), tampoco *enforcement* (coacción? sanción?) y opta por traducir como rendición de cuentas, con sus dos dimensiones, la obligación de los políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones y justificarlas públicamente (*answerability*) y la capacidad de sancionarlos por incumplimiento. (*enforcement*).

Schedler señala tres pilares en la rendición de cuentas para prevenir el abuso de poderes: la información, la justificación y la sanción. El instituto involucra el derecho a recibir la información y la obligación de divulgar todos los datos necesarios pero también implica el derecho a recibir

³⁰ Madison, *et al*, *op.cit.*, nota 1, 1994, pp. 220-221.

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

una explicación y el deber de justificar el ejercicio del poder y la posibilidad cierta de sanción, que obre como amenaza creando riesgo y ordenando conductas pero también como castigo, Señala que sin la amenaza cierta de sanciones la denuncia de ilícitos deja de ser un acto de rendición de cuentas y se convierte en un mero acto publicitario, pero justo es decirlo, lo contrario, tomar la rendición de cuentas como solo acto de castigo es renunciar a la riqueza de las razones y la innovación.

Ciertamente coincidimos que a las rendiciones, las realidades del poder le dan su razón de ser. Su misión esta en reducir las incertidumbres del poder, limitar sus arbitrariedades, prevenir y remediar sus abusos, volverlo predecible, es mas, suplir la falta de información pues fuera perfecta y el ejercicio del poder transparente no habría necesidad de exigir cuentas a nadie.

La rendición de cuentas puede adoptar criterios políticos, evaluando los resultados de las políticas públicas y la calidad de los actores públicos, criterios administrativos, fiscalizando la regularidad de los procedimientos, legales y contables y más recientemente, estableciendo los grados de eficiencia, con criterios financieros que incluyen transparencia y austeridad, también bajo criterios morales, los criterios varían según los actores en la rendición gubernamental, legislativa, administrativa y judicial. Lo necesario es un ambiente de rendición, una rendición vertical hacia arriba en las organizaciones, una rendición horizontal convirtiendo en red la acción de las distintas agencias públicas y una demanda de rendición de la sociedad cuyo interés se

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

transforme en acción de las organizaciones de la sociedad civil.

En este aspecto Argentina a través de Guillermo O'Donnell ha hecho un aporte con la *accountability* horizontal. Así ha señalado³¹ la existencia de agencias estatales que tienen autoridad legal y están dispuestas y capacitadas (*empowered*) para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta sanciones penales o incluso el *impeachment*, en relación con actos u omisiones de otros agentes o agencias del estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificados como ilícitos.

Apunta O'Donnell una contradicción difícil de resolver "...mi deseo de vivir, bajo arreglos políticos que provean algunos bienes públicos básicos y soluciones colectivas y, por otro, mi miedo de los peligros que acechan detrás del gran poder que debe ser constituido si tales bienes y soluciones han de ser provistos. ...El deseo simultáneo por efectividad decisoria y por control es tan racional como contradictorio." Contradicción que viene desde el tiempo bíblico cuando las tribus judías piden al profeta Samuel que les de un rey y Samuel les advierte sobre los peligros de conferir y concentrar el poder, pese a lo cual reiteran su pedido.

Se plantea el viejo dilema de quien custodia al custodio, en última instancia sería el pueblo, pero

³¹ O'Donnell, "Accountability horizontal", *Ágora*, Buenos Aires, núm. 8, 1998.

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

un voto es un acto de sanción de muchos actos, es necesario que “exista una red de agencias estatales culminando en los tribunales superiores comprometidos en la preservación y acatamiento de la *accountability* horizontal, en caso de necesidad contra los más altos poderes del estado, si nos es así, las investigaciones de las auditorías, fiscalías y otras similares solo pueden alimentar las críticas de la opinión pública pero no suelen alcanzar solución legalmente apropiada.³²

Hemos visto dentro de la rendición de cuentas distintos conceptos que abarcan la visión desde los criterios políticos, administrativos, judiciales, la necesidad de incorporar estrategias que acompañen la rendición vertical con la horizontal, ciertos límites para el control a través del evaluador final, el ciudadano, ahora vamos a ver que los conceptos de la transparencia y la rendición de cuentas están fuertemente unidos: la transparencia, se supone, genera rendición de cuentas. A pesar de ello Fox habla de la relación indecisa entre transparencia y rendición, pero va más allá, se pregunta cuál transparencia y cual rendición de cuentas incluimos en la ecuación.³³

³² Ver “Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política”, *PostData revista de Reflexión y análisis político*, Buenos Aires, mayo de 2001, p.11. En el mismo trabajo cita a Manin, Przeworski y Stokes, que dicen que “la conclusión de este análisis debe ser que el control ciudadano sobre los políticos es el mejor de los casos sumamente imperfecto...las elecciones no son un instrumento suficiente de control sobre los políticos. Los gobiernos toman distintas decisiones que afectan el bienestar individual; los ciudadanos tienen solo un instrumento para controlar estas decisiones: el voto. No es posible controlar mil objetivos con un solo instrumento.”

³³ *El Desarrollo en la Práctica*, núms. 4-5, Agosto de 2007, vol. 17, <http://repositorios.edlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1088&context=egirs>

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

Un concepto generalmente aceptado indica que de la transparencia se sucede la rendición de cuentas, pero las cosas son algo más complejas, volvamos a Fox, a las matemáticas difusas de estos conceptos. "Tanto transparencia como rendición de cuentas comparten un problema conceptual: son definidos rara vez la precisión, y significan muchas cosas a muchas personas. Por lo menos hasta recientemente, la transparencia ha recibido más práctica que atención conceptual, por contraste, el concepto de la rendición de cuentas ha sido examinado y profundizado desde diversas perspectivas. Si uno está interesado en comprender como la transparencia genera la rendición de cuentas, es crucial desenmarañar mejor que combinar las dos ideas. Para iniciar la discusión, uno debe tener en cuenta la diferencia entre dos dimensiones de la rendición de cuentas: por una parte, la capacidad o el derecho de exigir respuestas (que Schedler llama "capacidad de respuesta" ("*answerability*") y, por otra, la capacidad para sancionar.

A través de las inspecciones, los informes, las auditorías y las investigaciones legislativas, los defensores del pueblo, las comisiones de verdad, las oficinas de queja, y las comisiones de derechos humanos, estos organismos de "la rendición de cuentas de línea horizontal" tropiezan con abusos. Las sociedades civiles, las organizaciones y los medios de comunicación independientes también invierten en exceso instando a estos sabuesos a hacer su trabajo. Todavía estos cuerpos de vigilancia tienen influencia institucional suficiente de poder actuar sobre la base de sus conclusiones, propo-

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

niendo las sanciones obligatorias, los cambios de política, la protección de las infracciones, o la compensación para los abusos anteriores. Por consiguiente, el poder de la transparencia, definido en relación con los impactos tangibles del foco público, depende en la práctica de cómo responden los otros actores.

Entonces, dice, tenemos diversos factores, el primero la diferencia entre metas: ¿instituciones de rendición de cuentas o personas individuales? El segundo involucra el problema del control de calidad para la información oficial. El tercero involucra una diferencia conceptual entre dos clases de la transparencia: clara y opaca. El cuarto punto vincula esta diferencia con dos clases de la rendición de cuentas: blanda y dura.

Mientras algunos quieren enfrentar la corrupción, y se concentran en el delito, los otros intentan apoyar el rendimiento institucional. Estas metas diferentes implican diferencias de trato, una más legalista, otra apunta a los defectos más sistemáticos.

Un segundo dilema involucra la diferencia entre los datos oficiales y la información relevante y confiable: ¿ésto es dato o información?

Ello nos lleva a un tercer dilema: ¿cómo explicamos por qué puede utilizarse mejor la rendición de cuentas según las formas de la transparencia, la clara y la oscura, opaca. Esta diferencia es relevante, porque en la medida en que el discurso de transparencia se profundiza, el peligro es que se exprese oposición indirectamente, suministrando

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

menos información que la clara transparencia requiere.

La transparencia opaca o confusa involucra la diseminación de la información que no revela cómo actúan en la práctica las instituciones, la información es divulgada nominalmente, se muestra fiable pero esconde la verdad..

En conclusión, la diferencia entre la transparencia opaca y clara provoca reflejo sobre las formas de la rendición de cuentas, que a su vez asume características de blanda cuanto queda solo en la “capacidad de respuesta”, el informe, las recomendaciones, mientras que la dura o firme añadiría a esa “capacidad de respuesta” la posibilidad de sanciones.

En conclusión, la transparencia y el derecho a la información que subyace como motor activador de la misma, no tienen un concepto unívoco, lo que implica de suyo un límite a las estrategias normativas.

Podemos encontrar que el administrador nos da datos, es más, su página web sobreabunda en ellos, pero no nos da información, porque la oculta o muchas veces porque no la tiene debidamente sistematizada. Puede ser un administrador público que no tiene sentido de la rendición de cuentas, que no siente que rendir cuentas voluntariamente es parte misma de su gestión, por lo tanto no siendo parte del objetivo no está en sus planes, no está organizado para ello, aun en el supuesto de mejor

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

buena fe, pues ese gerente público es parte de un sistema que no genera transparencia, no tiene internalizada la rendición de cuentas.

El constitucionalismo moderno ha enmarcado a las democracias, con instituciones que amplían la participación y el control social, garantizando la publicidad de los actos de gobierno, impactada por el desarrollo y la inmediatez de los medios de comunicación en geométrica multiplicación tecnológica, que ha inducido una creciente demanda social en torno a la transparencia en el manejo de los fondos públicos y, en general, respecto de la conducta de los gobernantes. ¿Pero es esto suficiente para dar cuenta de este problema?

Esos órganos tienen que estar dotados de autonomía y un buen nivel de discrecionalidad para seleccionar los casos, pues quien se ocupa de todo no se ocupa de mucho. Como nos señala Gordillo respecto de la CICC: “debe aplicarse con razonabilidad de medio a fin, no en bagatelas o cuestiones insignificantes que distraen la atención de los asuntos mayores. No busquemos a los ladrones de gallinas sino a los delincuentes o malos inversores de fondos públicos dotados de entidad...”³⁴. Esos órganos deben funcionar en red para obtener la *accountability* horizontal.

Pero la realidad indica que estamos a mitad de camino, observamos que “Luego de la caída del estado de bienestar producida por los condicionamientos económicos y financieros que se agravan en un entorno supranacional y ante los excesos de la

³⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997, pp. XVI-10.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

potestad reglamentaria que pretenden tender un manto de confusión sobre muchos de estos males, como así también la vinculación del crimen organizado y el narcotráfico que son no ya solo una amenaza a los derechos humanos sino al estado mismo, es así un silogismo el que lleva a la necesidad de atacar a la corrupción y otros fenómenos que se vinculan con ella, en especial el gasto ineficiente o dilapidador”³⁵.

Hemos hecho un breve reseña normativa al comienzo, podríamos citar un centenar de páginas donde se exponen datos y ejemplos del gobierno electrónico en dialogo con el ciudadano, especialmente en el sistema tributario, sin embargo, quien escribe no tiene aún respuesta para un inteligente interrogante, hasta qué punto “el hecho de que un gobierno perciba la necesidad de introducir instrumentos normativos o telemáticos para imponer “transparencia” no indica que un país experimenta una problemática estructural de “opacidad” —déficit de transparencia—.”³⁶

¿Qué razones nos llevan a esta paradoja? ¿Por qué si la Argentina ha realizado importantes avances en la estrategia normativa pro transparencia, los resultados se perciben como magros? ¿No son acaso más o menos las mismas razones las que impiden a otros países de Iberoamérica exhibir mejor?

³⁵ *Ibidem*, pp. XVI - 2.

³⁶ Tesoro, José Luis, “Portales pro-transparencia y transparencia de la anomia”, *Revista Probabilidad*, Junio de 2000.

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

En su libro “Un país al margen de la Ley”, Carlos Nino advierte sobre los efectos sociales del no cumplimiento de la ley. Al desarrollar el concepto de “anomia boba” no se focaliza en el incumplimiento de la norma en sí, sino en las situaciones en que el incumplimiento de la norma lleva a situaciones de ineficiencia social, donde el cumplimiento permitiría al conjunto encontrarse en una situación mejor.

Según este desarrollo, una acción colectiva es anómica, en el sentido de ilegalidad “boba” que aquí nos interesa, si ella es menos eficiente que cualquiera otra que se podría dar en la misma situación colectiva y en la que se observara una cierta norma. Por supuesto, que la ineficiencia de una acción colectiva anómica no debe compararse con aquella en que se observara cualquier norma, ya que siempre puede haber normas que conduzcan a una situación todavía más ineficiente que la anomia. Hay anomia boba sólo cuando la acción colectiva en cuestión se caracteriza por la inobservancia de normas y hay al menos una cierta norma que conduciría a una acción colectiva más eficiente en la misma situación³⁷.

Tomemos que caracterizan la “anomia boba” de los argentinos, el mal estado de los espacios públicos, plazas y parques que debieron ser enrejadas (verdadera enajenación del uso de espacios públicos), la dimensión del trabajo informal y el desorden generalizado —no precisamente por ausencia de normas— en que se desenvuelve nuestro tránsito y como se ve en las estadísticas de siniestralidad.

³⁷ Nino, Carlos, “Un país al margen de la ley”, *op. cit.*, nota 2, pp. 36-37.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

El bajo piso institucional genera distintos déficits, en el valor justicia, en ejemplos de menor a mayor, la tendencia a establecer regimenes de excepción a la norma general con nichos de excepción que debilitan su aplicación, la demora -que en muchos casos deviene en falta de aplicación- en el ámbito del poder judicial y de la administración, para aplicar sanciones, la sensación de falta de castigo, los altos niveles de exclusión social, difíciles de reducir en ese marco.

Al iniciar este recorrido nos preguntábamos acerca de los límites de la estrategia normativa de la transparencia.. Estamos de acuerdo con las políticas de transparencia, ponerlo todo en la red para que los ciudadanos se informen, para que las organizaciones de la sociedad civil puedan conocer y actuar, incrementar la participación, superar los límites de la democracia formal, concebir una sociedad informada que permita saber qué es lo que se decide y que implica lo que se decide.

A algunos años vista de las primeras experiencias en esta materia, los resultados en términos de control ciudadano parecen estar lejos del primer optimismo, parece claro que no ha existido proporción entre el volumen de información puesta en manos de público y la capacidad de este de transformarla en control.

X. ¿Qué origina esta situación?

En primer lugar, no todos tienen Internet, tampoco toda la información está allí, algunas páginas presentan información desactualizada, irrelevante o

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

de difícil comprensión. En otras oportunidades, problemas de implementación o de puja política han impedido que den todo su potencial.

En todo caso, analizar la información sobre el desenvolvimiento de los negocios públicos y sopesar sus consecuencias requiere de un esfuerzo de los ciudadanos que difícilmente puedan sostener en el largo plazo. Situaciones de este tipo fueron descritas desde hace mucho tiempo por Downs³⁸ al describir la conducta de los votantes y no habría motivos para pensar que esto ha variado, sobre todo en contextos como los nuestros en que los ciudadanos perciben al Estado más como enemigo que como arena pública en la cual pueden influir para hacer valer sus preferencias.

Una alternativa a este cuello de botella lo constituye el trabajo realizado por las Organizaciones de la Sociedad Civil, sin embargo y a pesar del excelente trabajo realizado por muchas de ellas, los productos de sus esfuerzo tienen como principales destinatarios nuevamente a los ciudadanos, que materialmente se ven desbordados por la cantidad de información, con lo que vuelve a repetirse el cuello de botella y los límites estructurales de esta estrategia.

Para algunos autores, la brecha existente entre lo que potencialmente podría esperarse de la receta pro-transparencia y lo que efectivamente se ha dado, se explica en que, introducidos en un contexto anómico, “dichos instrumentos cumplirán un rol meramente ritual”. “Las aplicaciones de Gobierno

³⁸ Downs, Anthony, *An economic theory of democracy*, 1957. Inside Bureaucracy, 1967.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

Electrónico en Internet permiten cumplir los rituales y las ceremonias de transparencia, ocultando - bajo el resplandor telemático- el sentido legítimo de la transparencia deseable. Con el tiempo, la pseudo-transparencia se convierte en el punto de referencia, a través de vistosos 'como si' vaciados de sustancia".³⁹

Sin embargo, si la estrategia pro-transparencia, no ha tenido mejores resultados, no es un problema normativo o meramente tecnológico, es que tenemos que mejorar ese piso institucional que tan bien sintetizo Prats, "los cambios estructurales sólo pueden ser viables en Iberoamérica si los proyectos de reformulación del estado toman en cuenta los tres problemas más importantes: consolidar la democracia, alentar el crecimiento económico y disminuir la desigualdad social".

Para que la ciudadanía pueda ejercer control en toda su capacidad, debe extremarse la calidad, accesibilidad y comprensibilidad de la información que se pone a disposición de la ciudadanía. Para luchar contra la corrupción, es vital romper con el secreto y la discrecionalidad administrativa.

Garantizar la publicidad como medio para el control ciudadano, por mayor transparencia o ejercicio del derecho a la información son tan solo condiciones necesarias del mejor gobierno y de la lucha contra la corrupción. Pretender que todas las respuestas a

³⁹ Tesoro, José Luis, *op. cit.*, nota 36.

HÉCTOR CONSTANTINO RODRÍGUEZ

esta cuestión se agoten en la pantalla de nuestro ordenador es candidez o hipocresía.

Son necesarios cambios más profundos, la violación de la norma debe tener sanción. La tarea de fondo, la lucha contra la anomia generalizada, está aún pendiente.

Consolidar el piso institucional requiere promover la honestidad, la eficacia, la transparencia, y la rendición de cuentas con sanción. En ese contexto merece pensar en tener un servicio civil profesional, que asegure la continuidad de las políticas de estado, con estructuras permanentes con equipos que garanticen que el estado funcione bien, con independencia de los cambios políticos.

Hay que empezar por el principio, reforma de la educación desde la infancia ejemplo en los gobernantes y en los poderes y en la administración, ingreso por oposiciones, carrera peldaño a peldaño con exámenes, evaluaciones y salario digno (reconstruir la burocracia). Esos ingredientes forman cultura, rendición voluntaria y necesidad de transparencia desde la misma administración. Una administración con tanta capacitación en sus recursos humanos y tecnología disponible como la que tienen las administraciones privadas más eficientes, capaz de mandar, de saber qué es lo que se manda y de controlar y obligar el cumplimiento, no una ficción normativa. En suma, una administración moderna, eficaz y funcionarios que se sientan libres de hacer lo que deben hacer y fundamentalmente que sientan necesario hacerlo.

GESTIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD: ACERCA...

A partir de allí, con transparencia clara y rendición de cuentas dura, ciudadanía fiscal y control social, con la norma proclamando el deber ser y la justicia en serio, creíble y oportuna, para controlar las conductas marginales del sistema, habremos reducido los límites de la estrategia normativa de transparencia y acceso a la información.