

Fabiana H. Schafrik (*Editora*)

**SIGUIENDO LA RUTA DE LA
RESPONSABILIDAD. FORTALEZAS
Y DEBILIDADES DEL SISTEMA
DE CONTROL EXTERNO ARGENTINO**

VOL. IX

Segunda Colección del Programa de
Difusión de Resultados de proyectos
de la Secretaría de Investigación



SIGUIENDO LA RUTA DE LA RESPONSABILIDAD. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL SISTEMA DE CONTROL EXTERNO ARGENTINO

Fabiana H. Schafrik
(Editora)

Juan José Albornoz
(Coordinador)

Federico Manuel Gonzalez
(Subcoordinador)

Schafrik, Fabiana H.

Siguiendo la ruta de la responsabilidad: fortalezas y debilidades del sistema de control externo argentino / Fabiana H. Schafrik; coordinación general de Juan José Albornoz; Federico Manuel González. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Secretaría de Investigación, 2023.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-950-29-1988-1

1. Auditoría Contable. 2. Derecho. I. Albornoz, Juan José, coord. II. González, Federico Manuel, coord. III. Título.

CDD 346.07



Facultad de Derecho

1° edición: junio de 2022

© Secretaría de Investigación

Facultad de Derecho, UBA, 2022

Av. Figueroa Alcorta 2263, CABA

www.derecho.uba.ar

Coordinación académica: Daniel R. Pastor, Emiliano J. Buis y Luciana B. Scotti

Coordinación administrativa: Carla Pia Victoria Alizai

Edición y Corrección de estilo: Laura Pέργola

Diseño y diagramación de interior y tapa: Eric Geoffroy ericgeof@gmail.com

Imagen de tapa: Auditoría General de la Nación.

Impreso en la Argentina – Made in Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

Todos los derechos reservados. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Índice

Introducción

Siguiendo la ruta de la responsabilidad. Fortalezas y debilidades del sistema de control externo argentino..... 6

Fabiana H. Schafrik

Capítulo I

Una radiografía del control externo en la Argentina. Estudio preliminar sobre el diseño institucional y el funcionamiento de la Auditoría General de la Nación..... 12

Fabiana H. Schafrik, Lilia Goday y Ernesto Gómez Zamacola*

Capítulo II

El control externo en Costa Rica. Un breve estudio sobre el diseño institucional y el funcionamiento de la Contraloría General de la República..... 48

Luis Diego Ramírez González

Capítulo III

El control externo en Brasil. Un estudio sobre el diseño institucional y el funcionamiento del Tribunal de Cuentas de la Unión. (texto en portugués).....100

Esrón Junior Lima

Capítulo IV

El control externo en Reino Unido. Un estudio sobre el diseño institucional y el funcionamiento de la Oficina Nacional de Auditoría.....123

Solana Beserman Balco

Capítulo V

Deudas pendientes con el medio ambiente. Irregularidades detectadas por la AGN en relación con la ACUMAR y a programas ambientales entre los años 2006 a 2017148

Rodrigo Arias, Yamila Verónica Pedrón y María Julia Venslavicius

Capítulo VI

Los DESC bajo la lupa. Auditorías de la AGN sobre programas relativos a educación, salud y alimentación entre los años 2006 a 2017172

Irene Ávila y Belén Donzelli

Capítulo VII

A la sombra del fallo “Verbitsky”. Dos auditorías sobre programas referidos al sistema penitenciario federal.....212

Federico Manuel Gonzalez y Juan José Albornoz

Capítulo VIII

El transporte aéreo en la mira. Irregularidades detectadas por la AGN entre los años 2006 a 2017: Aerolíneas Argentinas253

M. Belén Castagnini, M. Florencia Fontana,
Anabella V. M. Viscelli y M. Emilia Yaryura Tobías

Las autoras y los autores.....275

**Siguiendo la ruta de la
responsabilidad. Fortalezas y
debilidades del sistema de control
externo argentino**

Fabiana H. Schafrik

El control es un concepto intrínseco de nuestro entramado constitucional, articulado sobre el principio de división de poderes, en un sistema de frenos y contrapesos. En su faz presupuestaria, puede ser ejercido desde el propio seno de la Administración Pública (lo que comúnmente se conoce como “control interno”) o bien provenir del Poder Legislativo (en ese caso, se hablará de “control externo”).

Dependiendo del diseño institucional que tenga el órgano de control externo que se adopte en un país determinado, su actividad podrá entenderse como la comprobación o verificación del gasto público que realiza el Estado, seguido de un examen de responsabilidad (como ocurre, por ejemplo, en el caso de Costa Rica o de Brasil¹); mientras que para otros sistemas la responsabilidad –efecto jurídico de esa actividad de comprobación– constituiría un elemento separable que no formaría parte de la labor específica de dicho órgano (tal es el caso de Reino Unido, por ejemplo²).

¹ Sobre el punto, ver los capítulos II y III de esta obra.

² Ver capítulo IV.

El control de la actividad financiera en la Argentina ha cambiado a lo largo de los años, a la par que lo hizo la noción de este concepto en un sentido más amplio.

Ya en la época previa a la independencia de nuestro país es posible encontrar antecedentes de organismos que tenían a su cargo funciones de este tenor, aunque con un alcance mucho más limitado y propio del modelo colonial que se desarrolló en el virreinato, como las contadurías o los tribunales de cuentas; entre otros.³ Por supuesto, no podemos dejar de mencionar la creación del ajejo del Tribunal de Cuentas en la provincia de Buenos Aires a finales del siglo XIX.

En lo que atañe al ámbito nacional, desde 1853 en adelante el examen de las cuentas públicas fue perfilándose a través del tiempo en órganos específicos dentro de leyes que regularon la administración financiera de la República; si bien fue recién en el año 1956, con la creación del Tribunal de Cuentas de la Nación, que se escindió el control interno del externo. Este organismo llevaba a cabo, entre sus funciones jurisdiccionales, los juicios de Cuentas y los juicios Administrativos de Responsabilidad de los funcionarios públicos, y un control previo de los actos administrativos producidos por los órganos del Estado vinculados a la gestión económico-financiera.⁴

Actualmente, el control externo gubernamental de nuestro país es realizado por la Auditoría General de la Nación (en adelante “la Auditoría” o directamente “AGN”), organismo de asistencia técnica del Congreso, que goza de personería jurídica propia, autonomía e

³ Ver Mariluz Urquijo, J. M., “El Tribunal Mayor y Audiencia Real de Cuentas de Buenos Aires”. *Separata de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año VI, No. 23, Buenos Aires, 1951. Disponible *online* en el siguiente enlace:

http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000289.

⁴ Ver Vique, F. J. en *El sistema de control interno y externo del sector público nacional* en la obra colectiva “El control de la actividad estatal I - Discrecionalidad, división de poderes y control extrajudicial” editado por la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA; Buenos Aires, 2016. Disponible *online* en el siguiente enlace:

<http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-vique-sistema.pdf>

independencia funcional y financiera (conf. lo dispuesto en la Ley de Administración Financiera y en el artículo 85 de la CN). El fruto de su trabajo se plasma en informes, que son puestos en conocimiento de la Comisión Parlamentaria Mixta revisora de Cuentas (CPMRC), del auditado, de la Jefatura de Gabinete de Ministros y de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), además de la práctica del organismo de publicarlos en su página web.

El objeto de comunicar los resultados al auditado permite a este adaptar, en lo pertinente, su conducta, a las observaciones efectuadas por el organismo de control.

Por su parte, la puesta en conocimiento a la CPMRC, será para que esta comisión bicameral permanente del Congreso pueda pedir explicaciones sobre los resultados arribados en aquellos informes, a los organismos que pudieran colaborar en la producción de un cambio. Se trata de una Comisión que funciona dentro de la órbita del Poder Legislativo, y no realiza, en este estadio⁵, examen de responsabilidad ya que es un órgano estrictamente político (compuesto de seis senadores y seis diputados, según lo dispuesto en el artículo 128 de la ley 24.156).

Por otro lado, la Auditoría también tiene asignada la función de dictaminar sobre la Cuenta de Inversión, como un antecedente imprescindible para que el Congreso pueda evaluar la rendición de cuentas del Poder Ejecutivo en el manejo de los fondos públicos.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la AGN no tiene consagradas legislativamente atribuciones para que pueda presentarse a juicio, más allá de la posibilidad de solicitar acceso a la información pública, cuestión que hoy se encuentra regulada en la ley 27.275.⁶ De haberse previsto legalmente la legitimación procesal activa a este orga-

⁵ Luego dictaminará sobre la cuenta de inversión (cf. Artículo 95 ley 24156 y 2 a) ley 23847).

⁶ En efecto, la Auditoría ha presentado en más de una oportunidad amparos por acceso a la información pública o bien amparos por mora a efectos de obtener la información requerida. A modo de ejemplo, ver autos “AGN C/ ENSIGEN (DTO 1172/03) s/ AMPARO POR MORA” (Expte. 22927/10); “AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN C/ EN - M JUSTICIA - OFICINA ANTICORRUPCIÓN S/AMPARO POR MORA” (Expte. 30.986/19); entre otros.

nismo, podría haber instado las causas penales o civiles que hubieran correspondido sobre la base de sus informes.⁷

Existen otros organismos que también tienen asignadas funciones de control que conviven con la Auditoría General de la Nación, como el control interno a cargo de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), la Defensoría del Pueblo de la Nación, la Oficina Anticorrupción dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Ministerio Público de la Nación; ello, sin desconocer las funciones de otros organismos que pueden entenderse vinculadas con estas tareas.

Llegados a este punto y considerando el derrotero que atravesó el ejercicio del control externo en nuestro país, advertiremos que se pasó de un modelo que concebía conceptualmente dentro de la estructura del propio organismo la verificación seguida del análisis de responsabilidad (como ocurría en el caso del Tribunal de Cuentas de la Nación) a otro criterio que entiende que la labor del órgano solo debe abarcar la auditoría gubernamental y que deja a otros órganos, por fuera de él, el examen de responsabilidad.

De esta manera, el modelo anglosajón de control que trabaja básicamente sobre el esquema de la auditoría gubernamental debería ser analizado, luego de tantos años de vigencia en nuestro país, dentro de nuestro diseño institucional. Es que, para que el ciclo de control cierre y se perfeccione con el debido examen de responsabilidad, se requeriría indefectiblemente de otros actores ya que la Auditoría no podría juzgar por sí misma las irregularidades que hubiere detectado ni tampoco iniciar una demanda ante el Poder Judicial con el objeto de endilgar responsabilidades. Ocurre entonces que la eficacia en la labor de esta EFS quedará supeditada a la acción de otros organismos, ya que sin ese análisis posterior el control se debilita, se diluye.

Bueno sería que la Auditoría, además de informar sobre los resultados de su examen al Poder Legislativo y al auditado, fuera capaz de poner en conocimiento de las conclusiones de sus informes a la justicia, en los casos de detectar posibles irregularidades, para que sea

⁷ En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por ejemplo, desde la Constitución se ha dotado al órgano de control de una acción exclusiva y excluyente ante el Tribunal Superior de Justicia local (conforme lo dispuesto en los artículos 113 y 135 de la Constitución de la CABA).

esta la que evalúe la existencia o no de los requisitos que configuran responsabilidad.

Partimos de la idea de que no basta con que una norma que instituya el más perfecto de los órganos de control si no existe a la par de ello, independencia del controlado, personal técnico idóneo, autonomía en materia presupuestaria, procedimientos elaborados para razonablemente cumplir sus propósitos y menos aún si no está garantizada desde afuera del organismo un régimen de responsabilidad del funcionario público. A su vez, es necesaria una oposición política constructiva, un sistema sencillo y claro de acceso a la información pública que sea asequible para que los ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales, analistas, periodistas, empresarios puedan conocer el rumbo de la gestión y tomar decisiones acordes.

Bajo estas premisas se llevó a cabo el proyecto de investigación DECyT N° 1831 intitulado “Un ciclo de control presupuestario que asegure el examen de responsabilidades que se pudieran detectar a partir de la labor de la AGN”, antecedente directo de esta publicación, que contó con la participación de Juan José Albornoz, Lilia Marta Goday, María Florencia Fontana, Belén Eliana Donzelli, Federico Manuel Gonzalez, Lima Ebron, Ernesto Eusebio Gómez Zamacola, Nicolás Rodríguez Lamas, María Belén Castagnini, Sofía Laura Zuccarino, Simón Iván Striga, Nicolás Ciafardini, Magdalena Maroni, Juan Caputo, María Julia Venslavicius, Juan Vitobello, Nicolás Vicenti, María Emilia Yaryura Tobias, Anabella Vanesa Milagros Viscelli, Nadia Mariela Bousquet, Camilia Lucia Gomar, Rodrigo Arias, Irene Ávila, Luis Diego Ramírez González, Marcelo Edgardo Da Silva, María Solana Beserman Balco, Yamila Verónica Pedron, Macarena Belén Mansilla, Fernando Braceiro e Ignacio Masnatta Llenas. También fueron invitados, en ocasión de presentarse el proyecto, María Ángeles Guervos Maillo, Diana María Castano Vargas, Héctor Alcides López González y Sol Fernanda Agostino Giraladez.

Pues bien, el propósito de esta obra es señalar las fortalezas y debilidades que presenta el sistema de control externo argentino, a través del análisis del funcionamiento de las entidades de fiscalización superior de otros países y del estudio de ciertas memorias anuales escogidas que publicó la AGN, con el objeto de identificar qué ocurrió con las irregularidades que detectó el organismo en la ejecución de los distintos programas presupuestarios auditados y si aquello importó algún tipo de análisis posterior de responsabilidad.

Así, en la primera parte del trabajo, que se titula “Un acercamiento a distintos modelos de control externo del presupuesto público”, se brinda una primera aproximación acerca del diseño institucional de la AGN y de los órganos de control externo de Costa Rica, Brasil y Reino Unido.

Quien se aboque a la lectura de esta sección encontrará no solo la normativa de creación de estos organismos, sino también un análisis contextual de su funcionamiento que incluye el sistema de gobierno del país donde se erigen, la ubicación que ocupan dentro del organigrama estatal, el grado de independencia funcional que tienen respecto de otros poderes del Estado, su composición, el tipo de control externo que realizan (previo, concomitante o posterior), su ámbito de actuación y, finalmente, si poseen competencias jurisdiccionales o administrativas para efectuar el examen de responsabilidades.

La segunda parte, por otro lado, lleva el nombre de “Doce años auditados. Conclusiones obtenidas a partir del estudio de las memorias institucionales de la AGN entre los años 2006 a 2017”, y abarca el estudio de distintos informes publicados por la Auditoría General de la Nación, en los que se detectaron irregularidades en la ejecución de programas presupuestarios relacionados con derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, como así también respecto de la realización del gasto público destinado al sistema carcelario y a diferentes servicios públicos.

Este segundo apartado es muy interesante, ya que fue realizado a través del trabajo concreto que realiza la AGN y permite anticipar, incluso en esta instancia introductoria, que la “ruta de la responsabilidad” es un camino sinuoso, opaco y difícil de seguir. En efecto, sin ánimos de contar el final de esta historia, valga como adelanto aclarar que resultó muy difícil hacer un seguimiento de las observaciones realizadas por la Entidad Fiscalizadora durante los períodos relevados. A esto nos referíamos cuando señalábamos que, sin el debido examen de responsabilidades, el control ciertamente se diluye.

Sin embargo, no por ello el trabajo que realiza la Auditoría podría considerarse en vano o inocuo. Todo lo contrario. Los informes que periódicamente publica el organismo desde su sitio web son un insumo de gran valor para todo aquel que quiera conocer cómo se ejecuta el presupuesto público y llegado el caso, podrían ser utilizados como herramientas que la ciudadanía podría emplear para llevar a cabo el llamado “control social”.

Capítulo I

Una radiografía del control externo en la Argentina. Estudio preliminar sobre el diseño institucional y el funcionamiento de la Auditoría General de la Nación

Fabiana H. Schafrik, Lilia Goday y
Ernesto Gómez Zamacola^{*}

I. Introducción

“Hay dos razones técnicas que coadyuvan a sostener la idea del control: una es el *control para el equilibrio*...La otra justificación, es la del *control para la responsabilidad*...”²

Nuestra Constitución Nacional adopta para el Estado argentino un sistema republicano de gobierno. La división del poder es un principio de organización política que asegura la imposibilidad de actuar arbitrariamente si existen poderes contrapuestos. Para concretar el equilibrio en un sistema de contrapesos, y evitar posibles abusos de facultades, es necesario un control recíproco, esto es lo que Montesquieu refiere con que *el poder detenga al poder*.

^{1 *} Los autores agradecen los aportes y la colaboración de María Belén Castagnini.

² Sagüés, N. P., “Aproximaciones a una teoría del control parlamentario sobre el Poder Ejecutivo”, E.D. 143-1991, pp. 881-889, en especial, la pág. 884.

La Auditoría General de la Nación se estableció como órgano de control de las cuentas públicas a través de la ley 24.156, consagrando su raigambre constitucional a través de la reforma de 1994. La incorporación del artículo 85 de la Constitución Nacional previó la necesidad de la sanción de una ley modificatoria de la Ley N° 24.156 que reglamentara de forma orgánica su creación y funcionamiento.

Sin embargo, el tiempo transcurrido desde su puesta en funcionamiento y la ausencia de inquietud legislativa que cumpliera con el mandato constitucional, nos obliga a analizar y proponer algunos cambios normativos que fortalezcan al organismo a partir de sus avances, fruto del trabajo de todos aquellos que han ocupado un lugar en la institución o que lo ocupan en la actualidad.

Asimismo, alcanzar un control efectivo requiere de una reglamentación que fortalezca la perspectiva de género en las finanzas públicas y la participación ciudadana como valiosos instrumentos en la construcción de una sociedad más igualitaria y transparente, y un gobierno responsable de su actuación y decisiones.

Por último, cabe destacar que el control de las cuentas públicas permite evaluar los esfuerzos estatales para cumplir con la Constitución.

II. El origen de la Auditoría General de la Nación como organismo de control público en la Argentina

La ley 24.156 de “Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional” (en adelante, LAF), entró en vigencia en el año 1993, poniendo en funcionamiento un nuevo órgano de control externo del presupuesto: la Auditoría General de la Nación, cuya creación implicó un cambio sustancial en el modelo de control que hasta ese momento había conocido nuestro país.

No son muchas las leyes que sobre administración financiera se dieron en el país, desde la organización nacional a nuestros días³. Cada

³ Desde el año 1853 a la actualidad se sancionaron seis leyes sobre administración financiera: 12, 217, 428, 12.961, decreto-ley 23.354/56 y la ley 24. 156. La ley 12 rigió desde 1853 a 1856, la segunda hasta el año 1870, la tercera hasta

una de las leyes que se sucedieron se mostraron como una superación o una adaptación al modo de concebir la actuación estatal de su antecesora. Sin embargo, entre el decreto-ley 23.554/56, plexo normativo denominado “Ley de Contabilidad”, y la ley 24.156 hubo un cambio significativo en el modo de entender el control de la actividad financiera estatal.

La ley de Contabilidad constituyó el Tribunal de Cuentas de la Nación como organismo de control público, el cual adscribía al modelo italiano de tribunal independiente con facultades jurisdiccionales por fuera del Poder Judicial. Dicho modelo de control es al que adhiere la mayor parte de las provincias argentinas en la actualidad y cuyos orígenes se remontan al Virreinato del Río de la Plata.⁴

Por otra parte, la Auditoría General de la Nación reconoce sus orígenes en un modelo anglosajón, caracterizado por ser un organismo unipersonal que se ubica en la órbita del Parlamento, en consecuencia no posee facultades jurisdiccionales.

Ambos modelos de órganos parten de un concepto diferente de control, por un lado el Tribunal de Cuentas realizaba un control preventivo, cuyo significado es comprobación o verificación seguida del análisis de la responsabilidad, de ahí sus facultades jurisdiccionales. En tanto que, la Auditoría General de la Nación realiza un control posterior, solo de comprobación o verificación otorgándole a otros órganos el examen de responsabilidad.

Entre las voces que se escucharon en un primer momento, ya producido el cambio de organismo, resuenan las del doctor Tomás HUTCHINSON en ocasión de las XIX Jornadas de Actualización doctri-

el año 1947, el decreto-ley 23.354 desde 1956 hasta 1992 inclusive y la 24.156 desde 1993 hasta el día de hoy. Para mayor detalle ver: Schafrik, F. H., capítulo IX: “La evolución legislativa del control del presupuesto a nivel nacional hasta la sanción de la ley 24.156”, en *La creación de la Auditoría General y su incidencia en el mejoramiento externo del presupuesto*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

⁴ Mariluz Urquijo, J. M., “El Tribunal Mayor y Audiencia Real de Cuentas de Buenos Aires”, *Separata de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año VI, Nro. 23, Buenos Aires, enero-abril, 1951.

naria de Tribunales de Cuentas⁵: *...añoramos al Tribunal de Cuentas de la Nación.*

En ocasión del tratamiento del proyecto de ley se realizó un debate doctrinal⁶ en el que Alberto Bianchi señaló que, a su criterio, había una ecuación ineludible que es la del control seguido de la responsabilidad, en el sentido de que si se controla es para verificar si ha habido responsabilidad. Consideraba para realizar esa reflexión que en el proyecto de ley 24156 los mecanismos de control habían sido *aflojados*.⁷ En esa ocasión, Guillermo Fernández Boan, dijo en este mismo sentido: *...va a existir algo que es peor que la falta de control: la ficción del control, la sensación de que se está controlando a la administración o la sensación de que es posible controlarla, cuando en la realidad el proyecto en análisis deja bastante maniatados a quienes deben ejercer el control, evitando que puedan ejercerlo eficazmente.*⁸

Estas opiniones, reflejan la sensación al momento del cambio de modelo del control en el nivel nacional del gran arraigo que en nuestro sistema institucional tuvo la institución del Tribunal de Cuentas. En ese momento, el doctor Luis J. Pérez Colman advirtió sobre los grandes riesgos de suprimir una institución tan afincada en la costumbre de nuestro país, como era el Tribunal de Cuentas, y en la supresión de las facultades de observación.⁹

No olvidemos que la principal función de la Auditoría General es realizar auditoría gubernamental, es por eso que para que el ciclo de control cierre, se requiere indefectiblemente de otros actores que coad-

⁵ Desarrolladas en la provincia de Catamarca entre los días 13, 14 y 15 de 2006.

⁶ “Proyecto de ley de Administración financiera y control de gestión del sector público”, *Revista de la Administración Pública*, Año 13, N° 155, Agosto 1991. En esa edición se publicó la mesa redonda que se desarrolló el 14 de junio de 1991 en el Consejo Profesional de Ciencias Económicas. En ocasión de la *Mesa redonda sobre el proyecto de ley de administración y control de gestión del sector público nacional* en la que expusieron Pedro Aberastury, Adolfo Atchabaian, Alberto Bianchi, José V. Blarduni, Guillermo Fernández Boan y Luis J. Pérez Colmán. La mesa estuvo coordinada por Guido Santiago Tawil y Salvador Marronetti (pp. 16-44).

⁷ *Revista de la Administración Pública*, Año 13, N° 155, agosto 1991, pág. 20.

⁸ *Revista de la Administración Pública*, Año 13, N° 155, agosto 1991, pág. 27.

⁹ *Revista de la Administración Pública*, Año 13, N° 155, agosto 1991, pp. 35-40.

yuyen a completar el ciclo con el examen de los distintos tipos de responsabilidad. Sin ese análisis posterior, el control se debilita, se diluye y se corre el riesgo de que la advertencia de Fernández Boan de que se genere la ficción de control.

Tal como se adelantó y se hará énfasis más adelante, el modelo de control que introdujo la Auditoría General de la Nación implicó escindir la auditoría gubernamental del examen de responsabilidad y ello alteró el fin del control ya que como acertadamente señala Hutchinson *el control no es un control en abstracto; el control se ejerce en busca de lograr la responsabilidad. Hay una ecuación que se forma con dos términos: control más responsabilidad, o control seguido de responsabilidad. Si controlo es para verificar si ha habido responsabilidad y si la ha habido hay un responsable que debe castigarse.*¹⁰

Asimismo, cabe resaltar que en la actualidad, existen otros organismos que también tienen asignadas función de control que conviven con la Auditoría General de la Nación, como el control interno a cargo de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), la Defensoría del Pueblo de la Nación, la Oficina Anticorrupción dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Ministerio Público de la Nación; ello, sin desconocer las funciones de otros organismos que pueden entenderse vinculadas con la tarea de control.

Ahora bien, la falta de coordinación entre los organismos mencionados genera que el circuito de responsabilidad se diluya o se genere, pese al control, una situación de omisión de responsabilidad y ello atenta, en cierta medida, contra la Constitución ya que ella, en palabras de Bianchi, garantiza el control.¹¹

¹⁰ Hutchinson, T., “La cuenta de inversión y el control luego de la ley 24.156” en *La Cuenta de Inversión*, Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, Buenos Aires, Dunken, 2005, pp. 112-113.

¹¹ *Revista de la Administración Pública*, Año 13, N° 155, agosto 1991, pág. 20.

III. Constitucionalización de la Auditoría General de la Nación como órgano de control nacional

A poco tiempo de ponerse en funcionamiento la Auditoría General de la Nación, en el año 1994 se sancionó en nuestro país la reforma parcial de la Constitución Nacional. Dentro de los objetivos que persiguió la reforma se puede señalar la atenuación del hiperpresidencialismo y el fortalecimiento del rol del Congreso Nacional. Así, a través del artículo 85, se introdujo por primera vez dentro de la Ley Fundamental de la Nación al órgano que desarrollaría una de las tareas más importantes en un sistema republicano de gobierno: el control de las cuentas públicas.

El artículo 85 de la Constitución Nacional determina que la Auditoría General de la Nación es un organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, el cual debe integrarse del modo que estableciera la ley que reglamentaría su creación y funcionamiento. Resulta paradójico que los constituyentes pusieran en cabeza del Congreso Nacional la importante tarea de dictar una ley nacional que reglamentara la creación y funcionamiento del órgano encargado del control de las cuentas públicas, pero que al momento de publicarse estas reflexiones, no se haya sancionado un texto legal que adecue las normas de la ley 24.156 a la Constitución Nacional y, menos aún, que pretenda recoger la experiencia de tantos años de funcionamiento del organismo.

Dentro de los principales conflictos que se han suscitado a lo largo del tiempo, para los cuales no se establecieron hasta el momento soluciones legislativas podemos mencionar a modo enunciativo: la mayoría necesaria para la aprobación de la ley complementaria, la necesidad de dotar con mayor independencia de obrar a la Auditoría General, determinar los ámbitos en los que despliega la intervención del Congreso Nacional, el modo de designar a los Auditores Generales y la correcta representación de las minorías, la publicidad de todos sus actos, la fuerza vinculante de sus dictámenes, la colaboración de los organismos auditados con la documentación necesaria para cumplir sus tareas, un correcto proceso para su intervención necesaria en el dictamen de la Cuenta de Inversión, su legitimación activa para accionar, su interrelación con organizaciones de la sociedad civil y de la ciudadanía en general.

Por otra parte, consideramos importante destacar la necesidad de incorporar perspectiva de género en todo el ciclo presupuestario, incluida la etapa del control de las cuentas públicas del Estado, como herramienta para dotar de datos y transparencia el ciclo presupuestario. Dicho enfoque en la modificación de la ley 24.156 permitirá evaluar y mejorar la eficiencia del gasto público en relación con aquellas políticas públicas destinadas a reducir las brechas de desigualdad y alcanzar la deseada equidad de género.

Asimismo, no se puede soslayar que un adecuado funcionamiento del sistema de control de cuentas públicas se convierte en una herramienta imprescindible para que el correcto direccionamiento de los recursos públicos redunde en el cumplimiento de los derechos humanos y de las instituciones constitucionales.

Llegados a este punto, se pretende analizar cada una de las propuestas de modificación de la ley 24.156.

IV. 1. Mayoría necesaria para la aprobación de la ley complementaria

El primer problema que se presenta para la aprobación de la ley complementaria sobre el control externo del presupuesto es la mayoría necesaria.

En este sentido, el texto del artículo 85 de la Ley Fundamental dispone: *Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara.*

Fueron muchas las instituciones que el convencional nacional constituyente derivó para su reglamentación a la legislación; aunque no todas con las mismas mayorías para su votación.¹²

¹² En algunos casos habló de una ley especial sin fijar ninguna mayoría (artículos 36, 42, 86 y 120 de la Constitución nacional), en otros introdujo como requisito para su votación a la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara (artículos 40, 75 inciso 3°, 99 inciso 3 y 114 de la Constitución Nacional), en tanto que para la sanción de la ley complementaria a la Auditoría

La falta de aclaración de la norma, en estos casos, a que la mayoría absoluta está referida a la *totalidad* de los miembros de cada Cámara permite interpretarla en el sentido de considerar que ella alude a los miembros presentes; puesto que cuando la Ley Fundamental ha querido significar una mayoría agravada lo ha hecho expresamente.

La referencia *expresa* que en el texto constitucional se hace de la *totalidad* de los miembros de cada Cámara permite inferir que el convencional nacional constituyente se ha hecho eco de los problemas del pasado¹³, y cuando ha querido aplicar tal mayoría lo hizo explícito y cuando no, omitió tal aclaración. Lo dicho en este párrafo es una aplicación del principio que reza: *la inconsistencia o la falta de previsión del legislador no se suponen*.¹⁴

Sin embargo, se observa que es el único caso en el texto reformado en el que el convencional nacional constituyente, al plantear la necesidad de la aprobación de una ley especial por la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara, no especifica si se refiere a los miembros totales o presentes.

Además, sería redundante en los casos en los que no se requiere de una mayoría diferente que la que fijan los Reglamentos de funcionamiento de ambas Cámaras que conforman el Poder Legislativo de la Nación¹⁵, que la norma constitucional reitera lo que dice su Reglamento.

General de la Nación se limitó a señalar que su aprobación se obtendría de reunirse la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara.

¹³ Nos referimos o a los problemas que trajo aparejada durante la convención constituyente de 1949, la interpretación del artículo 30 de la Constitución Nacional cuando menciona en su texto que “la necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos de sus miembros...”, sin aclarar si se refiere a los miembros totales o presentes.

¹⁴ Dictamen del Procurador General de la Nación *in re* “Fisco Nacional c/ Pemihual S.R.L. s/ejecución fiscal” del 18 de septiembre de 2002, en cita de Fallos: 306:721; 307:518 y 993; 313:1293; 315:2668; 316:1927.

¹⁵ El artículo 16 del Reglamento de funcionamiento de la Cámara de Senadores de la Nación dispone que la mayoría absoluta del número total de senadores hace cámara, es decir la mitad más uno sobre el total de los setenta y dos senadores que prevé la Constitución. Al momento de la votación debe atenderse a lo dispuesto en el Título XIV “Discusión en Sesión”, Título XVI “Disposiciones Generales sobre la sesión y la discusión” y al Título XVIII que trata lo atinente a la votación. En líneas generales, el artículo 209 del Reglamento dispone que el

Puede entenderse entonces que, al referir a la mayoría absoluta de los miembros de ambas Cámaras, quiso significar miembros totales y no presentes, dándole, de este modo, la misma interpretación que cabe darle al artículo 30 de la Constitución.

Esta conclusión es coherente con la importancia institucional que tiene la reglamentación del funcionamiento del órgano llamado a ejercer el control externo del presupuesto nacional.

Esta es la posición doctrinal de Miguel Ángel Benedetti, María de las Nieves Cenicacelaya y Humberto Quiroga Lavié que consideran que la mayoría necesaria para la sanción de la ley complementaria de la Auditoría General de la Nación es una mayoría agravada implícita; la norma, a su criterio, infiere que la mayoría es sobre los miembros totales de cada Cámara por más que la norma silencie al respecto.¹⁶

IV. 2. Mayor independencia de obrar de la Auditoría General de la Nación de la intervención del Poder Legislativo Nacional

El artículo 116 de la Ley N° 24.156 concibe a la Auditoría General de la Nación como una entidad *con personería jurídica propia e independencia funcional*. Asegura, a su vez, su *independencia financiera*. En tanto que, el artículo 85 de la Constitución nacional le otorga *autonomía funcional*.

voto de la mayoría absoluta de los senadores presentes, en quórum legal, hace decisión, salvo los casos en que la Constitución u otra norma exija mayorías especiales o bases diferentes para su cómputo. El artículo 15 del Reglamento de la Cámara de Diputados dispone que para formar quórum legal se necesita la mayoría absoluta de los miembros presentes, entendiéndose por tal cuando los miembros presentes superen los ausentes. Aquí el cálculo se realiza sobre 257 diputados nacionales. En el capítulo XXI, artículo 194 se establece que las resoluciones son tomadas por el Congreso por mayoría absoluta de los votos emitidos, salvo que el Reglamento o la Constitución disponga de una mayoría determinada.

¹⁶ *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2001, pág. 1045.

La Auditoría General de la Nación es un organismo vinculado por mandato constitucional con el Poder Legislativo, sin embargo ello no debe suponer su dependencia. Si bien, una independencia absoluta respecto a los demás órganos estatales es imposible, por estar inserta en la totalidad estatal, las Entidades Fiscalizadoras Superiores deben gozar de la independencia funcional y organizativa para el cumplimiento de sus funciones, tal como lo enuncia la Declaración de Lima de 1977, en ocasión del IX Congreso de Intosai.¹⁷

En este sentido, el artículo 8º de la referida Declaración dispone: “La independencia otorgada a las Entidades Fiscalizadoras Superiores por la Constitución y la Ley, les garantiza un máximo de iniciativa y responsabilidad, aun cuando actúen como órganos del Parlamento y ejerzan el control por encargo de este. La Constitución debe regular las relaciones entre la Entidad Fiscalizadora Superior y el Parlamento, de acuerdo con las circunstancias y necesidades de cada país”.¹⁸

Por ello, es necesario establecer disposiciones que fortalezcan el organismo y establezcan de forma detallada el alcance de su autonomía en el orden financiero, organizativo y funcional, teniendo presente los postulados trazados por la normativa de creación del organismo.

Si bien se enuncia que no existe una relación de dependencia con el Congreso Nacional, el artículo 116 de la Ley N° 24.156 dispone los

¹⁷ La INTOSAI (*Internacional Organization of Supreme Audit Institutions*) se fundó en 1953 y ha pasado de los 34 países iniciales a contar con ciento ochenta y nueve Entidades Fiscalizadoras Superiores miembros de pleno derecho y tres miembros asociados. La Declaración de Lima sobre Pautas acerca de los Preceptos de Fiscalización, aprobada en el noveno congreso internacional y calificada de Carta Magna de la auditoría gubernamental, sirve de marco filosófico y conceptual para el trabajo de la INTOSAI. Los Estatutos de la INTOSAI, revisados y aprobados por unanimidad en el congreso de Washington en 1992, son la carta que rige la organización y describen la estructura, los miembros, el mandato y las normas de la INTOSAI. Sus Congresos se denominan INCOSAI. En ocasión del XIX Congreso de la INTOSAI, celebrado en la Ciudad de México en noviembre de 2007 se aprobó una modificación a los Estatutos respecto de los miembros asociados (extractado de la sinopsis en español de la página <www.intosai.org> [citado en 14/05/09]).

¹⁸ Esta postura ha sido reforzada en los diferentes principios plasmados en la Declaración de México sobre Independencia, dada en ocasión del XIX Congreso de la INTOSAI en noviembre de 2007.

ámbitos en que se despliega su intervención. En este sentido, establece que las modificaciones a la estructura orgánica, normas básicas internas, distribución de funciones y sus reglas básicas de funcionamiento se aprueban por resoluciones conjuntas de las Comisiones Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras, a propuesta del órgano de control externo.

A propuesta de los Auditores en Colegio, estas comisiones fijan a la Auditoría General su programa de acción anual, situación que también resta independencia funcional al órgano de control (artículos 118, 125 inciso a) y 129 inciso a) de la Ley N° 24.156). Sería deseable que el organismo se dé su propio plan de acción y sume a ello las investigaciones que considere necesarias todo el cuerpo legislativo.

Por su parte, de los artículos 125 inciso a) y 129 inciso b) de ley se desprende que la Auditoría General de la Nación en *colegio* propone el proyecto de presupuesto anual de la entidad que debe ser presentado ante la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas para su análisis. Luego el proyecto se remite al Poder Ejecutivo Nacional para su incorporación en el Presupuesto anual.

Este es, sin lugar a dudas, un punto sensible y que hace a la independencia funcional del órgano de control. Sin pretender sustraer el proyecto de presupuesto de la Auditoría General de los mecanismos legales y constitucionales vigentes previstos para el tratamiento de la ley de presupuesto general, se considera que deben darse las garantías mínimas para que el mentado órgano de control cuente con los recursos suficientes para el desarrollo de las funciones encomendadas. Ello por cuanto los recursos que se asignen al organismo deben estar en línea con el plan de acción anual.

Sobre el particular, la Declaración de Lima señala en el artículo 7° que la independencia financiera de las Entidades Fiscalizadoras Superiores implica: poner a disposición de las Entidades Fiscalizadoras Superiores los medios financieros necesarios para el cumplimiento de las funciones que les incumben; solicitar directamente al organismo encargado del presupuesto estatal los medios financieros que estime necesarios y la consiguiente responsabilidad de las referidas Entidades sobre los fondos que se le pongan a consideración.

Más allá de lo hasta aquí señalado, cabe destacar prácticas de funcionamiento del organismo que buscaron dinamizar y hacer efectiva la autonomía. Tal como lo precisó el ex presidente del organismo,

Leandro Despouy¹⁹, se han llevado a cabo modificaciones en su estructura orgánica y en sus normas de funcionamiento sin recurrir a la autorización de las tres Comisiones, como la fijación de su Plan de Acción y ejecución aun cuando la CPMRC no lo había aprobado formalmente.

De igual manera, resulta necesario plasmar normativamente los avances desarrollados en la práctica del organismo, para consolidarlas y hacerlas exigibles.

IV. 3. El modo de designar a los Auditores Generales y la necesaria representación de las minorías

En la actualidad, la designación de seis de los siete Auditores Generales se realiza por resoluciones de ambas cámaras del Congreso Nacional. Tres por la Cámara de Diputados y tres por la Cámara de Senadores. No se exige para ello mayorías rígidas (artículo 122 de la Ley N° 24.156). En tanto, la ley señala que su Presidente es elegido por resolución conjunta de los Presidentes de ambas Cámaras (artículo 123 de la Ley N° 24.156). A ello debe sumarse que, desde la sanción de la Constitución nacional, el artículo 85 impone que el Presidente del órgano de control sea designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Sería deseable que a los efectos de escuchar la voz de las minorías la designación de los Auditores Generales se realice por mayorías agravadas, modificación que refuerza los valores democráticos de nuestro Estado.

De esta forma, podría evitarse –de coincidir las mayorías parlamentarias con el color político del gobierno– que la designación recaiga en personas que cuenten con el apoyo del sector más importante al que va destinado el control: el propio Poder Ejecutivo Nacional.

El riesgo que se corre de concretarse esta hipótesis es que las personas designadas sean permeables a la voluntad gubernamental y

¹⁹ Despouy, L., “El control externo en la Constitución Nacional”, en Sabsay, D. (director) y Manili, P.L. (coord.). *Constitución de la Nación Argentina y sus normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo 3, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

que la mal entendida *lealtad parlamentaria* tiña las decisiones que deban tomar los Auditores en Colegio. Ello neutralizaría la oposición que pudiera sostener el Presidente del organismo y perdería valor el fin tenido en miras por el convencional nacional constituyente cuando reservó la presidencia del organismo al partido político de la oposición con mayor número de legisladores en el Congreso nacional.

Una mayoría agravada, como ser la de dos tercios de los miembros totales, busca el consenso entre las distintas fuerzas políticas, lo que favorece la búsqueda y designación de candidatos neutrales y difícilmente influenciados. Este mecanismo permite a la oposición hacer valer su fuerza y sus votos en la designación. En cambio, bajar las mayorías para la designación de los miembros del órgano de control externo permitiría que el partido mayoritario (o la coalición mayoritaria) que sustenta al Gobierno pueda intervenir con excesivo peso en la elección del candidato.²⁰

El marco descrito podría llevarnos a cuestionar el sistema en cuanto a su viabilidad como organismo colegiado.²¹ No debe olvidarse que los Auditores en Colegio adoptan sus decisiones por mayoría y que el Presidente no tiene doble voto en ningún caso; es uno más al momento de tomar las decisiones.

²⁰ Lozano Miralles, J., “Configuración e independencia de los órganos de control externo. Un análisis comparado”, Madrid, Civitas, 1996, página 82.

²¹ En el Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional 632 del 12 de abril de 1991, y que luego se convirtió en Ley N° 24.156, se propuso la creación de la Contraloría General de la Nación como un organismo unipersonal, que sería asistido por tres subcontroladores (artículos 124 y 128 del proyecto del Poder Ejecutivo Nacional). Esta conformación se mantuvo en el dictamen de la mayoría puesto a tratamiento en la Cámara de Diputados, pero bajo la denominación de Auditoría General de la Nación (artículos 125 y 127). En la aprobación de la Cámara baja se dejaba a cargo de la Auditoría y Contraloría General de la Nación a un auditor y un controlador (artículo 125 y 127). La conformación colegiada fue introducida en el dictamen del Senado (artículo 121). Esta conformación se mantuvo en el dictamen de la mayoría puesto a tratamiento en la Cámara de Diputados, pero bajo la denominación de Auditoría General de la Nación (artículos 125 y 127). En la aprobación de la Cámara baja se dejaba a cargo de la Auditoría y Contraloría General de la Nación a un auditor y un controlador (artículo 125 y 127). La conformación colegiada fue introducida en el dictamen del Senado (artículo 121).

En este punto resulta sumamente importante acompañar el agravamiento de las mayorías para la elección de los Auditores de la necesaria acreditación de su idoneidad en temas vinculados al control al momento de ser propuestos como candidatos. Su designación por mayorías agravadas no garantiza, de por sí, la independencia del cuerpo; es la idoneidad para el ejercicio de la función el camino para lograr la independencia.

Lo dicho hasta aquí no intenta desconocer que la gran mayoría de los auditores que formaron parte del órgano de control tenían acabada idoneidad para el cumplimiento de sus tareas, pero la falta de regulación en la materia posibilita que la política partidaria intente invadir sectores en los que la idoneidad es el ingrediente fundamental para garantizar la independencia del órgano de control.

IV. 4. Publicidad de los informes

El artículo 119, segundo párrafo inciso f) de la Ley N° 24.156 dispone que deberá darse a publicidad todo el material que compone su memoria, con excepción de aquel que, por decisión de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, deba permanecer reservado.²²

No debe olvidarse que uno de los valores de nuestra reforma constitucional es la publicidad de los actos de gobierno, resultando evidente la relación existente entre publicidad de los actos y transparencia en la gestión.

Tampoco está previsto legalmente el destino que tendrán los actos que la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas considere reservados.

La publicidad de todos sus informes inmediatamente después de ser puestos en conocimiento de la CPMRC, es otra de las prácticas que

²² Esta restricción a la publicidad de los actos fue introducida a instancias de la Cámara de Senadores durante el tratamiento del proyecto de ley y va en desmedro del derecho de la ciudadanía a conocer el manejo de los fondos públicos. Este tema fue analizado por Cardon, R. C. A. en *Estudios sobre Tribunales de Cuentas y de Control Público*, Salta, Imprenta de la Legislatura, 1996, pág. 257.

ha adoptado la Auditoría General de la Nación, pudiendo ser consultados a través de su página web oficial, razón por la cual sería deseable que se la consagre en forma expresa en la ley.²³

IV.5. Un circuito de control inconcluso y la falta de poder vinculante de los informes de Auditoría

Uno de los mayores problemas que se presentan en la actualidad, y del que hemos sido testigos durante el desarrollo del Proyecto de Investigación que formamos parte “Un ciclo de control presupuestario que asegure el examen de responsabilidades que se pudieran detectar a partir de la labor de la AGN”²⁴, es que los informes de la Auditoría General de la Nación no siguen un circuito administrativo determinado.

La Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas es la que tiene a su cargo dictaminar sobre la base de los informes de la Auditoría General. Su actividad es preparatoria de la voluntad política que, en última instancia, desplegará el Congreso Nacional. Sus funciones están básicamente regladas por las Leyes N° 23.847 y N° 24.156.

Como consecuencia de ello se observa, en la práctica, que no todos los temas que somete a su consideración la Auditoría General de la Nación son tratados por la Comisión bicameral; en otros casos, la propuesta de alguna solución, para las irregularidades detectadas por la Auditoría General de la Nación, debe esperar bastante tiempo para la emisión del dictamen²⁵ (que constituye un requisito importante para que los legisladores puedan tratar el tema en el recinto).

²³ La Ley N° 24.156 es más amplia al tratar el destino de los informes de los Síndicos Generales. En efecto, el artículo 107 de la ley dispone que la Sindicatura General de la Nación deberá informar: a) al Presidente de la Nación; b) a la Auditoría General de la Nación, y c) a la opinión pública en forma periódica.

²⁴ Proyecto DECyT n° 1831, 2018-2020, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

²⁵ Sobre el estado actual del funcionamiento del control externo presupuestario se recomienda la lectura de la interesante investigación realizada por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), “En busca del control perdido IV”, agosto de 2008.

La falta de respuesta en tiempo oportuno a las observaciones vertidas en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación deslucen la actividad del organismo; el problema es más profundo y se vincula con la carencia o insuficiencia de herramientas para que los organismos auditados cumplan con las recomendaciones efectuadas y/o para evaluar la eventual responsabilidad que le pueda haber a quien ha mal manejado fondos públicos.

El circuito de control en la actualidad aparece como inconcluso. Cuando se leen las memorias de órganos de control como el inglés o el canadiense, se percibe como cierra el ciclo que cumple el control hasta que el organismo auditado adapta su accionar a las conclusiones de la auditoría.

En este punto quisiéramos hacer mención a algunas conclusiones a las que hemos llegado en el desarrollo del referido proyecto de investigación detectado los graves problemas que genera la ausencia de un circuito de control completo y ordenado.

Cabe señalar, que resultó muy difícil hacer un seguimiento sistematizado del actuar posterior de las entidades auditadas luego de la emisión de recomendaciones y/o observaciones por parte de la AGN, dado que esos datos no se encuentran accesibles de manera directa, sino que se proporcionan a requerimiento expreso, con la necesaria articulación de la Agencia de Acceso a la Información Pública. Hemos solicitado información pública tanto a jefatura de gabinete, a la Comisión Mixta Revisora de Cuentas y a los organismos auditados, obteniendo escasos resultados.

Esta cuestión abre un interrogante, que apunta a la necesidad de favorecer el desarrollo de herramientas informáticas que simplifiquen los procesos de búsqueda de esta información, para garantizar la transparencia en todas las etapas del control.

Asimismo, la necesidad de un circuito claro sobre el desarrollo posterior a la emisión de los informes, ya que el vacío legislativo en este punto debilita un efectivo control.

A modo ilustrativo, señalamos solo algunas respuestas que hemos recibido que denotan dicha problemática. Por un lado, la jefatura de gabinete de Ministros el 28 de febrero de 2020, manifestó que (...) *atento a que la información solicitada constituye materia de competencia de la Auditoría General de la Nación (AGN), hemos procedido a remitir*

*su requerimiento a dicho organismo para su oportuna intervención y contestación.*²⁶

Por otro lado, y solo a modo de ejemplo, la Dirección Nacional de Desarrollo de Políticas Públicas en el marco de la solicitud de Acceso a la Información Pública, acerca del seguimiento y posterior curso de acción de lo auditado mediante los informes elaborados por la Auditoría General de la Nación n° 118/10, 38/13 y 41/13 en relación con la Dirección de SIDA y Enfermedades de Transmisión Sexual, manifestó que (...) *no corresponde expedirse sobre lo solicitado, toda vez que recae en la Auditoría General de la Nación verificar el cumplimiento de sus propias recomendaciones.*²⁷

Finalmente, la AGN a través de la nota n° 335/2020, informó que la subsanación de las observaciones es responsabilidad del auditado.

Esta situación se agrava si tenemos en cuenta que los informes de auditoría que emite la Auditoría General de la Nación no son vinculantes para el Congreso Nacional²⁸, menos aún para los organismos auditados.

En efecto, otro de los datos que arroja la investigación es elocuente al respecto: del relevamiento de los 104 informes que seleccionamos surge que las entidades habrían tenido en cuenta lo señalado por la AGN tan solo en un 38.5 % de los casos. De los restantes, es posible inferir que un 45.15 % habría hecho caso omiso a sus observaciones; mientras que el otro 16.35 % no brindó ningún tipo de respuesta sobre

²⁶ Nota NO-2020-13359459-APN-UGA#JGM en respuesta al pedido de información pública, EX-2020-12842152.

²⁷ EX-2020-42495736.

²⁸ Quiroga Lavié, H. en su actualización de *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)* de González, Joaquín V., La Ley, 2001, pág. 716. Mertehikian, E., *Reflexiones acerca de la Administración Financiera y los sistemas de Control del Sector Público nacional*, Comentarios a *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión. Normas de aplicación complementarias y de procedimientos*, 11^a edición, Buenos Aires, R.A.P., octubre 2005, pp. 22-29. Del mismo autor, "Algunas consideraciones jurídicas acerca del control parlamentario del sector público nacional", en la obra colectiva en homenaje al profesor Miguel Santiago Marienhoff *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 419-430.

el seguimiento y posterior curso de acción de lo recomendado por el organismo de control.

Ante la referida situación se plantean los siguientes interrogantes ¿cómo realizar un efectivo control sin un circuito definido y ante la falta de obligatoriedad para los organismos auditados o posibles consecuencias? ¿Resulta posible asignar funciones a la Auditoría General de la Nación que resulten extrañas a su naturaleza no jurisdiccional?

Analizando las soluciones previstas en otros países, podemos mencionar la Contraloría de Costa Rica, en la que sus dictámenes son vinculantes pero el organismo auditado puede ejercer su derecho de defensa frente a los actos que emite la entidad fiscalizadora superior.²⁹ En nuestro medio, exportar esta cláusula puede ser entendida como violatoria del principio de división de poderes.

En una monarquía parlamentaria, como es la inglesa, el Parlamento llama a su recinto a dar explicaciones al responsable de la oficina en las que se detectaron las irregularidades y, por convención, el gobierno da cuentas al órgano legislativo de las acciones realizadas para revertir la observación realizada.

Este modo de compeler al cumplimiento de las recomendaciones del órgano de control externo en un sistema presidencialista podría ser observado como una intromisión del Poder Legislativo en la gestión de gobierno del Poder Ejecutivo.

Las recomendaciones que realiza la Auditoría General de la Nación son un valioso aporte para el mejoramiento de la gestión del Estado que debe ser atendida por los auditados en beneficio del conjunto de la sociedad. De otro modo, la labor de nuestro órgano de control nacional caería en saco roto.

²⁹ En ocasión de las Primeras Jornadas sobre el Control Público en la República Argentina, realizadas entre el 3 al 5 de diciembre de 2002, se elogiaron las atribuciones de la Contraloría de la República de Costa Rica en esta materia. En efecto, el artículo 29 de su ley Orgánica dispone: “los dictámenes de la Contraloría General de la República, serán vinculantes e impugnables como tales, como si fueran actos administrativos definitivos, cuando en el ámbito de su competencia sean respuesta a los sujetos pasivos”. Ley 7428 del 26 de agosto de 1994 y sus modificaciones, consultada en la página web de la Contraloría: <www.cgr.go.cr> [citada en 22/05/09].

El tema planteado es de difícil solución. Miriam Ivanega sustenta la obligatoriedad de los dictámenes en la existencia misma del Estado de Derecho.³⁰

Emilia Lerner aconseja que el Congreso Nacional establezca algún sistema de premios o castigos en la asignación presupuestaria, en función de los esfuerzos de los organismos en mejorar su gestión. En apoyo a su propuesta señala la ex Auditora General de la Nación que en Estados Unidos no se aprueban ampliaciones presupuestarias de las agencias sin un informe de gestión de la Government Accountability Office (GAO).³¹

IV.6. Colaboración de los organismos auditados con la documentación necesaria para el cumplimiento de sus tareas

Si bien el artículo 119 inciso b) de la Ley N° 24.156 dispone que la Auditoría General de la Nación puede exigir la colaboración de todas las entidades del sector público que están obligadas a suministrar datos, no se ha previsto ninguna consecuencia normativa en el supuesto de que el organismo no colabore con el órgano de control.

La realidad da muestras de las dificultades que tiene el organismo de control externo del presupuesto para lograr la colaboración de los distintos organismos a los que alcanza su función, motivando a que en algunos casos la AGN tuviera que recurrir a la justicia a fin de concretar la colaboración de los órganos remisos a suministrarla.³²

³⁰ Ivanega, M., *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Buenos Aires, Depalma, 2003, pág. 87.

³¹ Lerner, E. R., “Organismos de control externo. Condiciones para las auditorías de gestión. Condiciones para las Auditorías de gestión. Un análisis comparado entre EE. UU. y Argentina”, *Revista de la Asociación Argentina de Presupuesto* N° 40, octubre 2005. Publicada en la web en <www.asap.org.ar> en el link publicaciones (revistas), [citada el 25/07/06], pág. 26.

³² En este punto, cabe señalar el precedente “Auditoría General de la Nación c/EN-M. de planificación- ST s/amparo por mora”, que tramitó en el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal n° 11, en donde le fue reconocida la legitimación activa de la AGN para actuar en juicio para requerir información

Dentro de los casos más reconocidos, podemos recordar el conflicto suscitado en el año 2018 entre la Auditoría General de la Nación y la Oficina Anticorrupción, por la incorporación en el Plan Operativo Anual aprobado por la CPMRC, la auditoría de gestión de la mencionada oficina, la cual hasta ese momento solo había sido auditada por la Sindicatura General de la Nación, como órgano encargado del control interno.

En este marco, la AGN solicitó cierta información a través de la nota n° 109/18 - RCSCSNF, en ella se destaca el listado de manuales de procedimientos o de guías de trabajo en uso, detallando el tema y el contenido respectivo, el listado de denuncias presentadas ante la justicia, el listado de denuncias recibidas por el Organismo y el estado actual de aquellas desde el 1° de enero de 2016 hasta el 30 de abril de 2018.

Sin embargo, la Oficina Anticorrupción no cumplió con la puesta a disposición de toda la documentación solicitada, y requirió que previamente se defina el objeto, objetivos, alcance, criterios, procedimientos de la auditoría y los resultados que se esperaban alcanzar. En este contexto, la AGN interpuso una acción de amparo por mora ante la justicia para solicitar la información necesaria para realizar la auditoría.

Por su parte, el juez de primera instancia del Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6 hizo lugar a la acción instada por la AGN, en los autos “Auditoría General de la Nación c. EN - M Justicia - Oficina Anticorrupción s/ Amparo por mora”. Para así decidir, sostuvo que la información requerida por la Auditoría General de la Nación resultaba relevante a fin de llevar a cabo la labor de control externo del sector público y, asimismo, ponderó, que su denegación importaba restringir la manda constitucional que le correspondía ejercer, respecto al examen de legalidad y de gestión de los organismos bajo su control. Además, precisó que esa información no podía estar sujeta a condicionamiento alguno por parte del organismo auditado, y que la reticencia en suministrarla, obstruía el desenvol-

pública. Asimismo, el precedente dictado por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo Federal, en autos “AGN c/EN-SIGEN (dto. 1172/03) s/amparo por mora”, en donde se expidió ante la solicitud de la AGN a la Sindicatura General de la Nación para que se le remita la totalidad de informes emitidos durante el ejercicio 2009.

vimiento de las tareas de auditoría constitucionalmente otorgadas al órgano de control, más aún teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el primer requerimiento.

Posteriormente, la Sala III de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, el 7 de noviembre de 2019, rechazó la apelación interpuesta por la Oficina Anticorrupción señalando que (...) *en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible (...)*.

Finalmente, tras una nueva nota enviada por las autoridades de la AGN, la Oficina informó el 19 de junio de 2020 que prestaría total colaboración con los auditores.

IV.7. Momento en que se despliega el control presupuestario

Durante el 2020, año marcado por el inicio de una grave crisis sanitaria, económica y social, uno de los debates en el que se centró la labor de la Auditoría General de la Nación es el momento en el que despliega el control presupuestario.

Esta situación quedó de manifiesto en el marco de la solicitud por parte de la Organización de la Sociedad Civil “Poder Ciudadano” a la AGN que establezca en su Plan de Auditorías, la realización de Auditorías Financieras y de Gestión de todas las contrataciones públicas realizadas en el marco de la pandemia.³³

Dicho requerimiento, hizo reanudar aquellos debates respecto a la eficacia del control posterior o, ante qué instancia podría autorizarse un control anterior por parte de la AGN.

Recordemos que la Ley de Contabilidad eligió el control previo como momento de realizar la actividad de control a cargo del ex - Tribunal de Cuentas de la Nación. Los debates parlamentarios de la ley 24.156 y las

³³ Para mayor información, recomendamos la visita del sitio <https://poder-ciudadano.org/poder-ciudadano-le-solicito-a-la-auditoria-general-de-la-nacion-que-efectue-controles-sobre-las-compras-publicas-covid-19/>.

posiciones doctrinarias dan cuenta de las críticas desplegadas en torno a la intervención previa del Tribunal de Cuentas.

Entre las críticas a la intervención previa se ha dicho: que implica una suerte de co-gestión del órgano de control en los actos del gobierno; que se demora la marcha de la gestión del poder administrador; que es un modelo de control obsoleto; y que veda al órgano de control que intervino previamente de verificar posteriormente cualquier irregularidad, puesto que su intervención previa lo convertía en una suerte de cómplice de aquella.

La Ley N° 24.156 ha elegido como momento en que la Auditoría General de la Nación desarrollará su actividad de control, el posterior. Esta elección –que en oportunidad de su consagración legislativa se consideró acorde a los tiempos modernos– no ha dejado de ser criticada. Se ha llegado a señalar que la Auditoría General de la Nación tiene que auditar “en tiempo real”, se dijo que “los informes de auditoría envejecían antes de ser tomados en cuenta” y que la tarea de los auditores no debería ser una “autopsia”.³⁴

Por su parte, Pedro Aberastury señaló: *...si bien es importante el control ex post facto de los órganos de gobierno, este siempre se transformará en tardío y jamás se podrá paralizar o enervar un acto ilegítimo que genere un perjuicio al Estado Nacional. Es evidente que el control posterior con amplias facultades, si bien es útil, deviene tardío precisamente por falta de control interno...*³⁵

Como se puede observar, todo mecanismo de control tiene sus ventajas y sus desventajas y no existe un modelo de contralor que garantice el éxito.

³⁴ Palabras de Leandro Despouy a modo de síntesis de las Jornadas sobre El Control Público en la República Argentina, organizadas por la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de las Administración Nacional y la Auditoría General de la Nación. Auspiciada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Buenos Aires 3, 4 y 5 de diciembre de 2002 en el Congreso de la Nación, en línea, <www.AuditoríaGeneraldeLaNación.gov.ar> en el link opiniones del presidente. [citado el 14/07/06]. V. “El control público en la Argentina. Jornadas 2002”, Buenos Aires, 2003, pág. 14.

³⁵ Aberastury, P., *El control de legalidad en el anteproyecto de ley de administración financiera y control de gestión del sector público nacional*, La Ley, T. 1991-D, Sección Doctrina, pp. 1278-1283 (la cita se extractó de la. pág. 1281).

No se debe olvidar que durante el tratamiento de la incorporación del órgano de control en la Constitución Nacional se previó como posibilidad que la ley complementaria de la reforma contemplara el control previo para situaciones de gran trascendencia, ya sea por su magnitud económica o por su impacto social.³⁶

De la experiencia del desarrollo del control puede avizorarse que, sin perjuicio de las bondades de la intervención posterior del organismo, sería conveniente introducir un control previo en actos de gran relevancia económica.³⁷

De otorgársele esta atribución a la Auditoría General de la Nación se debería cuidar de que ella no entorpezca la marcha de la Administración para no caer en las viejas críticas que otrora se le hacían al Tribunal de Cuentas como el fijar un monto determinado a partir del cual se le dé intervención. Sin embargo, la autoridad legislativa debe estar atenta a que por el transcurso del tiempo el monto no se torne *poco significativo*, de lo contrario el control previo se generalizaría, desvirtuando el fin de la intervención previa.

Además, se podría fijar un plazo breve para que la Auditoría General de la Nación tome conocimiento del acto o contrato y emita su dictamen. Sería conveniente conjugar esta facultad con la de *observación e insistencia* en la ejecución del acto o contrato bajo la exclusiva responsabilidad del Poder Administrador.

Esta función no debe nunca implicar una renuncia al control posterior del acto. En líneas generales, no existe óbice constitucional para que los órganos de control desplieguen su actuación en forma previa, concomitante o posterior.

³⁶ Baum, D., 21ª Reunión – 3ª Sesión ordinaria (continuación), del 1º de agosto de 1994: tratamiento por la Comisión de Redacción del Núcleo de Coincidencias Básicas, “Diario de Sesiones de la Convención Constituyente”, pp. 2578-2581 <<http://infoleg.mecon.gov.ar>> [citado en 23/08/06].

³⁷ Hubo un proyecto legislativo sobre el tema, ahora caduco. Se trató del Expediente 0659-D-2006, T.P. 11, proyecto de las diputadas Rodríguez, Marcela y Carrió, Elisa María Avelina.

IV. 8. Intervención necesaria en el dictamen de la Cuenta de inversión

El artículo 75 inciso 8 de la Constitución Nacional fija entre las atribuciones del Congreso Nacional *aprobar o desechar la cuenta de inversión*; en tanto que el artículo 85 del texto fundamental establece que la Auditoría General de la Nación *intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos*.

El cierre del ciclo presupuestario descrito por el artículo 95 de la Ley N° 24.156³⁸ dispone que la cuenta de inversión debe ser presentada anualmente al Congreso Nacional antes del 30 de junio del año siguiente al que corresponda tal documento. Por su parte, el artículo 5° de la Ley N° 23.847 prevé que la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas deberá presentar a ambas Cámaras, antes del 1° de mayo de cada año, un dictamen del estudio realizado sobre la cuenta general presentada por el Poder Ejecutivo, correspondiente al penúltimo ejercicio.

Es decir que la Auditoría General de la Nación y la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas tienen un plazo de diez meses para emitir dictamen sobre la cuenta general del ejercicio³⁹, no encontrándose completo el acto sin la participación del órgano de control externo de presupuesto.

³⁸ En efecto, este artículo prevé: “La cuenta de inversión ...contendrá como mínimo: a) Los estados de ejecución del presupuesto de la administración nacional, a la fecha de cierre del ejercicio; b) Los estados que muestren los movimientos y situación del Tesoro de la administración central; c) El estado actualizado de la deuda pública interna, externa, directa e indirecta; d) Los estados contable-financieros de la administración central; e) Un informe que presente la gestión financiera consolidada del sector público durante el ejercicio y muestre los respectivos resultados operativos económicos y financieros. La cuenta de inversión contendrá además comentarios sobre: a) El grado de cumplimiento de los objetivos y metas previstos en el presupuesto; b) El comportamiento de los costos y de los indicadores de eficiencia de la producción pública; c) La gestión financiera del sector público nacional”.

³⁹ Despouy, L., *El control de la cuenta de inversión. Papel de la AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN*, en obra de Jornadas “La cuenta de inversión”, *ibídem*, pp. 206 y ss.

Razón que lleva a reflexionar sobre la necesidad de replantearse los plazos y el procedimiento de los artículos reseñados, y establecer normativamente la remisión de la cuenta a la Auditoría General de la Nación y el tiempo en que este órgano de control debe remitir su dictamen a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas para que emita su dictamen.

V. Hacia un control presupuestario con perspectiva de género

Desde que la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres– CEDAW aprobada por la ONU en 1979, estableció la inclusión de la perspectiva de género en los presupuestos públicos, algo se ha avanzado en tal sentido, aunque no todo lo que desearíamos.

Conforme lo define la Plataforma Presupuesto y Género en América Latina y el Caribe administrada por ONU Mujeres, los presupuestos con perspectiva de género son los que reconocen las diferentes necesidades, intereses y realidades que las mujeres y los hombres tienen en la sociedad, y las inequidades subyacentes de estas, aportando recursos para abordarlas. Asimismo, reconocen las contribuciones, remuneradas y no remuneradas, que diferenciadamente hombres y mujeres aportan a la producción de bienes, servicios, así como en el trabajo humano y las tiene en cuenta para movilizar y distribuir los recursos.⁴⁰ Lo que se pretende con este enfoque presupuestario es conocer de qué modo diferencial impactan las decisiones presupuestarias en las mujeres y los hombres, analizando si los gastos que efectúan las administraciones públicas y los recursos que utilizan, contribuyen a aumentar o disminuir las diferencias existentes en las condiciones de vida de hombres y mujeres.

Sucede que, la perspectiva de género lleva a considerar equívoca y a poner en duda la neutralidad del impacto de las políticas públicas, en especial el de la política fiscal (política de gasto, política tributaria y de otros ingresos gubernamentales o fuentes de financiamiento) y sus

⁴⁰ Conf. Plataforma Presupuesto y Género en América Latina y el Caribe administrada por ONU MUJERES (<http://presupuestoygenero.net>)

instrumentos. También contribuye con la equidad, ya que implica identificar las necesidades e intereses que en función del género tienen, de manera diferenciada, hombres y mujeres.

Sin embargo, de acuerdo con el informe efectuado por la Oficina de Presupuesto del Congreso de la Nación⁴¹, aun cuando se han evidenciado progresos en términos de equidad de género, en la mayoría de los países del mundo las brechas aún persisten. En efecto, de acuerdo con dicho informe se han producido mejoras en el índice de desarrollo de género (*gender development index*⁴²) y ha disminuido el índice de desigualdad de género (*gender inequality index*⁴³), pero todavía no se ha logrado la equidad plena.

Es que aún en nuestros días, dentro de la tradicional división sexual del trabajo, las labores del hogar y de cuidado, como así otros trabajos de la economía informal, parecen ser ámbitos exclusivamente femeninos. Esto ocurre a raíz de la jerarquización de las diferencias heredadas del orden patriarcal, que, afortunadamente cada vez son menos toleradas por la sociedad.

Es por eso que este enfoque debe estar presente no solo en la ley de presupuesto, como instrumento en el cual se plasma la actividad financiera del Estado, sino también en todas las etapas que hacen posible su “vida”, desde su elaboración hasta su posterior control. En efecto, resulta necesario que la perspectiva de género se encuentre presente en todas las etapas de las políticas públicas, en sus diferentes niveles y en las distintas personas que interactúan tanto en su formulación, como en su ejecución y control. La estrategia de transversalidad de género –*gender mainstreaming*–, definido por la Comisión Europea como la consideración sistemática de las diferencias entre las condiciones, situaciones y necesidades de las mujeres y de los hombres en

⁴¹ Inclusión de la Perspectiva de género en los presupuestos públicos. Oficina de Presupuesto del Congreso, mayo 2019, www.opc.gob.ar.

⁴² Mide la brecha de género entre hombres y mujeres en tres dimensiones básicas para el desarrollo humano: salud, conocimiento y estándares de vida.

⁴³ Mide las inequidades de género en tres aspectos principales: salud reproductiva (tasa de mortalidad materna y tasa de embarazo adolescente), empoderamiento (proporción de mujeres ocupando bancas en el Congreso y proporción de mujeres mayores de 25 años con secundario completo) y situación económica (ratio de la participación laboral entre mujeres y hombres).

todas las políticas y acciones comunitarias,⁴⁴ deberá ser efectivamente implementada para lograr la equidad de la que hablamos.

En esta línea cabe recordar que el primer presupuesto con perspectiva de género efectuado en Australia en 1980, justamente aplicó la estrategia de *mainstreaming*, debiendo cada departamento gubernamental analizar las propuestas presupuestarias en términos de su potencial impacto en las relaciones de género.

El Consejo de Europa señala que el enfoque de género debe estar presente en *La... (re)organización, la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos de elaboración de políticas, de modo que la perspectiva de igualdad de género sea incorporada en todas las políticas, a todos niveles y en todas las etapas, por los agentes que participan normalmente en la formulación de normas.*⁴⁵

Hay coincidencia en que los objetivos generales de los presupuestos con perspectiva de género tienden básicamente a concientizar acerca de las cuestiones de género y sus impactos en los presupuestos y las políticas, a comprometer a los gobiernos para que incorporen esta mirada en sus presupuestos, y en su caso a modificar los presupuestos y las políticas públicas para promover la equidad de género. Estos fines no pueden alcanzarse si no se persigue otro objetivo fundamental que es aumentar la transparencia en la gestión pública, lo que lleva implícito el control presupuestario. Esto significa, por parte del gobierno la rendición sistemática de cuentas, de los entidades fiscalizadoras superiores el control exhaustivo del accionar público y, por parte de la ciudadanía el control que surge de la participación ciudadana, como por ejemplo el derivado de las iniciativas de presupuesto participativo desarrolladas en nuestro continente a partir de la experiencia de Porto Alegre (Brasil) en 1989.

En nuestro país justamente esta herramienta de participación ciudadana fue utilizada en 2004 en el municipio de Rosario, provincia de

⁴⁴ Comisión Europea. Comunicación: "Integración de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todas las políticas y actividades comunitarias" (COM (96) 67 final). En formato electrónico, solamente en francés.

⁴⁵ Consejo de Europa, integración de la perspectiva de género: marco, metodología y presentación conceptuales de buenas prácticas. Estrasburgo, 1998. http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/02._Gender_mainstreaming/100_EG-s-mS (1998).

Santa Fe⁴⁶, con el objetivo de incorporar mujeres en el proceso de presupuesto participativo, considerando que con esta participación en el proceso presupuestario las mujeres tienen una excelente oportunidad de que sus demandas puedan ser tenidas en cuenta a la hora de diseñar las políticas públicas.

En nuestro país, la AGN como organismo de control, en 2015 comenzó a recorrer un nuevo camino en pos de la defensa de los derechos de las mujeres, cuando recibió por primera vez a diferentes organizaciones de género –la Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), el Centro de la Mujer de San Fernando, la Fundación Mujeres en Igualdad, Mujeres de la Matria Latinoamericana (MuMaLa) y el Observatorio DDHH y Género UCR–, quienes resaltaron la necesidad de auditar al Consejo Nacional de las Mujeres (CNM), autoridad de aplicación de la Ley 26.485 de protección integral a las mujeres para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra estas en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

En virtud de los talleres temáticos realizados en 2015, se incluyeron para 2016 tres proyectos nuevos, entre ellos la auditoría de gestión en el Consejo Nacional de las Mujeres en virtud de la Ley N° 26.485.

Asimismo, en el año 2016 la AGN reafirmó su compromiso con las políticas de género y con la búsqueda de generar conciencia y promover acciones concretas tendientes a lograr la Paridad de Géneros: igualdad de oportunidades, de acceso a la educación, salud, trabajo y representación en los procesos de toma de decisiones.

“Es fundamental que todas las entidades del Estado cuenten con los recursos presupuestarios y personal calificado para que sus acciones puedan tener una incidencia real sobre las políticas tendientes al empoderamiento de la mujer (...). La inequidad de género y la discrimi-

⁴⁶ Ver en www.rosario.gob.ar/Archivos_Web/biblioteca_pp_desde_perspectiva_genero_rosario.pdf.

Programa “Presupuesto Participativo y Ciudadanía Activa de las Mujeres”. Implementado por el Área de la Mujer dependiente de la Secretaría de Promoción Social desde el año 2004 este Programa complementa y fortalece, una instancia de participación social y pública de la ciudadanía de Rosario como es el Presupuesto Participativo. El objetivo del Programa, a partir de sus distintas acciones, se dirige a incentivar la participación de las mujeres en los ámbitos de decisión pública y fortalecer su presencia.

minación son las causas principales de la violencia contra la mujer. Es necesario establecer y fortalecer marcos normativos que sancionen la violencia de género y protejan a la mujer en los distintos ámbitos donde interactúa”.⁴⁷

Asimismo, durante la conmemoración de los 25 años de la AGN como órgano rector del control externo del sector público nacional – año 2017– se hizo referencia a la importancia de incluir la perspectiva de género en la agenda gubernamental, y considerar al Presupuesto como un “instrumento clave para reducir la brecha de la desigualdad entre hombres y mujeres, resultando pertinente proponer la incorporación de la perspectiva de género al sistema presupuestario nacional”.

Más allá de los controles horizontales entre organismos del Estado, es preciso que la ciudadanía también se comprometa a participar activamente en el control de las acciones de gobierno, de modo de poder incidir en las políticas públicas que les impacten directamente. Específicamente en el caso de las mujeres y también en el de otros colectivos desaventajados, la participación y el involucramiento en el control de la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas que les competen resulta fundamental para lograr la equidad de género.

En conclusión, la perspectiva de género necesita estar presente en todas las etapas del ciclo presupuestario, es decir, transversalmente desde su elaboración hasta su control para así identificar y trabajar en pos de corregir la brecha de género actual. Sin lugar a dudas, la AGN a través de su labor ha comenzado a trazar un nuevo camino en el control público, pero de la misma forma será necesario incorporar modificaciones a la ley 24.156 para que tal enfoque provoque grandes impactos hacia el futuro.

⁴⁷ Palabras de la Auditora General Cdra. Vilma N. Castillo, con motivo del Día Internacional de la Violencia contra la Mujer.

VI. Participación ciudadana en el control público

*Si los hombres fueran ángeles, ningún gobierno sería necesario. Si los ángeles gobernarán a los hombres, no serían necesarios los controles externos o internos en los gobiernos. En la construcción de un gobierno que será administrado por hombres que gobiernan a otros hombres, la gran dificultad radica en lo siguiente: primero, debe permitirse que los gobiernos controlen a los gobernados y, en segundo lugar, obligarlo a que se controle a sí mismo.*⁴⁸ Aun con los años que han pasado, esta sentencia de Madison resulta actual.

Ahora bien, el éxito del control público no puede esperarse del exclusivo accionar de las entidades fiscalizadoras superiores o, de otros organismos que tienen una función de control; son varios los actores de cuya actividad hoy se requiere: de la actuación de organizaciones de la sociedad civil, la acción de la prensa; no siendo posible olvidar en este relato, el lugar de la ciudadanía en general, como elementos que coadyuvan a mejorar la calidad de las instituciones públicas complementando el trabajo de los agentes gubernamentales de control.

Este conjunto de iniciativas motorizadas por ONG, movimientos sociales, asociaciones cívicas o medios independientes preocupados todos ellos por mejorar la transparencia, constituyen lo que Smulovitz y Peruzzotti denominan *accountability* social. Con esa finalidad, esos actores sociales desarrollan *acciones orientadas a supervisar el comportamiento de funcionarios o agencias públicas, denunciar y exponer casos de violación de la ley o de corrupción por parte de las autoridades, y ejercer presión sobre las agencias de control correspondientes.*⁴⁹

Resulta fundamental para un buen funcionamiento de las instituciones democráticas que actúen plenamente los diferentes tipos de *accountability*, tanto sea la vertical electoral como la horizontal analizada a lo largo de este trabajo.

A su vez, la *accountability* social ejerce un rol sumamente importante porque enriquece con información crucial las dimensiones horizontales y verticales de la *accountability*. Respecto de la primera, visibilizando las cuestiones que si no son expuestas al escrutinio

⁴⁸ The Federalist Papers, 51, año 1788, James Madison.

⁴⁹ La Política de *Accountability* Social en América Latina, Enrique Peruzzotti.

público podrían ser obviadas o atenuadas por razones políticas o partidarias y, en el caso de la *accountability* vertical, al señalar y obtener atención pública respecto de las cuestiones que la sociedad prioriza, como advertencia a los políticos que pretenden el favor popular.

El señalamiento de los déficits institucionales que hace la *accountability* social adopta según Peruzzotti dos formas principales. Una, mostrando un déficit concreto en el funcionamiento de determinada agencia a través de la denuncia de casos concretos de corrupción o de transgresiones legales por parte de oficinas o agentes públicos, forzando de esta forma la activación de organismos de *accountability* horizontal, ya que si tales situaciones no se hubieran hecho públicas y llamado la atención de la ciudadanía, serían reticentes a aplicar sanciones a los supuestos transgresores. La otra forma de señalamiento surge de exhibir déficits sistémicos de funcionamiento o de estructura, mediante el monitoreo permanente que permita una evaluación sistemática del desempeño de determinada oficina o poder gubernamental.⁵⁰

En nuestro país diversas organizaciones de *advocacy* han realizado notorios esfuerzos para poner en la agenda pública situaciones que hubieran pasado inadvertidas si no hubieran sido señaladas en forma persistente.

Si la *accountability* horizontal es justamente como plantea O' Donnell⁵¹ la institucionalización legal de la desconfianza, ciertamente la *accountability* social es la que puede crear las circunstancias necesarias para revertir esa situación y abrir el camino para generar confianza en las instituciones.

No podemos obviar que el castigo hacia el quebrantamiento legal o la corrupción lo deben proporcionar mayormente los métodos verticales y horizontales de control, pero como señalamos más arriba, la *accountability* social constituye un mecanismo para fortalecer las otras formas de control.

⁵⁰ Peruzzotti, obra citada.

⁵¹ Estado de derecho y democracia en América Latina, *Accountability* horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza política, Guillermo O' Donnell, Universidad de Notre Dame, Kellogg Institute of International Studies. Estados Unidos. SciELO Analytics.

Por su parte los actores de este tipo de *accountability* efectúan un control selectivo y ponen temas en la agenda social pero no realizan controles sistemáticos como los que podrían efectuar los propios organismos gubernamentales de control. Lo que si pueden hacer las organizaciones sociales, los ciudadanos o la prensa independiente, es constituirse como disparadores para que se activen los organismos con capacidad de sancionar.

Ahora bien, para que cualquier tipo de control funcione con cierto nivel de corrección resulta necesario que exista transparencia en la gestión de los poderes del Estado. Si esto no sucede, los mecanismos de control y rendición de cuentas fracasan y van perdiendo crédito entre los propios ciudadanos.

Es que para que los ciudadanos puedan participar en el control de las políticas públicas se requiere una doble vía: por una parte, que el Estado se deje controlar –lo cual requiere un gobierno transparente–, y por la otra que los ciudadanos se encuentren motivados para participar. Siguiendo a Oszlak, *los ciudadanos suelen movilizarse y convertirse en actores políticos, cuando sus intereses son afectados, sus derechos desconocidos o sus valores conculcados.*⁵² Los ciudadanos, en definitiva, participan cuando las acciones del gobierno los impactan directamente.

Idealmente, en una sociedad democrática el control debería tener un carácter sistémico donde los diferentes actores que lo llevan adelante, incluidos los ciudadanos, actúen de forma armónica y cooperativa, intercambiando información sobre los temas que merecen ser controlados y coordinando acciones que orienten a los diferentes actores gubernamentales controlados, a un camino de mejoramiento y transparencia en la formulación y ejecución de las políticas públicas.

Por su parte, el buen funcionamiento del órgano de control, además de predicarse desde su diseño institucional, en el sentido de contar con procesos adecuados para llevarlos a cabo, profesionales idóneos y honestos con espíritu de servicio, dependerá también del adecuado funcionamiento de otras instituciones con razonables procedimientos

⁵² Oscar Oszlak, Estado Abierto: hacia un nuevo paradigma de Gestión Pública. Trabajo presentado en el panel “Gobierno Abierto en Iberoamérica: promesas y realizaciones”, XVIII Congreso Internacional del CLAD, Montevideo, 2013.

ideados para cumplir sus fines. Una norma que instituya el más perfecto de los órganos de control no basta por sí sola para cumplir satisfactoriamente la función de control si no existe a la par, independencia del controlado, personal técnico idóneo, autonomía presupuestaria, procedimientos elaborados para razonablemente cumplir sus propósitos y menos aún si no está garantizada desde afuera del organismo un régimen de responsabilidad del funcionario público, una oposición política constructiva, un sistema sencillo y claro de acceso a la informática, información asequible para que los ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales, analistas, periodistas, empresarios puedan conocer el rumbo de la gestión y tomar decisiones acordes.

No podemos dejar de advertir que existe una crisis de representación democrática provocada fundamentalmente por la circunstancia de que pasada la elección, el representante se aleja muchas veces de las demandas de sus representados, produciendo un distanciamiento cada vez mayor entre gobierno y ciudadanía. La *accountability* social lo que hace es reducir esa brecha procurando que los funcionarios públicos no pierdan el foco respecto de las necesidades de sus representados y rindan cuenta de sus actos.

De allí la importancia de la tendencia que se ha manifestado en diversos países desde que el presidente Obama en 2009 anunciara su intención de promover un gobierno abierto (Open Government).

En palabras de Oszlak, dicha tendencia apuntaría hacia un nuevo paradigma que tiende a la noción de *gobierno abierto*, favorecido por las nuevas tecnologías y el avance en las comunicaciones.⁵³ Es que, según sostiene el autor, con el correr de los tiempos ha comenzado a abrirse una brecha en la infranqueable “caja negra” del Estado, *[u]na brecha por la que comienzan a filtrarse crecientes demandas de apertura, de transparencia en la gestión, de participación en la elaboración de*

⁵³ En efecto en su texto, sin cortapisas el autor afirma: “Sin duda, la tecnología es un gran aliado de esta empresa. A través de toda la historia de la humanidad, la tecnología ha sido un factor fundamental de cambio cultural (...) La tecnología también contribuirá a “forzar” una cultura de la transparencia y la participación ciudadana, en la medida en que Estado y sociedad civil advierten que todo el ciclo de las políticas públicas puede beneficiarse del aporte y la inteligencia colectiva de ambas instancias y que, en consecuencia, manifiestan una firme voluntad política y cívica para lograrlo”.

*políticas estatales, de rendición de cuentas y responsabilización por el uso de los recursos públicos, de evaluación y control ciudadanos de los resultados gubernamentales.*⁵⁴

A su vez, continúa diciendo que *Esa brecha esté alentada, a veces, por gobiernos genuinamente interesados en legitimar, por esta vía una gestión más participativa y colaborativa de la ciudadanía. También, en parte, esta corriente es promovida por ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil, que luchan por incrementar los componentes participativos y deliberativos de la democracia.*⁵⁵ Así, explica el autor, *se ha venido abriendo paso una concepción que, bajo la denominación genérica de “gobierno abierto”, vislumbra una nueva filosofía de gobierno, una modalidad de gestión pública más transparente, participativa y colaborativa entre [el] estado y [la] sociedad civil.*⁵⁶

Esta concepción de Gobierno abierto, que se caracteriza por buscar la transparencia de sus acciones, la accesibilidad de los ciudadanos a sus servicios e información y a la receptividad gubernamental a nuevas ideas, demandas y necesidades, permite que la ciudadanía naturalice el control. Justamente porque la idea de apertura no solo mejora la gestión gubernamental, sino que también destaca la centralidad del ciudadano de modo de reforzar los aspectos deliberativos y participativos de la democracia.

En lo que nos interesa a propósito del control social, es que el gobierno abierto lo facilita porque a los dos aspectos fundamentales que caracterizan un gobierno abierto, la transparencia y la participación, debe adicionarse otro elemento fundamental, que optimiza los anteriores: la información, cuyo acceso resulta más fácil para los ciudadanos en un gobierno abierto.

El derecho al libre acceso a la información es un insumo crucial para que los ciudadanos participen de una manera efectiva y consciente, de modo que puedan contribuir apropiadamente a la deliberación pública, controlar y exigir rendición de cuentas a sus gobiernos. Su carácter de

⁵⁴ Oszlak, O. en “Estado abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública”, trabajo presentado en el panel “Gobierno Abierto en Iberoamérica: promesas y realizaciones”, XVIII Congreso Internacional del CLAD, Montevideo, 2013.

⁵⁵ Oszlak, O. en “Estado abierto: hacia un nuevo paradigma...”, *op. cit.*

⁵⁶ Oszlak, O. en “Estado abierto: hacia un nuevo paradigma...”, *op. cit.*

bien público social lo convierte en un mecanismo de control institucional de los ciudadanos al Estado.

Esta importancia se refleja en muchas legislaciones nacionales y locales y en la legislación internacional que consagra la libertad de información⁵⁷ señalando que toda la información en poder de los gobiernos y las instituciones gubernamentales es, en principio, pública y solo podrá ser retenida si existen razones legítimas para no divulgarla, como suelen ser la privacidad y la seguridad.

En definitiva, para que la ciudadanía participe en el control del proceso presupuestario en particular y de las políticas públicas en general, se debe alentar la aparición de un gobierno abierto, caracterizado por la transparencia, que brinde información accesible a sus ciudadanos y que estimule sin prejuicios, la participación ciudadana.

VII. A modo de conclusión

En la actualidad no cabe duda acerca de la vinculación conceptual entre la Ley de presupuesto con el sistema de derechos humanos⁵⁸ y con este trabajo quisimos enfatizar también con una idea fundamental, el control presupuestario y el sistema de responsabilidades es una técnica idónea para velar por el efectivo goce de los derechos fundamentales y el normal desenvolvimiento de las instituciones constitucionales.

Asimismo, cabe señalar que hoy en día existe una noción más amplia que la de control, que es la de *buen gobierno*, la cual refuerza la responsabilidad de la gestión y la transparencia para el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos. Para alcanzar un “buen gobierno” es necesario dotar de una regulación clara, precisa y que cumpla con los principios constitucionales a los organismos encargados de llevar a cabo las funciones de control, entre ellos la Auditoría General de la Nación.

⁵⁷ Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 13. de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

⁵⁸ Corti, H. G., *Derecho constitucional presupuestario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

Hace más de veintisiete años el Congreso de la Nación guarda silencio respecto a la sanción de una ley que regule el funcionamiento de la Auditoría General de la Nación, otorgándole mayor independencia y que valore el trabajo que viene realizando desde sus orígenes el organismo.

No puede dejar de recordarse las conclusiones a las que hemos llegado con el proyecto de investigación, y la necesidad de un circuito completo y sistematizado de control que asegure un posterior examen de responsabilidad. Ya sea a través de una mayor coordinación entre los distintos actores responsables y/o otorgando legitimación procesal activa para accionar a la AGN.

Asimismo, dicha reglamentación deberá reflejar la necesidad de incorporar perspectiva de género en todo el ciclo presupuestario, como una herramienta fundamental en el trabajo por la equidad de género, así como la incorporación de procesos y mecanismos que permitan un efectivo control social, permitiendo a la ciudadanía conocer el estado de la gestión y participar en la construcción de un mejor gobierno democrático.

Capítulo II

El control externo en Costa Rica. Un breve estudio sobre el diseño institucional y el funcionamiento de la Contraloría General de la República

Luis Diego Ramírez González

I. Introducción

Costa Rica es un Estado unitario, constituido constitucionalmente como una república democrática, libre e independiente, cuya soberanía reside en la Nación, en la cual el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, más el Tribunal Supremo de Elecciones, deben ejercer sus funciones de manera independiente. El tema al que se dedica este artículo, refiere sobre el diseño institucional, organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República de Costa Rica (en adelante CGR)¹, órgano que asume un rol preponderante en el ecosistema indicado. Un análisis y estudio de sus competencias constitucionales y legales encomendadas por el Ordenamiento Jurídico costarricense. Como punto de partida, su creación se encuentra en la Constitución Política vigente desde el 07 de noviembre de 1949, al dedicarle un apartado exclusivo dentro del Título XIII, sobre la Hacienda Pública, el Capítulo II, que lleva el nombre del Órgano Contralor. Aunque con-

¹ www.cgr.go.cr.

formado únicamente por dos artículos², suficientes para otorgarle una serie de condiciones y características esenciales para una Entidad Fiscalizadora Superior (EFS en lo sucesivo) en su perspectiva natural de órgano de control externo. Ese sustrato constitucional reconoce y garantiza la absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de su labor de vigilancia de la Hacienda Pública desde la perspectiva del control externo de carácter administrativo. Su creación como un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización, lo ubica dentro de la institucionalidad como un actor político relevante y con una gran responsabilidad para contribuir en el Estado Social y Democrático de Derecho. Como un órgano fundamental en el sistema de pesos y contrapesos. De esta manera, se suma así, a otros órganos –igualmente relevantes– dentro de un régimen jurídico democrático y de nacimiento constitucional, por ejemplo, el Tribunal Supremo de Elecciones y la Tesorería Nacional, como de otros órganos de control externos –de vital importancia– como el Ministerio Público, la Defensoría de los Habitantes de la República, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, y por supuesto la Sala Constitucional.

En suma, la CGR de Costa Rica, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, desde el prisma del control externo, con absoluta objetividad e independencia³, es el guardián del correcto, eficiente y eficaz aplicación de los recursos públicos, por medio de herramientas de fiscalización que deben respetar todo el bloque de legalidad, en busca siempre de agregar valor público, bienestar a la sociedad y generar información útil de carácter técnico-jurídico para el control político por parte de la Asamblea Legislativa y control general por parte de la sociedad, lo que en definitiva la constituye como una institución medular para la democracia y el Estado de Derecho. Ostenta una gran

² Ver numerales 183 y 184 de la Constitución Política.

³ El principio de independencia en cualquier manifestación de las Entidades Fiscalizadoras Superiores es fundamental. Esta característica fue incorporada en la primera norma profesional de las EFS, considerada como la Carta Magna de los procesos de fiscalización, suscrita en el IX Congreso de la INTOSAI realizado en Lima, Perú. De allí su denominación, “Declaración de Lima”, en reconocimiento de esa ciudad como sede del evento.

capacidad de gestionar cambios y transformaciones en la realidad, por ende, de incidir en clave positiva.

II. Breve reseña histórica sobre su origen y creación

La pretensión de que los fondos públicos fueran gestionados adecuadamente por los responsables del ejercicio de los poderes públicos en Costa Rica tiene su origen en la época colonial, por medio de una serie de normativa orientada a regular el desempeño de los servidores públicos. Ejemplo de lo anterior, como un antecedente relevante que tuvo una incidencia desde el punto de vista del control y fiscalización del erario para el modelo actual, lo es las Leyes de Indias⁴ dentro de una aplicación integrada con algunas instituciones como la Residencia, la Visita y la Rendición de Cuentas.

Ya con la independencia establecida para Costa Rica, se promulgó la 1era Ley Fundamental el 25 de enero de 1825⁵, momento en el que también se constituyó la Federación Centroamericana, surgiendo estructuras institucionales paralelas: las de la federación y las del país. Situación que tuvo una incidencia en la Hacienda Pública por el complejo contexto financiero al que se enfrentaron los Estados ante la obligación de aportar para los gastos de los organismos federales y a los propios. De allí el énfasis en la sana y adecuada gestión de la Hacienda Pública, provocando que en esa primera norma se constituyera un Tribunal de Cuentas a cargo del Congreso, cuya tarea cardinal consistió en ejercer un control financiero de orden político, examinando

⁴ En la época de conquista y de establecimiento de los españoles en el “Nuevo Mundo”, las relaciones sociales estaban regidas por una cantidad importante de normas que en su conjunto forman Las Leyes de Indias. Básicamente, definía temas como la organización de la iglesia, el régimen político administrativo, la justicia, la real hacienda, las comunicaciones y el comercio, la economía de las poblaciones y la condición de los indios, mestizos, mulatos y negros esclavos.

⁵ También denominada, Pacto Social Fundamental Interino o Pacto de Concordia.

los resultados de las principales rentas que debían rendir los Jefes de Estado.⁶

Posteriormente, se emitieron diferentes decretos que organizaron y reorganizaron una Contaduría Mayor, la cual se definía como un tribunal superior de cuentas que examinaba, glosaba y fenecía las cuentas que debían rendir los administradores, tesoreros y recaudadores de fondos públicos. Este tribunal de cuentas, que en sus orígenes fue competencia del Poder Ejecutivo, sufrió diversos altibajos en el transcurso del tiempo, llegando incluso a suprimirse.

El 26 de mayo de 1922, mediante Ley no. 8, se creó la Oficina de Control, con la finalidad de orientar y ordenar todas las entradas y erogaciones de la Hacienda Pública. Este departamento asumió las funciones de la Contaduría Mayor. Del mismo modo, le competía aprobar anticipadamente el presupuesto del año siguiente y ejercer el control presupuestario. Para ese momento, dependía del Poder Ejecutivo y tenía rango constitucional.

El 06 de septiembre de 1945, con la Ley no. 200, se promulgó la Ley Orgánica que reorganizó el Centro de Control y refunde el Tribunal de Cuentas, dejando patente que, aparte de las demás funciones encomendadas por otras leyes, le corresponde inspeccionar y vigilar la recaudación de impuestos y el pago de otras obligaciones a favor del Estado, la custodia de los bienes públicos y la correcta ejecución del Presupuesto Nacional. Destacando desde ese momento, que ejercería sus atribuciones con absoluta independencia de los demás Poderes, como delegado auxiliar del Poder Legislativo.

Posterior a la guerra civil de 1948, ante la ruptura del orden constitucional y convocada la Asamblea Constituyente, específicamente en 1949, se evaluaron las funciones del Centro de Control, concluyendo, la necesidad de que existiera un órgano que vigilara permanentemente la inversión, procedencia, manejo financiero, económico y legal de

⁶ El Pacto Social Fundamental Interino, en su capítulo 13, “De la Hacienda Pública”, disponía al respecto: “ARTÍCULO 115.- La Hacienda Pública del Estado la forman las tierras baldías, y las contribuciones directas o indirectas decretadas por el Congreso. ARTÍCULO 116.- Habrá un Tribunal de cuentas para examinar las que deben rendir anualmente los Jefes de las rentas principales. ARTÍCULO 117.- Todos los años se publicará y circulará un estado general de cargo y data en la Hacienda pública”.

los fondos públicos. Por esa razón, se incluyó –en los artículos 183 y 184– en la Constitución Política actual un apartado dentro del Título XIII, sobre la Hacienda Pública, el Capítulo II, que crea a la CGR, con el propósito de ser el freno y contrapeso auxiliar del órgano legislativo en la ejecución y liquidación de presupuestos y la vigilancia del adecuado uso y destino de los fondos públicos.

Mediante Ley no.1252 del 23 de diciembre de 1950, se emite la –primera– Ley Orgánica de la CGR, con fecha de vigencia a partir del 1 de enero de 1951, normativa que le brindó nacimiento y vida jurídica. Esta Ley fue derogada y sustituida por la Ley no. 7428 del 7 de septiembre de 1994. Esta –segunda– Ley Orgánica constituye el bloque normativo actual y vigente, la cual regula sus disposiciones generales, su competencia, su organización, sobre la depuración de responsabilidades y posibles sanciones a imponer, entre otras cuestiones relacionadas con su desempeño.

III. Propósito fundamental de las EFS

La Corte de Cuentas de Francia fue creada el 16 de septiembre de 1807, hace más de 200 años. Napoleón Bonaparte, en su momento, expresaba lo siguiente: “Quiero que a través de una vigilancia activa, la deslealtad sea reprimida y el empleo legal de los fondos públicos sea garantizado”.⁷ Los sistemas de control y rendición de cuentas tienen antecedentes históricos muy variados, sin embargo, en la sociedad democrática actual, su diseño y modelo se han construido y fortalecido con la clara convicción de incidir de manera positiva y en el bienestar de las personas, así como contribuir en una mejor calidad de vida de la sociedad en general. Hoy en día la colectividad exige estar mayor y mejor informada, es más demandante y con un pleno interés en participar en los asuntos públicos por la clara convicción de que esas decisiones –así como la forma en que se adoptan– condicionan los actos de la vida cotidiana, y mucho más relevante, comprometen el futuro de las nuevas generaciones.

⁷ Ver página web: <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/documentos/cgr-transp/informacion-interes/declaraciones-principios-asf.pdf>

A partir de lo anterior, es evidente el surgimiento de mayores exigencias de la ciudadanía y de la sociedad organizada, lo que ha convertido a los procesos de rendición de cuentas y a la fiscalización superior de los recursos públicos en temas medulares de los modelos de organización administrativa, su funcionamiento y la propia gobernabilidad de los Estados en la actualidad. Ha sido un proceso evolutivo y de constante cambio para su mejora y fortalecimiento, en especial a partir de la segunda mitad del siglo pasado, intentando acrecentar el ejercicio democrático de los sistemas políticos, así como conceder mayor representación ciudadana –aunque haya sido más en modo indirecto–, por medio de los congresos, de los parlamentos, de contralorías, auditorías, tribunales o agencias especializadas, destacadas con competencias para fiscalizar, controlar, examinar y evaluar el uso de los recursos públicos por parte de los diferentes órgano o entes públicos de un Estado.

De esta manera, las EFS son determinantes en un Estado Social Democrático de Derecho, son las principales entidades de fiscalización –en su rol natural de control externo– del sector público en un país. Su principal tarea radica en vigilar si los recursos públicos son utilizados de manera económica, eficiente y eficaz, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. El buen funcionamiento y desempeño de las EFS es trascendental para corroborar que la gestión y sus controles están operando de forma efectiva, permitiendo identificar el despilfarro y/o las conductas impropias, así como sugerir áreas de mejora a las entidades públicas. Para tal efecto, tienen asignadas sus competencias en el ámbito constitucional y legal, con herramientas estrechamente vinculadas con la economía financiera pública. El control que ejercen no representa una finalidad en sí mismo, sino una pieza clave del sistema de pesos y contrapesos en el principio de distribuciones de funciones entre los Poderes del Estado. En cualquiera de ellas, imperioso que tenga la posibilidad de señalar, oportunamente, las desviaciones de poder y las infracciones de los principios de legalidad, sostenibilidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal manera que de forma prioritaria –visión preventiva– se puedan adoptar las medidas convenientes, pertinentes y adecuadas de orden correctivo en cada caso particular, y si fuere del caso, depurar las responsabilidades en el ámbito administrativo, civil o penal. El objetivo es que los recursos públicos se utilicen de la mejor manera para

el bienestar de la sociedad en general, lo que las EFS pueden contribuir en su gestión sostenible.

En lo tocante al control previo o posterior de la EFS, señalar que no hay una regla precisa o exacta en su definición. Sin embargo, ha sido la tendencia otorgarles un ámbito competencial de vigilancia posterior.⁸ Si el control se ejerce antes de la realización de las operaciones finan-

⁸ Sin pretender profundizar sobre este tema, el cual no es parte del presente estudio y que merece un debate y una discusión profunda, una razón por la cual estimo la inviabilidad e inconveniencia de que una EFS tenga funciones de control previo, radica en el conflicto de intereses de carácter institucional que se origina cuando en el ejercicio de la fiscalización posterior ingresa a auditar, investigar o vigilar decisiones de las Administraciones Públicas que fueron “validadas” por el mismo órgano de control, o que de algún modo fueron conocidas en esa etapa previa. Por ejemplo, en materia de contratación administrativa, la EFS de Costa Rica participa de su procedimiento administrativo en diferentes etapas esenciales: resuelve los recursos de objeción al cartel, decide sobre los recursos de apelación contra los actos de adjudicación (control de validez de las actuaciones), y finalmente, superadas las fases anteriores, cuando corresponda, refrenda o no el contrato (control de eficacia). En ese sentido, solamente dejo planteado que este tipo de control debe ir acorde con la realidad nacional e internacional en función de las demandas cada vez mayores que exige la sociedad sobre la gestión de los servicios públicos de manera eficiente y oportuna. De allí la necesidad y obligación de lograr el balance entre el control y ejecución, entre el control previo y posterior, máxime si ambos está en manos de una EFS. Me decanto por un control externo previo orientado a la vigilancia concurrente y con aplicación de herramientas de carácter preventivas y asesoras, que no impliquen la participación directa de la EFS durante el procedimiento administrativo con decisiones sobre el caso concreto, pero con la posibilidad de remitirle al gestor responsable de la Administración Pública de los asuntos propios de su competencia, productos jurídicos, cuyo contenido le sirva como una herramienta ágil, oportuna, económica, útil, eficiente y efectiva, de control preventivo, a efectos de informarle y/o advertirle sobre aspectos jurídicos relevantes para el ejercicio de su actividad en un determinado ámbito, y en cumplimiento del bloque de legalidad. Precisamente, de esa forma, tratar de prevenir y evitar que se cometan o consoliden irregularidades en perjuicio de la Hacienda Pública. La visión de la perspectiva de control previo de una EFS debe ser de menos control y mayor acompañamiento, sin que implique una sustitución de la Administración Pública o pretender coadministrar.

cieras o administrativas, estamos en presencia de un control previo. De lo contrario, lo ubicamos en un control posterior.

Un control previo eficaz resulta imprescindible para una sana economía financiera pública, el que idealmente debe estar dentro de la perspectiva del control interno (autotutela), esto significa, desde el punto de vista de las propias responsabilidades de la propia Administración Pública, de su órgano jerárquico y demás unidades encargadas (jerarca, funcionarios y auditoría interna). Si bien puede ser ejercido por una EFS, también por otras estructuras jurídicas de control, lo cual parece ser lo más conveniente y pertinente para alcanzar un balance entre los efectos de los diferentes tipos de vigilancia. Por otro lado, el control administrativo posterior externo de la gestión de los fondos públicos es una función inalienable de cada EFS.

Las atribuciones y facultades de las EFS deben impulsar acciones de fiscalización integral que procuren incrementar la eficiencia del servicio público, la transparencia y la rendición de cuentas, el control ciudadano, la confianza en la institucionalidad y la prevención de la corrupción. Deben contar oportunamente con el conocimiento especializado que se requiera, sustentando sus procesos y productos en tecnologías de información, en la integración y en los valores institucionales, todo lo anterior con la finalidad de mejorar la satisfacción del interés público.

Desde el punto de vista de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores⁹ (INTOSAI, por sus siglas en inglés), ha promovido y proporcionado un marco institucional para la transferencia y el aumento de conocimientos con la finalidad de mejorar, a nivel global, la fiscalización de los órganos de control externo, mediante el fortalecimiento de sus capacidades, de su desempeño y prestigio, en sus respectivos países. Esa tarea de fiscalizar los fondos públicos es un factor fundamental a la hora de marcar la diferencia en la vida de los ciudadanos. Tiene un impacto positivo en la confianza de la sociedad,

⁹ Fue creada en 1953 por las Entidades Fiscalizadoras Superiores de 34 países, como una organización no gubernamental, autónoma, independiente y apolítica, que tiene un estatus especial con el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Actualmente, cuenta con 192 miembros de pleno derecho y cinco miembros asociados y uno afiliado.

en el sentido de que los gestores públicos responsables de adoptar decisiones que impliquen la utilización de recursos públicos valoren, con apego al ordenamiento jurídico, cómo disponerlos correctamente. Y es que, precisamente, este conocimiento respalda los valores deseados y sustenta los mecanismos de rendición de cuentas que promuevan a la toma de mejores decisiones. A partir del momento en que se hacen públicos los resultados de los procesos de fiscalización de las EFS, la sociedad en general puede pedir cuentas a los servidores encargados de gestionar los recursos públicos. La contribución de una EFS debe verse reflejada en el impacto en la eficiencia, la eficacia, la rendición de cuentas, y la transparencia del sector público. De tal manera, una EFS independiente¹⁰, objetiva, técnica, confiable, creíble, modelo y apegada al bloque de legalidad en su desempeño, supone un componente esencial dentro de un sistema democrático de cualquier Estado, en el que la rendición de cuentas, la transparencia y la integridad son elementos imprescindibles para una democracia estable.

En concordancia con lo anterior, la ISSAI 12, sobre “El Valor y Beneficio de las Entidades Fiscalizadoras Superiores - marcando la diferencia en la vida de los ciudadanos”, establece que dicho propósito se alcanzará en el tanto una EFS logre:

- 1) Fortalecer la rendición de cuentas, transparencia e integridad del gobierno y las entidades públicas.
- 2) Demostrar la relevancia continua para los ciudadanos, el parlamento y otros actores interesados.
- 3) Ser una organización modelo a través del ejemplo.

Ahora bien, independientemente del modelo o diseño institucional que tenga una EFS, así como los diversos mandatos constitucionales y/o legales que le otorgue el régimen jurídico interno de cada Estado, los objetivos y principios antes citados, pretenden que los órganos de control externo se enfoquen en promover e informar el valor y beneficio que les pueden ofrecer a la democracia y a la rendición de cuentas. Estos postulados aplican de forma idéntica desde una perspectiva objetiva como subjetiva, es decir, de manera igual a la parte orgánica

¹⁰ En coherencia con el espíritu de la Declaración de Lima, ISSAI 1.

institucional de cada EFS como a su personal o quienes realizan labores a su nombre.

En definitiva, las EFS tienen la capacidad, el mandato y responsabilidad de impactar e incidir de manera positiva en la sociedad, ejerciendo sus atribuciones y competencias conforme al ordenamiento jurídico con la plena convicción de generar valor público para contribuir a mejorar la vida de las personas.

IV. Naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República

El numeral 183 de la Constitución Política de Costa Rica indica: *La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores. La Contraloría está a cargo de un Contralor y un Subcontralor. Ambos funcionarios serán nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años; pueden ser reelectos indefinidamente, y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes. El Contralor y Subcontralor responden ante la Asamblea por el cumplimiento de sus funciones y pueden ser removidos por ella, mediante votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les comprobare ineptitud o proceder incorrectos.*

Por su parte, el artículo 1° de su Ley Orgánica (en adelante LOCGR), Ley no. 7428, del 04 de noviembre de 1994, sobre la naturaleza jurídica y atribución general, dispone: *La Contraloría General de la República es un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización que contempla esta Ley.*

En virtud de las normas citadas, la CGR es un órgano de creación constitucional auxiliar de la Asamblea Legislativa, sin embargo, sus competencias las ejerce con absoluta independencia funcional y administrativa.¹¹ Dada esta definición, en primer orden, hay que destacar

¹¹ Ver también el artículo 2 de la LOCGR, en lo que interesa señala: “En el ejer-

que no depende jerárquicamente del Poder Legislativo, y en ese sentido, el Parlamento no puede girarle órdenes, instrucciones o recomendaciones de carácter vinculante, a menos de que sea por medio de una ley. En segundo lugar, es un órgano y no un ente, autónomo ni semiautónomo. Tercero, no es un simple órgano, pero tampoco es un Poder del Estado, más bien, se define como un órgano fundamental del Estado, por lo que se diferencia de los órganos de relevancia constitucional. Como cuarto elemento, por referencia expresa desde el punto de vista constitucional y legal, posee absoluta independencia –funcional y administrativa–, por lo que técnicamente no posee autonomía, instituto referido para los entes o entidades descentralizadas. El quinto aspecto, es que si bien desde su nacimiento existían diversas posiciones sobre si poseía personalidad jurídica, lo cierto del caso es que a partir de la vigencia del Código Procesal de lo Contencioso Administrativo¹², se despeja la duda, al reconocer la posibilidad de ser parte demandada (legitimación pasiva) y hasta poder accionar como parte demandante (legitimación activa) en defensa de los intereses que se deben tutelar en el ámbito de la Hacienda Pública. Sexto, el ejercicio de sus competencias es en el ámbito administrativo, por lo que sus decisiones se adoptan en el trámite de un procedimiento y de acuerdo con los requisitos para dictar actos administrativos, lo que implica que no posee atribuciones de carácter jurisdiccional. Séptimo, la relación de auxiliaridad con la Asamblea Legislativa, lo es única y exclusivamente con el fin de que los productos que elabore la CGR, en el marco de sus procesos de fiscalización, les sirvan de insumo a las personas que forman parte de la Asamblea Legislativa para realizar el control político que les corresponde. Octavo, desde el ámbito del control en sede administrativa de carácter externo (superior), es competencia exclusiva de la CGR la vigilancia en la disposición de los recursos públicos, aunado a ser el rector del sistema de fiscalización. Noveno, los procedimientos y decisiones

cio de sus potestades, la Contraloría General de la República goza de absoluta independencia funcional y administrativa, respecto de cualquier Poder, ente u órgano público”.

¹² El 01 de enero de 2008 tiene vigencia el Código Procesal de lo Contencioso Administrativo. De la relación de los numerales 10.3, 12.5 y 16 se infiere con claridad que la CGR ostenta tanto legitimación activa como pasiva en los procesos de esa materia.

que adopta la CGR están únicamente sometidas al ordenamiento jurídico, por ende, sujetas al control de legalidad que ejerce el Juez de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

De conformidad con lo anterior, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, la CGR cuenta con un marco jurídico sólido y robusto que permite –en principio– ejercer sus competencias constitucionales y legales de manera independiente.

En ese orden de ideas, una importante herramienta, constituida como una garantía para desempeñar sus competencias, es el acceso y disposición de información en manos de los sujetos pasivos de fiscalización. Permitiendo que la EFS tenga acceso irrestricto a registros, documentos e información necesaria y pertinente para llevar adelante los procesos de control. El artículo 13 de la LOCGR establece una garantía de acceso y disposición de información. Ese numeral dispone: *Con las salvedades de orden constitucional y legal para cumplir con sus cometidos, la Contraloría General de la República tendrá acceso a cualquier fuente o sistema de información, registro, documento, instrumento, cuenta o declaración de los sujetos pasivos públicos. Con las salvedades de orden constitucional y legal, la Contraloría General de la República tendrá acceso a la contabilidad, correspondencia y en general a los documentos emitidos o recibidos por los sujetos pasivos privados, para el ejercicio del control y la fiscalización aquí contemplados. Para el cumplimiento de las anteriores atribuciones, solo estarán investidos de autoridad los servidores de la Contraloría General de la República acreditados para ello. Los funcionarios, empleados o particulares que sean requeridos al efecto, deberán suministrar, en el plazo que ella les fije, la información o piezas documentales o instrumentales solicitadas.*

El legislador no solo quiso dotar de una amplia gama de atribuciones al Órgano Contralor para vigilar la hacienda pública de manera efectiva, sino que para ello le otorgó herramientas para lograrlo, tal y como lo es el acceso a la información, en los términos indicados en el párrafo anterior.

Otro medio que complementa y contribuye a realizar un mejor desempeño de las funciones de fiscalización, es la gestión del conocimiento y aprendizaje de los servidores que laboran en el órgano de control. El plan estratégico institucional permite alinear el plan anual operativo de la División Jurídica de la CGR en varios temas, especialmente en materias vinculadas con la responsabilidad del servidor público. Hay un plan a mediano plazo que incorpora como tema relevante y prioritario

la capacitación continua sobre la depuración de responsabilidades, Derecho Administrativo Sancionador en el ámbito de la protección de la Hacienda Pública y herramientas de lucha contra la corrupción. En concreto, se da énfasis a: la denuncia, herramientas de investigación, dirección funcional, tramitación de procedimientos administrativos sancionadores, responsabilidad civil, responsabilidad administrativa, responsabilidad penal, control de las administraciones públicas, control judicial, medios de prueba, etc.

Lo anterior, junto con la experiencia acumulada, ha permitido que surjan iniciativas de proyectos de capacitación sobre asuntos de responsabilidad hacia afuera de la institución, con una visión de compartir el conocimiento y generar insumos para el desempeño del resto de los gestores públicos que a diario se ven inmersos en procedimientos administrativos como responsables de su tramitación y decisión. Esos proyectos se han vinculado con el Plan Estratégico Institucional con el fin de fortalecer el conocimiento y las competencias de los funcionarios del sector público costarricense. La temática de la potestad sancionadora ha sido prioritaria y de atención destacada. Algunas iniciativas que han contribuido a fomentar esta idea son: 1) Creación de una Revista Electrónica sobre Derecho de la Hacienda Pública¹³, 2) Curso virtual sobre la investigación y tramitación de procedimientos administrativos sancionadores, 3) Curso virtual sobre los “Diez Poderes” para prevenir la corrupción, 4) Cuatro seminarios *online* dirigidos a los abogados de las instituciones públicas, 5) Tres seminarios *online* dirigidos a los auditores internos de las instituciones públicas, 6) Un congreso cada dos años sobre el Régimen Jurídico de la Hacienda Pública dirigidos especialmente a los asesores legales de las instituciones públicas para debatir temas de interés para mejorar la gestión jurídica de las administraciones públicas, 7) Un congreso cada dos años (no coincide con el anterior) denominado Congreso Nacional de Gestión y Fiscalización de la Hacienda Pública, dirigido a los auditores de las instituciones públicas para reflexionar sobre temas de interés para mejorar la gestión y el control interno de las administraciones públicas, 8) Curso virtual de control interno, 9) Diplomado sobre corrupción y

¹³ Ver página web: <https://www.cgr.go.cr/03-documentos/publicaciones/revista-derecho.html>.

régimen sancionatorio de la Hacienda Pública, durante el 2016, 2017 y 2018, como una capacitación presencial gracias al financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo y la colaboración técnica – jurídica de la Fundación de la Universidad de Salamanca, España, dirigido a abogados del sector público, así como funcionarios de la CGR.

V. Regulación, organización interna y otras cuestiones relevantes de la CGR

Tal como se indicó antes, el régimen jurídico de la CGR tiene sustento a partir de la Constitución Política, complementado por su Ley Orgánica, y adicionalmente, por el Reglamento Autónomo de Servicios dictado mediante resolución no. R-DC-97-2019 por parte del Despacho Contralor, a las nueve horas del nueve de octubre de dos mil diecinueve, como también otras regulaciones legales de corte sectorial como internas que se encargan de temas específicos.

Dentro de los temas de mayor interés, reiterar que la CGR es un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública. Desde el punto de vista de la mayor jerarquía institucional, está conformada por un órgano de carácter unipersonal, a cargo de un (a) Contralor (a) y un (a) Subcontralor (a). Ambos son nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el período presidencial, por un término de ocho años. Además, pueden ser reelectos de forma indefinida. En lo tocante a la existencia de una protección legal especial para esos altos cargos, gozan de las idénticas inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes.

En lo tocante a la independencia financiera de la CGR con respecto a los diferentes Poderes, la Constitución Política y la LOCGR establecen la absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores. En ese sentido, la Órgano Contralor elabora su presupuesto de conformidad con el Plan Estratégico Institucional, las prioridades de los procesos de fiscalización y necesidades de recursos que determine de manera interna e individual, sin intervención directa o indirecta de otros órganos. No obstante lo anterior, debe ajustarse a los lineamientos generales para la formulación de presupuestos establecidos por el Ministerio de Hacienda para el sector centralizado, los cuales, entre otras cosas, regulan el límite de crecimiento de gasto y aspectos técnicos generales sobre los elementos que debe contener

un plan-presupuesto, así como de registro, de acuerdo con las normas contables nacionales.

El Poder Legislativo es el órgano responsable de aprobar y establecer el contenido final de cada ley de presupuesto, bajo el límite constitucional de equilibrio presupuestario. Dentro del procedimiento legislativo, la CGR suele ser llamada a comparecer, gestión llevada adelante por la vía de las mociones solicitadas por uno o más legisladores. La sesión en la que participa la CGR, en el tema de interés, lo es para que tenga un espacio de explicar su propuesta de presupuesto, así como para que se reconsideren eventuales discrepancias entre el proyecto de ley de presupuesto enviado por el Ministerio de Hacienda y las necesidades según fueron valoradas por el Órgano Contralor.

Por tal razón, a pesar de la mención –teórica– de la independencia financiera, el Ministerio de Hacienda puede incidir o afectar el contenido de los objetivos, metas e indicadores del plan-presupuesto de la CGR, así como en el contenido financiero del proyecto de presupuesto enviado al Poder Legislativo. Lo anterior significa que la CGR tiene plena libertad de proponer su propio presupuesto de acuerdo con su plan de fiscalización y necesidades propias para atender sus competencias constitucionales y legales. Sin embargo, es aprobado –o ajustado– por la Asamblea Legislativa cuando decide sobre el presupuesto nacional con fundamento a la discrecionalidad que ostenta en ese ámbito.

Contraloría General de la República								
Descripción	Año							
	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
DIRECCIÓN ESTRATÉGICA Y DE APOYO	6 329 505 230,00	6 646 874 515,00	6 891 376 912,00	6 789 078 200,00	6 909 561 400,00	6 956 889 800,00	6 877 987 690	6 989 676 940
FISCALIZACIÓN SUPERIOR DE LA HACIENDA PÚBLICA	14 108 814 778,00	14 521 125 485,00	15 100 855 982,00	14 774 325 600,00	14 941 304 000,00	14 809 110 200,00	14 459 402 320	14 367 394 060
Proyecto enviado por el Ministerio de Hacienda a la Asamblea Legislativa								
DIRECCIÓN ESTRATÉGICA Y DE APOYO	6 329 505 000,00	6 646 874 500,00	6 891 143 800,00	6 703 537 000,00	6 887 404 000,00	6 834 500 000	6 917 000 000	
FISCALIZACIÓN SUPERIOR DE LA HACIENDA PÚBLICA	14 108 495 000,00	14 521 125 500,00	15 100 856 200,00	14 299 863 000,00	14 877 596 000,00	14 490 500 000	14 583 000 000	

Fuente: Anteproyecto de Presupuesto Ordinario <https://www.cgr.gub.uy/transparencia/finanzas.html>

Este cuadro refleja dos cuestiones importantes: 1. El anteproyecto de presupuesto presentado al Ministerio de Hacienda, distribuido por programa presupuestario. 2. El proyecto de presupuesto presentado por el Ministerio de Hacienda a la Asamblea Legislativa, distribuido por programa presupuestario. Misión del programa 9, “Dirección Estratégica y de Apoyo”, brindar el apoyo que requieran los procesos de la fiscalización integral a fin de contribuir a que estos se realicen en forma eficaz y eficiente, proporcionando oportunamente los recursos financieros, humanos, tecnológicos y materiales. Misión del programa

12, “Fiscalización Superior de la Hacienda Pública”, fiscalizar el uso de los fondos públicos que reciben las instituciones del Estado, para mejorar la gestión de la Hacienda Pública y contribuir al control político y ciudadano.

Controloría General de la República Presupuestos aprobados Período: 2015-2020							
Descripción	Año						
Programa	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Dirección Superior y Apoyo Administrativo	6.329.505.000	6.646.874.500	6.804.647.300	6.783.537.000	6.887.404.000	6.834.500.000	6.917.000.000
Fiscalización Superior de la Hacienda Pública	14.108.495.000	14.521.125.500	14.859.577.549	14.299.863.000	14.877.596.000	14.490.500.000	14.583.000.000

Fuente: Ley de Presupuesto Ordinario Institucional para el ejercicio económico <https://www.cgr.go.cr/01-cgr-transparencia-financiera.htm>

Este otro cuadro refleja el presupuesto aprobado por la Asamblea Legislativa por año, distribuido por programa presupuestario.

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Total	2.185.780	3.473.441	4.138.942	4.789.973	5.485.379	5.973.226	6.448.256	6.651.446	7.899.346	8.088.230	8.699.240	9.079.033	10.940.801	11.269.639
CGR	11.420	12.572	14.556	16.902	17.538	17.981	19.036	20.438	21.180	21.664	21.903	21.765	21.155	21.538
Relación CGR/Total	0,5%	0,36%	0,35%	0,35%	0,32%	0,30%	0,29%	0,31%	0,27%	0,27%	0,25%	0,24%	0,19%	0,20%
Crecimiento del presupuesto de la República	18,38%	18,88%	14,32%	15,22%	1,88%	7,98%	7,15%	16,88%	0,51%	11,74%	4,86%	16,71%	-3,84%	0,82%
Crecimiento del presupuesto de la CGR	8,55%	20,85%	10,01%	3,77%	2,58%	5,81%	7,38%	3,57%	3,24%	-0,85%	0,67%	-2,02%		

Finalmente, esta imagen, en su primera línea, refiere al Presupuesto aprobado por la Asamblea Legislativa para el año en curso (no incluye revalidaciones, modificaciones ni presupuestos extraordinarios). La segunda línea, refleja el porcentaje que representa la CGR del total presupuestado para el año en particular. En la línea tercera, se observa el crecimiento del presupuesto de la República. Y, en la última línea, el crecimiento del presupuesto de la CGR.

De previo a la referencia al Plan Estratégico Institucional, es imprescindible una referencia –aunque sea breve– a las ideas rectoras que marcan la ruta por la cual debe conducirse el Órgano Contralor. La visión: garantizar a la sociedad costarricense la vigilancia efectiva de la Hacienda Pública. La misión: ser el órgano constitucional auxiliar de la Asamblea Legislativa que fiscaliza el uso de los fondos públicos para mejorar la gestión de la Hacienda Pública y contribuir al control político y ciudadano. Los valores están constituidos por el respeto, la integridad, el compromiso, la justicia y la excelencia. También se cuenta con un Código de Conducta que incluye y desarrolla los anteriores criterios, así como los parámetros relacionados con la independencia, la objeti-

vidad, la competencia, la conducta profesional, la confidencialidad y la transparencia de todos los servidores públicos.¹⁴

Por su parte, en lo referido al contenido del Plan Estratégico Institucional de la CGR –actualmente el PEI 2013/2020–¹⁵, está sustentado y dirigido al aprovechamiento de las fortalezas institucionales, así como a la superación de debilidades y amenazas encontradas, fundado en un análisis de esos elementos, conocido como DOFA.¹⁶ Del mismo modo, para su elaboración, de acuerdo con el modelo de procedimientos de la CGR, se tuvo previsto aprovechar el mecanismo de Monitoreo del Entorno (enfocado a factores externos) y el de Diagnóstico Institucional (referido tanto a factores internos como externos), con la finalidad de consolidar insumos tanto al análisis DOFA como al planteamiento de objetivos, metas, estrategias e indicadores que conforman ese plan y a la aplicación de un sistema de priorización de esos elementos.

La estructura de contenido del PEI muestra un marco de resultados (marco lógico), con la debida priorización e interrelación de elementos (objetivos, estrategias, metas e indicadores). El Plan Estratégico Institucional 2013/2020 contiene seis objetivos (tres referidos a procesos sustantivos y tres a procesos de apoyo) con 13 indicadores en total y sus respectivas fichas explicativas (nueve sustantivos y cuatro de apoyo). Es una cantidad aceptable y razonable de mediciones que abarcan aspectos clave sobre el entorno operativo y las capacidades, e incluye medidas diseñadas para fortalecer el ambiente institucional.

¹⁴ Ver página web: <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docswb/documentos/cgr-transp/planes-politicas/politicas-inst/codigo-conducta-cgr-2017.pdf>.

¹⁵ Ver página web: <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docswb/documentos/cgr-transp/planes-politicas/plan-estrategico/pei-2013-2020.pdf>.

¹⁶ La matriz FODA, o análisis FODA, consiste en una estrategia de análisis, la cual puede aplicarse en cualquier situación, tanto de carácter individual como institucional. Se basa en identificar las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas, con el propósito de elaborar un cuadro situacional del objeto de estudio, así arribar a un diagnóstico preciso y exacto. Contienen las siguientes características: es un diagnóstico certero y completo, utiliza cuatro elementos para su desarrollo (fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas), trata de un análisis interno en el que se desarrollan las fortalezas y debilidades y de un análisis externo en el que intervienen las amenazas y oportunidades.

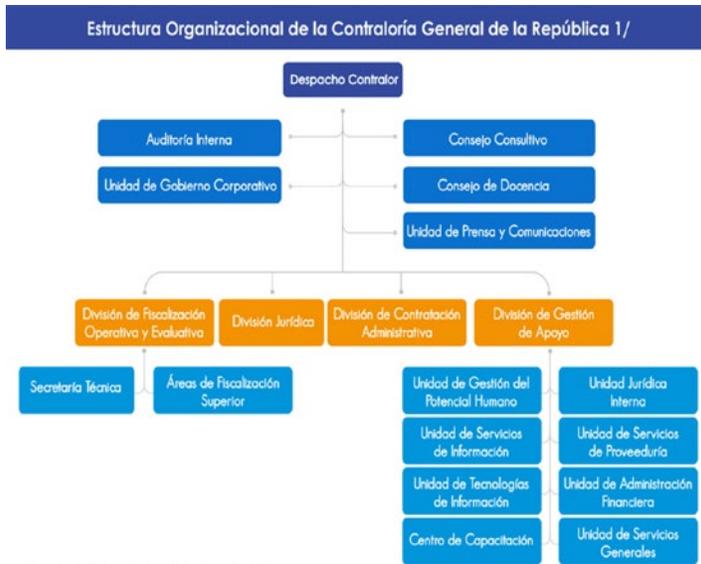
La independencia funcional y administrativa que posee la CGR para ejercer sus competencias administrativas le faculta para determinar sus propias reglas de funcionamiento. Así las cosas, establece su propia organización y reglamentación, su esquema de procesos o procedimientos de trabajo, su propio régimen autónomo de servicios del personal, la remuneración y contratación de personal fijo y de experticia externa, sus esquemas y metodologías de trabajo, su modelo de planificación de largo, mediano y corto plazo, la evaluación de los planes institucionales e individuales, entre otros aspectos. Como apoyo de lo expuesto, el artículo 23 de la LOCGR dispone sobre la potestad reglamentaria, otorgando la exclusividad para dictar los reglamentos autónomos de servicio y de organización, en las materias de su competencia constitucional y legal.

En el ámbito interno, la estructura organizacional que posea una EFS resulta de especial relevancia para su adecuado funcionamiento. Si bien siempre hay factores externos a considerar, también los internos son determinantes para mejorar su desempeño. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), ha sido consecuente en esta temática en sus acuerdos. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), han reconocido que las EFS fuertes e independientes tienen un rol protagónico en la generación de mayor confianza de parte de los ciudadanos, responsabilizando a las autoridades y gestores en la disposición de los recursos públicos.¹⁷ En ese mismo sentido, el propio Objetivo 16 de los ODS hace una especial referencia –específica– a la importancia de crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas en todos los niveles.¹⁸ Por tal razón, para fortalecer una EFS no es suficiente solo mejorar las habilidades personales, técnicas y profesionales de sus colaboradores. El enfoque debe ser integral y completo. Se debe centrar en el desarrollo institucional, el desarrollo organizacional y el desarrollo profesional.

En el caso de la EFS de Costa Rica, su estructura organizacional es la siguiente:

¹⁷ Resolución ONU A/C.2/69/L.25/Rev.1 2014.

¹⁸ Ver página web <https://sdgs.un.org/>.



1/ Resolución F/CD-34-2009. Contraloría General de la República. Despacho de la Contraloría General. San José, a las diez horas del veintidós de mayo de dos mil nueve.

El Despacho Contralor está conformado por una serie de unidades que le dan soporte en diversos temas de marcada relevancia, como son, la Auditoría Interna, Gobierno Corporativo, Consejo Consultivo, Consejo de Docencia y, la Unidad de Prensa y Comunicaciones. El resto de la institución está organizada con cuatro divisiones: División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, División Jurídica, División de Contratación Administrativa y División de Gestión de Apoyo. Las tres primeras, encargadas de realizar las funciones sustantivas de fiscalización por medio de los diferentes procedimientos de control, y la última, pieza clave para contribuir con las anteriores dentro de la dimensión de administración activa.

Realizar las tareas del Órgano Contralor de manera independiente, objetiva y eficaz, no solo depende de los factores externos, sino que también, depende ampliamente de la forma en que está organizada, así como la regulación interna de sus unidades como centros de acción que desarrollan procedimientos y dictan conductas administrativas que afectan en sentido positivo o negativo la esfera jurídica de las personas, sean físicas o jurídicas, públicas o privadas. Sus titulares y equipo de colaboradores, como responsables directos de su buen funcionamiento, están en constante ejercicio de sus competencias administrativas, por lo que es permanente la existencia de diversas relaciones jurídico

administrativas entre la EFS y los sujetos pasivos de fiscalización. De tal manera, debe estar en constante mejora su capacidad institucional para cumplir con sus mandatos legales con parámetros de calidad y excelencia, entre lo que está su diseño orgánico o estructura organizacional.

VI. Competencias constitucionales y legales: modelo de control externo

La CGR es el Órgano Rector del Ordenamiento o Sistema de Control y Fiscalización Superior de la Hacienda Pública de Costa Rica. Los componentes orgánicos –generales– de ese sistema son la Administración Pública fiscalizada, las auditorías internas encargadas del control interno, y el propio Órgano Contralor, encargado del control externo.

Para llevar adelante la vigilancia de los recursos públicos, desde el ámbito del control externo, las principales competencias jurídicas otorgadas a la CGR, de conformidad con la Constitución Política y la LOCGR, son: legitimación procesal activa (demandante) y pasiva (demandado) en sede judicial, así como la posibilidad de coadyuvar a cualquier parte procesal o participar como “amicus curie” en auxilio de la función jurisdiccional (3, 35 y 36 de la LOCGR, 10.3 y 12.5 del Código Procesal Contencioso Administrativo), potestad de control de legalidad y eficiencia (11 y 17 de la LOCGR), fiscalización presupuestaria (18 y 19 de la LOCGR), potestad de aprobación de actos y contratos (20 de la LOCGR), potestad de realizar auditorías (21 de la LOCGR), potestad de investigación (22 de la LOCGR), potestad reglamentaria (23 de la LOCGR), potestad de dirección en materia de fiscalización (24 de la LOCGR), potestad sobre control de ingresos y exoneraciones (25 de la LOCGR), potestad sobre auditorías internas (26 de la LOCGR), posibilidad de ordenar la contratación de auditorías externas (27 de la LOCGR), declaración de nulidad (28 de la LOCGR), potestad consultiva (29 de la LOCGR), potestad de informar y asesorar (31 de la LOCGR), potestad de recomendar medidas precautorias y de ordenar y recomendar sanciones (67 y 68 de la LOCGR), entre otras.

El modelo de control externo asignado a la CGR es, en primer término, *previo* (conoce de los recursos de objeción al cartel, recursos de apelación de actos de adjudicación, refrendo de contratos administrativos y aprobación presupuestaria de los entes descentralizados); y segundo lugar, *posterior* (todas las demás atribuciones: auditorías, investigaciones,

tramitación de procedimientos administrativos para depurar responsabilidades, actividad procesal en sede jurisdiccional, etc.).

Más adelante se describirán las más destacadas funciones desde las dos perspectivas, sea como control previo y posterior. De momento, señalar, a propósito de este esquema de control externo costarricense, uno de los retos que mantiene el Estado consiste en avanzar hacia una profunda transformación de sus estructuras, una verdadera y real reforma del Estado, dada la urgente necesidad de gestionar con mayor transparencia la función pública, en el marco de una cultura de rendición de cuentas, con especial acercamiento y creación de espacios de participación ciudadana, considerando el máximo aprovechamiento de los escasos recursos públicos y las evidentes dificultades financieras actuales, para responder de manera eficiente, eficaz, económica, oportuna y en igualdad a las necesidades de la sociedad.

El accionar estatal debe estar orientado al logro de los fines públicos establecidos en el ordenamiento jurídico, al fiel cumplimiento de sus propios objetivos, por consiguiente, la permanente necesidad de simplificar los trámites administrativos, buscar la mayor economía, sostenibilidad financiera y bajar los costos de la gestión pública, el buen funcionamiento de los servicios públicos, y el rediseño, optimización y automatización de sus procesos para eliminar la arbitrariedad, el abuso y desviación de poder, así como ajustar los controles (internos y externos) que no agreguen valor público, que lejos de contribuir en las gestiones alcanzando los resultados esperados de acuerdo con los fines públicos de cada órgano o ente administrativo, tenga como efecto jurídico directo el alejamiento a los establecido en la normativa. Es decir, el Estado es un medio para alcanzar los fines públicos, ningún componente del sistema institucional debe ser un obstáculo para su consecución, entre ellos, los controles externos, los que deben ser especialmente expeditos, eficientes, preventivos, y posteriores, bajo un esquema de mayor empoderamiento, autonomía, responsabilidad y liderazgo para los tomadores de decisiones.

En este orden de ideas, los sistemas de control externo no pueden provocar un desbalance entre “el hacer” y “el vigilar”. Encontrar el punto clave de este balance es primordial para la instrumentalización de un Estado Social y Democrático de Derecho, no es un tema menor o de un simple acomodo de organización administrativa. Constituye un abanico de implicaciones y efectos jurídicos en lo tocante a las responsabilidades de todos los máximos jerarcas y sus titulares subordinados,

la separación efectiva de roles de los sujetos públicos de la administración pública y la materialización de sus conductas administrativas, con especial relevancia en el buen funcionamiento de los servicios públicos.

Ahora bien, en el marco de las competencias jurídicas asignadas a la CGR, desde la perspectiva de la fiscalización posterior, no hay ámbitos o parcelas exentas del control externo que ejerce sobre la actividad financiera del Estado. Eso implica, el criterio medular para determinar que la CGR puede, o más bien debe ejercer control, es de carácter objetivo. En otras palabras, donde hay recursos públicos, ahí es competente el Órgano Contralor para ejercer cualquiera de sus potestades, sin que se vea limitada por la naturaleza jurídica del sujeto pasivo quien tiene a su cargo la disposición de ese patrimonio público. Por esa razón, es posible fiscalizar sujetos privados en los términos indicados.

Por último, señalar que la CGR debe rendir un informe a la Asamblea Legislativa todos los años. De conformidad con el numeral 184.3 de la Constitución Política, es su deber “Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugerencias que este considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos”.

VII. Atribuciones de la CGR

a) Procesos de auditoría

No obstante la variedad de funciones que puedan ostentar una EFS, este tipo de potestad es común en todas ellas. Ello a sugerido la emisión de normas técnicas para su orientación a nivel internacional, con el objetivo de homologar conceptos, diseñar procedimientos estandarizados y establecer criterios de control de calidad, normas¹⁹ que han sido diseñadas, especialmente, por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI).

¹⁹ Emite dos tipos de normas profesionales: las Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI) y las Directrices de la INTOSAI para la Buena Gobernanza (INTOSAI GOV).

En el ámbito nacional, el artículo 21 de la LOCGR, reconoce de manera expresa la facultad para realizar auditorías, al señalar lo siguiente: *Potestad de realizar auditorías: La Contraloría General de la República podrá realizar auditorías financieras, operativas y de carácter especial en los sujetos pasivos. Dentro del ámbito de su competencia, la Contraloría General de la República podrá acordar con las entidades fiscalizadoras superiores de otros países, la realización de auditorías individuales o conjuntas, en uno o en varios de ellos, con las salvedades que imponga cada legislación.*

Esta potestad tiene una característica muy particular en el régimen jurídico costarricense, desde el punto de vista de la eficacia de las disposiciones que se emiten en los informes. De conformidad con el párrafo 2° del numeral 12 de la LOCGR, lo que disponga el Órgano Contralor es de carácter “vinculante”, y por lo tanto, de obligado cumplimiento por parte de los sujetos pasivos de fiscalización. Los auditados deben cumplir obligatoriamente con las disposiciones que se les comuniquen por medio de los informes de fiscalización. Sobre el particular, dicha norma dispone: *Las disposiciones, normas, políticas y directrices que ella dicte, dentro del ámbito de su competencia, son de acatamiento obligatorio y prevalecerán sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que se le opongan.*

Como complemento, el precepto 17 de esa misma norma establece sobre la potestad de control de eficiencia sobre los sujetos pasivos. Mandato que se materializa por medio del desarrollo de los procedimientos de auditoría.

Este proceso es una de las manifestaciones de la fiscalización posterior, la común y ordinaria, en ese sentido, destacar que no es un fin en sí mismo, por el contrario, tiene un propósito instrumental, como un medio para alcanzar objetivos públicos, mediante el cual la EFS genera valor público, esto es, contribuye a la mejora de la gestión pública. Consiste en un examen objetivo, sistémico y profesional de la gestión de un sujeto sometido al control. El proceso se ejecuta de acuerdo con normas técnicas que velan por su objetividad, independencia y calidad, cuya finalidad es señalar las desviaciones cometidas por las Administraciones Públicas para que adopten las medidas correctivas que estimen convenientes y pertinentes. Todos los informes que se elaboran en esta materia, una vez finalizados, están a disposición de cualquier persona en la página web de la CGR: <https://cgrwo1.cgr.go.cr/apex/f?p=164:7:0:>

b) Aprobación de presupuestos públicos

El presupuesto público es una herramienta de las entidades públicas para la asignación de recursos públicos con la finalidad de satisfacer los intereses y necesidades de la sociedad. Así las cosas, el requisito de aprobación de esos presupuestos ha surgido como un mecanismo de control previo. Está en manos de la Asamblea Legislativa para efectos de aprobar los presupuestos de la Administración Central, los Poderes Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, sus dependencias y órganos auxiliares. A cargo de la CGR, corresponde la aprobación de esta materia del sector descentralizado, así como de otros sujetos que el propio legislador ordinario ha ido ampliando en su ámbito competencial.

Para tal efecto, se le concibe a este instrumento como la expresión financiera del plan de una entidad pública, lo que implica una estrecha vinculación entre los aspectos financieros y los planes institucionales de corto, mediano y largo plazo, así como con la planificación sectorial y nacional, según corresponda. No corresponde a una simple lista de gastos, sino a un instrumento de gestión administrativa para alcanzar los intereses generales. La Sala Constitucional,²⁰ por su parte, lo ha reconocido como un concepto que ha evolucionado, en el tanto pasó de ser un documento jurídico contable, a un instrumento técnico organizador de la economía del Estado, lo que confirma su función de plan y control.

Contribuye a una gestión más eficiente, eficaz y económica, expresa la toma de decisiones acerca del probable curso de los gastos e ingresos de las Administraciones Públicas en un lapso de tiempo determinado como mecanismo de previsión, lo que implica –indudablemente– la racionalización y la priorización del uso de recursos –ya de por sí escasos y en condiciones actuales críticas– ante múltiples y exigentes demandas de la sociedad. Constituye un mecanismo de planificación, dirección y control, tanto interno, de la propia Administración Pública, como externo, político, ciudadano y hacendario. Es el resultado de un proceso presupuestario que contiene un conjunto de fases continuas, dinámicas, participativas y flexibles, mediante el cual se formula, aprueba, ejecuta, controla y evalúa la gestión institucional, en sus dimensiones físicas y financieras, con fundamento en el ordenamiento jurídico.

²⁰ Sala Constitucional, voto no. 0760-92, de las 15:15 horas del 11 de marzo de 1992.

La entidad pública es quien ejecuta cada una de las fases o etapas del proceso presupuestario. En concreto, en la etapa de aprobación, la autoridad competente de la administración activa finaliza dicha fase con la aprobación del documento presupuestario –presupuesto inicial, presupuestos extraordinarios y modificaciones presupuestarias–, actividad que se define como la aprobación interna. Algunos de estos documentos presupuestarios pueden estar sometidos a una aprobación externa. Precisamente, la potestad de aprobación presupuestaria por parte de la CGR se encuentra en dicho momento, como un control externo a las Administraciones Descentralizadas y otros sujetos específicos por mandato del legislador.

En la línea de lo expuesto, el artículo 184 constitucional contempla en su inciso 2)²¹, entre otras funciones, aprobar o improbar los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas. Igualmente, el numeral 175²², dispone que las municipalidades requieren de la aprobación de la CGR para entrar en vigencia.

Bajo este modelo, la CGR aprueba cerca de dos terceras partes del gasto público total. La Asamblea Legislativa aprueba en el presupuesto de la República tan solo un tercio.²³ Es un esquema de control presupuestario atípico, pero tiene su base en un modelo de Estado planteado por el constituyente originario para impedir la intromisión política en el cumplimiento de los fines y objetivos encargados al sector descentralizado.

²¹ Artículo 184.- Son deberes y atribuciones de la Contraloría: ...2) Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas...

²² Artículo 175.- Las Municipalidades dictarán sus presupuestos ordinarios o extraordinarios, los cuales necesitarán para entrar en vigencia, la aprobación de la Contraloría General...

²³ Contraloría General de la República. “Fortalecimiento del control y gestión presupuestaria en el Gobierno de la República”. En Memoria Anual 2012, 12. La CGR indica que corresponde a la CGR aprobar el presupuesto de aproximadamente 200 instituciones, órganos y entes públicos, 49 entes privados y 23 fideicomisos, para un monto total de 11,5 billones de colones para el ejercicio económico de 2012. Esto corresponde al 66 % de la suma total, no consolidada, de los presupuestos públicos de gastos, correspondiéndole a la Asamblea Legislativa aprobar el 33 % restante, el cual ascendió a 5,71 billones de colones para el mismo ejercicio.

La CGR no forma parte de la voluntad administrativa de la entidad pública controlada. Más bien, se pronuncia con respecto a un acto administrativo que se presume válido, y debe determinar si le otorga su eficacia. No adopta decisiones de conveniencia u oportunidad, que son propias de la administración activa en manos de su jerarquía institucional, quien aprueba a lo interno el presupuesto que luego somete a conocimiento de la CGR.

Realiza un control de legalidad y técnico, según lo dispuesto en el canon 18 de la LOCGR, que dispone: *...La Contraloría General de la República fiscalizará que los presupuestos sean formulados y presentados para cada ejercicio, de conformidad con las disposiciones legales y técnicas. ...Cuando se trate de programas o proyectos cuya ejecución se extienda más allá de dicho período, la entidad que formule el presupuesto deberá demostrar, a satisfacción de la Contraloría General de la República, que dispondrá de la financiación complementaria para terminar el programa y el proyecto respectivo.*

El análisis consiste en que el presupuesto institucional cumpla sustancial y razonablemente los aspectos de legalidad y técnicos propios de un documento presupuestario. Posterior a esa revisión, se adopta una decisión definitiva. Se emite un acto razonado en el que se aprueba de forma total o parcial, o se imprueba en su totalidad.

c) Recursos en materia de contratación administrativa y el refrendo contralor

A la CGR se le han conferido facultades constitucionales y legales de suma relevancia en la vía administrativa en materia de compras públicas. En concreto, referente a la impugnación del cartel por medio del recurso de objeción, el reclamo contra el acto de adjudicación mediante el recurso de apelación, y ejercer el refrendo del contrato, entre otras competencias adicionales. Las dos primeras como parte de la construcción de la voluntad administrativa en términos de la validez de las decisiones que se adopten en las respectivas etapas del procedimiento; y la última, como un requisito de carácter constitucional para brindarle eficacia del contrato.

Las etapas de formulación de recursos administrativos por manifestaciones de las partes interesadas como inconformes de una actuación de trámite y/o de fondo en cualquier procedimiento administrativo, cobra especial importancia para el derecho de defensa y el debido proceso, pero también como parte del control de calidad de la propia

gestión pública. Es una oportunidad para los gestores públicos responsables, de verificar si lo resuelto se ajusta a Derecho.

En el procedimiento de contratación administrativa, la CGR tiene una participación como jerarca impropio, esto significa, que funge como jerarca en última instancia en la vía administrativa para conocer, específicamente, de los recursos de objeción contra el cartel como de los recursos de apelación contra los actos de adjudicación. Una vez en firme estos últimos, correspondería analizar la procedencia, por instancia de la propia Administración Pública, de la procedencia o no del refrendo. Todas estas facultades, no limitan, impiden u obstaculizan las labores de fiscalización que puede el Órgano Contralor gestionar en materia de compras públicas. Así las cosas, es evidente la intención del legislador, más allá de lo particular, de participar en el control “ex ante” y “ex post” en materia contractual.

En este apartado, tiene valor añadido la referencia al control previo, por que el proceso de fiscalización posterior, fue expuesto claramente en el abordaje de los procesos de auditoría, como parte de las funciones naturales y ordinarias de las EFS.

El recurso de objeción al cartel es el instrumento que tiene una parte interesada para buscar la garantía de los principios constitucionales de igualdad y libre competencia en los procedimientos de contratación administrativa. Por ejemplo, puede utilizarse cuando un posible oferente estima que en el cartel o pliego de condiciones existen cláusulas o requisitos específicos que evidencian o sugieren una intención de favorecer a participante específico, determinado, colocando a los demás en una situación de desventaja.

Su objetivo es remover cualquier obstáculo injustificado o arbitrario a la participación de cualquier proveedor, como evitar que se confieran ventajas a un eventual oferente en perjuicio de otros. De tal manera, el potencial oferente cumple un papel protagónico, en cuanto su pretensión debe radicar en la remoción de cláusulas infundadas en la técnica, lo legal o de carácter financiero. Este enfoque, debe superar la visión equivocada de que los recursos son meras oposiciones e inconformidades simples contra lo decidido, sino más bien, es el particular coadyuvando con la Administración en la depuración del cartel, normativa que será posteriormente el reglamento específico de la contratación, que debe velar por la selección de la oferta más conveniente y como fuente principal de derechos y obligaciones entre las partes una vez que se dicte el acto de adjudicación.

Este recurso debe ser resuelto en el plazo de 10 días hábiles siguientes a su interposición. Si no se resuelve, se entenderá por acogido favorablemente, en vista de que opera el silencio positivo. El plazo para su presentación dentro de una licitación pública –ante la CGR– y la abreviada –ante la propia Administración–, es dentro del primer tercio del plazo –para el cómputo no se deben tomar en cuenta las fracciones– para presentar las ofertas a partir del día siguiente de la publicación o de la invitación.

El recurso de apelación debe dirigirse contra el acto de adjudicación, contra el acto administrativo que escoge la oferta más idónea para cumplir con el objeto contractual. Su interposición impide la ejecución del contrato, mientras se resuelve se suspenden los efectos jurídicos de lo adjudicado, por lo que no es posible su formalización ni ejecución.

Si se trata de licitaciones públicas, el recurso debe presentarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la publicación del respectivo acto. Cuando se trate de licitaciones abreviadas, debe presentarse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación o publicación del acto de adjudicación.

La determinación de cuál recurso conoce la CGR o la propia Administración es por medio del monto de la contratación, y una serie de reglas que toman en cuenta el presupuesto de cada entidad licitante. Por tal motivo, cuando nos referimos al recurso administrativo que debe conocer la Administración Pública en los términos indicados, se debe denominar como recurso de revocatoria, partiendo de que quién adjudicó lo fue precisamente el jerarca. Si en un caso concreto, el superior máximo de una Administración no realiza esa tarea, en virtud de tener delegada la función, el recurso que cabe es –efectivamente– el de apelación por corresponderle al máximo jerarca conocer de dicha impugnación y agotar la vía administrativa.

La resolución que conoce del recurso de objeción al cartel, si bien es de trámite, se estima que tiene efectos propios. La decisión que resuelve el recurso de apelación es de carácter definitivo, como acto final último, por lo que agota la vía administrativa. Ambas resoluciones administrativas pueden ser controladas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en el entendido de que cuando se demande a la CGR, el agotamiento de la vía es preceptivo, y cuando se demande a la Administración activa es facultativo.

Con respecto al refrendo en la contratación administrativa, es un acto administrativo a través del cual se hace posible la ejecución del

contrato o su capacidad para surtir efectos jurídicos. Esa decisión está en manos de la CGR por disposición constitucional, según el numeral 184. Consiste en un acto de aprobación en materia de contratos administrativos. Las Administraciones Públicas están obligadas a gestionar y obtener dicha aprobación, previo a dar la orden de inicio de ejecución del respectivo contrato (artículo 20 de la LOCGR). Como se ve, tiene sustento constitucional y legal. Es un requisito indispensable, necesario y sustancial para que un contrato administrativo pueda ser ejecutado y eficaz. Es un acto de aprobación, no de autorización. Es de aprobación y pone fin a la fase de formalización contractual, en un punto intermedio entre el mismo procedimiento de contratación que promueve la Administración Pública y la fase de ejecución contractual. Es acto de control previo que concede eficacia al contrato sometido a la revisión de legalidad, por lo tanto, es inadmisibles revisar aspectos de oportunidad o conveniencia.

Dada la complejidad del sector público, la cantidad de contratos que se gestionan y los plazos razonables en que se espera que se resuelva el refrendo, entre otras justificaciones objetivas, la Sala Constitucional ha admitido la potestad de la CGR de reglamentar el ejercicio de este control previo. Así, delimitar los contratos administrativos que deben contar con el refrendo contralor, y cuáles deben obtener una aprobación interna en la propia Administración licitante. Es evidente que resulta imposible que el Órgano Contralor revise la legalidad previa de todos los contratos de del sector público costarricense, por lo que se acepta que pueda regular esta materia.

d) Atención de denuncias

El instrumento de la denuncia es un medio que el Estado pone al alcance de las personas con el fin de que puedan comunicar hechos que presumen como indebidos, irregulares o ilegales a las instancias públicas correspondientes, que en caso de resultar admisible según el ámbito de sus competencias de cada una, inicien una serie de actividades o acciones de investigación con el propósito de determinar si hay mérito para iniciar un procedimiento administrativo sancionador, interponer una denuncia penal, o gestionar una medida correctiva con el fin de ajustar a derecho el funcionamiento de la Administración Pública. En otras palabras, significa que una persona interesada –denunciante– puede poner en conocimiento una serie de hechos que estima disconformes –con la moral, la ética o el ordenamiento jurídico– vinculados

con la gestión pública, los servicios públicos o la disposición de fondos públicos, a un órgano competente, para que adopte todas las medidas necesarias y pertinentes en el ámbito correctivo o sancionatorio. Con lo anterior, se promueve y se desea constituir en un mecanismo de participación ciudadana²⁴, en la esfera del control y fiscalización de las políticas y la gestión pública.

Para el caso de la CGR, la potestad de investigar, de oficio o por requerimiento de un interesado se encuentra sustentado en el artículo 22 de la LOCGR. Del mismo modo, los numerales, 9 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y, 26 de su Reglamento, le otorgan la potestad de definir los procedimientos para su atención, admisibilidad y trámite de las denuncias que se le presenten y que sean atinentes al ámbito de su competencia.

El Área de Denuncias e Investigaciones de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa es la unidad de la CGR encargada de recibir y atender las denuncias, por ende, valorar su admisibilidad. Revisa si se admite, en caso afirmativo, procede a investigar. Es la oficina especializada para tramitar este tipo de gestiones, sin perjuicio, de que por razones de oportunidad o conveniencia otra área de esa misma División pueda hacerlo, brindar insumos o iniciar investigaciones para determinar posibles hechos irregulares.

Por imperativo legal, existe el deber de resguardar la identidad del denunciante, o cualquier elemento de la documentación que permita determinarlo, prohibición que no tiene límite de carácter temporal. Lo anterior significa, que este deber jurídico –en manos del órgano administrativo responsable de la atención de las denuncias– debe adoptar todas las medidas pertinentes y necesarias para proteger la identidad del denunciante o cualquier aspecto que lleve a averiguar quién es, durante todo su trámite: admisibilidad, investigación y elaboración de un producto. Más aún, finalizada la tramitación anterior, independientemente de si se generó un caso para la apertura de un procedimiento

²⁴ El numeral 3 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley 8422, señala: “El derecho a la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción se fundamenta en el libre acceso a la información, en la educación, en la organización y en el poder ciudadano de denuncia”.

sancionador, una disposición u orden para un sujeto pasivo, el archivo del asunto, etc., también se mantiene esta tutela de protección del nombre del denunciante o cualquier característica que ayude a revelar quién es. En concreto, esta garantía se mantiene para siempre.

Sumado a lo anterior, la documentación, pruebas aportadas y recopiladas, así como todas las evidencias del procedimiento de investigación, tienen el carácter de confidencial.²⁵ Esta característica de protección de la información, sí tiene límite temporal. Una vez finalizada la etapa de investigación, si el informe final tiene como resultado el archivo del caso o cualquier otra decisión no vinculada con la depuración de responsabilidades, estando en firme esa decisión, todo el expediente administrativo es público, con la salvedad indicada, claro está, sobre la confidencialidad de la identidad del denunciante. Si el informe final del proceso investigativo arroja como hipótesis la posibilidad de haberse cometido una conducta irregular por parte de un servidor público y se requiere la tramitación de un procedimiento administrativo para determinar la posible responsabilidad administrativa o civil, el carácter confidencial de todas las actuaciones se mantendrá hasta tanto se resuelva en definitiva el debido proceso. En otras palabras, cuando una investigación preliminar provoca el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, todo el expediente y sus piezas se mantienen como confidenciales hasta tanto se resuelva en definitiva la existencia o no de responsabilidades cometidas por un funcionario público. Esta limitación de acceso al expediente del procedimiento, es para cualquier interesado, excepto para las mismas partes involucradas.

Sobre este particular, la Sala Constitucional, ha señalado, como criterio reiterado, lo siguiente: *...Con base en esta norma, la Sala interpreta que existen, al menos, tres etapas en una investigación administrativa, cada una de las cuales se caracteriza por un grado distinto de acceso a la información. La primera se refiere al inicio de la denominada investigación preliminar, que puede comenzar con una denuncia, como en este caso, o con una actuación de oficio del Estado. Esta fase se relaciona con las primeras averiguaciones y pesquisas que realiza la*

²⁵ Ordinales 6 de la Ley General de Control Interno (Ley 8292) y 8 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley 8422).

Administración con el fin de determinar si en efecto hay mérito para iniciar un procedimiento administrativo formal. En este momento, la documentación recopilada y los dictámenes al efecto resultan confidenciales para cualquier persona en la medida que, por un lado, se deben garantizar los resultados de la investigación y, por otro lado, no existe certeza aún sobre la procedencia o no de lo denunciado...²⁶

Finalmente, como complemento a los temas de la protección de la identidad del denunciante y confidencialidad de la información, la CGR admite y promueve la presentación de denuncias anónimas, siempre y cuando aporten elementos de convicción suficientes y se encuentren soportadas en medios probatorios idóneos que permitan dar inicio a una investigación; de lo contrario, se procedería con el archivo de esta. En este supuesto, como en cualquier otro, en general, se promueve la denuncia responsable.

e) Legitimación procesal en sede jurisdiccional

En el marco de la importante labor de vigilancia de la Hacienda Pública, el legislador le otorgó una amplia posibilidad a la CGR de participar directamente en el ámbito procesal en diversas instancias jurisdiccionales, principalmente mencionar, en las materias: contencioso administrativo, constitucional, laboral y penal. Ostentar legitimación procesal plena constituye una útil y valiosa herramienta para el logro efectivo de sus fines: la tutela objetiva de la Hacienda Pública.

La participación procesal puede ser en sus dos vertientes. Activa, o como demandante. Y pasiva, como demandado. Este tipo de legitimación es un instrumento de control que fortalece en doble vía los derechos e intereses de las personas. En primer orden, admite revisar la regularidad legal y constitucional de los procedimientos y decisiones administrativas del Órgano Contralor, legitimación pasiva. En segundo lugar, lo faculta para llevar a estrados judiciales a sujetos públicos como privados en los distintos órdenes jurisdiccionales, legitimación activa.

²⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 2377-2006 del 24 de febrero de 2006. En el mismo sentido, considérense las resoluciones no. 9153-2010 del 21 de mayo de 2010, la no. 21280-2010 del 22 de diciembre de 2010, la no. 1001-2011 del 28 de enero de 2011 y la no. 3905-2011 del 23 de marzo de 2011.

En concreto, en lo tocante a la legitimación procesal de la CGR en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, por mandato constitucional y legal, su propósito es contribuir como una herramienta para vigilar y defender la Hacienda Pública, sin importar si el sujeto pasivo de fiscalización es público o privado²⁷, en tanto administre o custodie recursos públicos en virtud de cualquier título que lo habilite para tal efecto o tenga alguna vinculación jurídica con los recursos públicos. En este sentido, no solo se le dotó de potestades a la CGR, sino que se le reconoce también de otros mecanismos para ayudar en el control, en este caso, autorizando para ser parte procesal desde el punto de vista activo y pasivo. Sobre el particular, los redactores del Código Procesal de lo Contencioso Administrativo vigente a partir del 01 de enero de 2008, señalaron: *...es inevitable pormenorizar las distintas hipótesis a favor de la legitimación procesal de la Contraloría General de la República a la luz de la nueva legislación. En efecto, en primer término tenemos la legitimación activa de la Contraloría en materia de Hacienda Pública, a fin de asegurar o restablecer la legalidad ante conductas sujetas a su fiscalización o tutela. De esa manera, entonces, se retoma el precepto constitucional (artículo 183) a favor de la vigilancia de la Hacienda Pública. Esta misma dimensión permite ligar necesariamente la legitimación activa de la Contraloría con la posible coadyuvancia de esta, en la misma defensa, cuando no lo haga como parte principal, sino como parte accesoria o refleja en un determinado proceso donde existen partes principales en conflicto. (...) Tal coadyuvancia hace suponer, entonces, la doble dimensión legitimante, sea la coadyuvancia activa o sea la pasiva, según sean las pretensiones de las partes principales en relación con la defensa de la Hacienda Pública. En*

²⁷ Queda superada la idea de que solo los sujetos públicos pueden gestionar recursos públicos. De tal manera, desde un punto de vista amplio e integral, el control debe enfocarse desde una perspectiva objetiva, por lo que independientemente de la naturaleza jurídica del sujeto que administra dichos recursos, el control tiene acceso. En otras palabras, en el tanto los recursos sean públicos los controles públicos tienen acceso. En esta línea, la Sala Constitucional mediante la resolución no. 15786-2010 de las 9:13 horas del 24 de septiembre de 2010, dispuso, "... no puede perderse de vista la máxima de que, ahí donde van los fondos públicos va el control, en este caso, el que ejerce la Contraloría General de la República...".

*síntesis parcial, tenemos dos claras manifestaciones de la legitimación: de un lado, la legitimación para ser parte demandante y, del otro lado, la legitimación para ser coadyuvante activa o pasiva en relación con un determinado proceso y las pretensiones de las partes, todo para la salvaguardia de la Hacienda Pública, como derivación necesaria y refleja de la normativa constitucional.*²⁸

La atribución a la CGR es una legitimación procesal objetiva para accionar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda. Lo que implica una amplia facultad de pretender el control de legalidad de todas las manifestaciones de la función administrativa de las Administraciones Públicas o de cualquier sujeto privado –físico o jurídico– que gestione recursos públicos o que haya vulnerado el Ordenamiento de Control y Fiscalización de la Hacienda Pública. Esta posición ha sido ratificada por varias resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo, que al efecto ha indicado: *La actora cuenta con suficiente legitimación activa para participar en este proceso a la luz del artículo 10 inciso 3) del Código Procesal Contencioso Administrativo. Ello por cuanto se trata de la defensa y tutela de bienes que componen la Hacienda Pública, según lo disponen los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ya que estamos en presencia de la recuperación y tutela de un bien de dominio público. Además, se encuentra debidamente representada de conformidad con los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.*²⁹

Por lo anterior, queda absolutamente patente que la CGR puede utilizar cualquier remedio jurisdiccional en esta sede, con el fin de garantizar, asegurar o restablecer la legalidad de las conductas administrativas, lo cual genera un importante reconocimiento de su condición procesal, pero especialmente un reforzamiento y ampliación de sus potestades de fiscalización.

Del mismo modo, cabe señalar, cuenta con la facultad de apersonarse –en cualquier etapa del proceso– como coadyuvante activo o pasivo,

²⁸ González Camacho, Ó. y otros, *El nuevo proceso contencioso – administrativo*, San José: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2006, pág. 108.

²⁹ Resolución no. 3609-2010 de las 16 horas del 23 de septiembre de 2010 del Tribunal Contencioso Administrativo.

o bien, intervenir bajo la figura del “amicus curiae”, con la finalidad de prestar auxilio técnico al juez.

Desde el ámbito de la legitimación procesal pasiva, implica que cualquier conducta emanada de la CGR, como administración activa³⁰ o en su ejercicio de la función fiscalizadora³¹, se le considerará como parte demandada de manera separada o en conjunto con otro sujeto público.

Con respecto a legitimación especial ante la Jurisdicción Constitucional, es la ley en ese ámbito, en sus numerales 75 y 96, establecieron una legitimación directa para la CGR, para el control de constitucionalidad de las leyes, así como la consulta de constitucionalidad –de forma previa– sobre proyectos de ley que podrían afectar la Hacienda Pública o incluso sus potestades y facultades como órgano de rango constitucional. El primero de esos artículos, otorga una legitimación de carácter abstracto, directa y necesaria para efectos de interponer acciones de inconstitucionalidad, sin necesidad de que exista un asunto previo o de base en sede jurisdiccional o administrativa.³² El segundo ordinal, le permite entablar consultas de constitucionalidad durante la tramitación del procedimiento legislativo, pero antes de la aprobación definitiva de la norma, cuando se trate de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos se estimen ignorados, mal interpretados o indebidamente aplicados los principios o normas relativos a sus competencias constitucionales.

En referencia a la intervención procesal en procesos laborales, destaca su participación como coadyuvante en aquellos en los que la pretensión objeto se encuentra regulada dentro del ordenamiento jurídico relativo al control y fiscalización de la Hacienda Pública. El artículo 35 de la LOCGR dispone la obligación de las instancias judiciales

³⁰ Algunos ejemplos clásicos: cuando la CGR ha sancionado algún servidor público de su propia institución, un funcionario está inconforme con algún rubro de su salario, o un contratista decide demandar al Órgano Contralor por incumplimiento contractual.

³¹ Ejemplos sobre este tipo de función: cuestionamientos judiciales sobre la validez de decisiones en procesos de auditoría, control previo en materia de compras públicas, por improbaciones presupuestarias, etc.

³² Ver resolución no. 7730-2000 de las 14:47 horas del 30 de agosto de 2000 de la Sala Constitucional.

que conozcan de procesos en esta materia, de dar traslado –notificar– a la CGR, para que, si así lo estima procedente, se apersona como coadyuvante. El objeto de este tipo de asuntos usualmente ha versado sobre pretender el reconocimiento irregular de componentes salariales o que se mantengan indefinidamente, en detrimento del uso eficiente, disposición y administración de recursos públicos pertenecientes a la Hacienda Pública.

En cuanto a la dinámica de participación en material penal, la CGR atiende denuncias –las que recibe en el Área de Denuncias– con contenido sobre conductas presuntamente delictivas, por lo que una vez avanzado el proceso de investigación en sede administrativa y determinando la probabilidad razonable de haberse cometido un ilícito penal, procede a poner en conocimiento del Ministerio Público, esto es, con los insumos generados en el ámbito de su competencia interpone una denuncia penal ante la Fiscalía que corresponda. Sumado a ello, ostenta un rol proactivo en el cause de sus investigaciones –a pesar de las limitaciones³³–, en la recopilación de prueba, la redacción e interposición de denuncias, pero también en la presentación de querellas y acciones civiles resarcitorias, la solicitud y defensa en audiencia de medidas cautelares, etc. Puntualmente, ejerce una participación en todo el proceso penal, sin que implique asumir un rol que no le corresponde o sustituir el papel de otros sujetos procesales, como el de la Procuraduría General de la República o el propio Ministerio Público.

Tanto por la especialidad de esta materia, como por la relevancia de perseguir los delitos funcionales, conocidos también como delitos contra la función pública, delitos contra la Administración Pública o delitos contra la Hacienda Pública, ha sido muy importante las coordinaciones con otros órganos vinculados de manera estrecha con el ámbito penal. En ese sentido, hay una constante coordinación y un diálogo técnico jurídico con el Ministerio Público, la Procuraduría

³³ Las competencias y facultades en la etapa de investigación por parte de la CGR, son las que naturalmente se le conceden a un órgano de carácter administrativo, con algunas de carácter especial con el fin de empoderar a los servidores públicos encargados de esta difícil pero importante función: potestad de acceso a la información, potestad de certificarla, guardián de las declaraciones juradas, etc. En este orden de ideas, no es factible aplicar herramientas que son propias del Ministerio Público o de los Jueces de la República.

General de la República y el Instituto Costarricense sobre Drogas, comunicaciones lideradas por la División Jurídica de la CGR. Todas estas entidades tienen en común que uno de sus mandatos prioritarios es la lucha contra la corrupción. Aunado a lo anterior, se constituyó una Comisión Interinstitucional para la Lucha Contra la Corrupción, mediante la suscripción de la “Carta de Intención entre la Contraloría General de la República, el Instituto Costarricense sobre Drogas, la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público para conformar una alianza estratégica para la lucha contra la corrupción”. Este instrumento se firmó durante la celebración del IV Congreso Nacional de Gestión y Fiscalización de la Hacienda Pública, celebrado en la ciudad de San José, el 30 de junio de 2010, cuya organización estuvo a cargo de la CGR.

Los procesos penales en los que participa la CGR están relacionados especialmente con los delitos de enriquecimiento ilícito, falsedad en la declaración jurada, administración o legislación en provecho propio, pago irregular de contratos administrativos³⁴, peculado y malversación.³⁵ Como se indicó líneas atrás, el papel del Órgano Contralor es de forma directa y activa en todas las etapas del proceso penal, con la interposición de la denuncia, su seguimiento y la colaboración con el Ministerio Público en la etapa de investigación, como en la intervención en audiencias de medidas cautelares, audiencias preliminares, audiencias de juicio, interposición de recursos, querellas y acciones civiles resarcitorias, en el marco de la facultad de participar como parte procesal en dichos asuntos. El fundamento normativo está en los numerales 35 y 36³⁶ de la LOCGR, complementados por el artículo 16 del Código Procesal Penal.³⁷

³⁴ Todos ellos regulados en los numerales 45, 46, 48 y 51 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, no. 8422.

³⁵ Artículos 354 y 356 del Código Penal, no. 4573.

³⁶ El canon 36 de la LOCGR dispone que la CGR ostenta las mismas garantías y facultades procesales asignadas por ley a la Procuraduría General de la República.

³⁷ Ese precepto señala: “Acción penal. La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos. En los delitos contra la seguridad de la Nación, la tranquilidad

Esa condición ha sido confirmada por diferentes resoluciones judiciales. Por ejemplo, las resoluciones no. 127-2000 de las 9:40 horas del 4 de febrero de 2000 y no. 685-2003 de las 15:00 horas del 12 de agosto de 2003, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido y ratificado la legitimación que ostenta el Órgano Contralor en materia penal y, más recientemente, esta misma Sala, mediante la sentencia no. 877-2011 de las 10:15 horas del 22 de julio de 2011, que en lo pertinente, señaló: “Para proceder a analizar los aspectos cuestionados, debe partirse de lo dispuesto por la normativa nacional sobre el tema. De conformidad con el artículo 16 del Código Procesal Penal: “La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos. En los delitos contra... la hacienda pública, los deberes de la función pública... y los contenidos en la... Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos... la Procuraduría General de la República también podrá ejercer directamente esa acción, sin subordinarse a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público...”. Por su parte el numeral 35 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone: *...La Contraloría General de la República tendrá legitimación procesal activa para la tutela objetiva de la Hacienda Pública o de los fondos públicos sujetos a su fiscalización, de acuerdo con las normas procesales vigentes, sin perjuicio de las facultades de que gozan para el efecto la Procuraduría General de la República y cualesquiera otros entes u órganos públicos...* Asimismo, el ordinal 36 de este mismo cuerpo normativo señala: *... La Contraloría General de la República contará, en lo conducente, con las mismas garantías y facultades procesales, asignadas por ley a la*

pública, los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo-terrestre, la hacienda pública, los deberes de la función pública, los ilícitos tributarios y los contenidos en la Ley de aduanas, N° 7557, de 20 de octubre de 1995; la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica, N° 7558, de 3 de noviembre de 1995 y la Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, N° 6872, de 17 de junio de 1983, la Procuraduría General de la República también podrá ejercer directamente esa acción, sin subordinarse a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público. En los asuntos iniciados por acción de la Procuraduría, esta se tendrá como parte y podrá ejercer los mismos recursos que el presente Código le concede al Ministerio Público”.

Procuraduría General de la República. Finalmente, el artículo 75 del Código Procesal Penal destaca que la víctima puede provocar la persecución penal, adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio, derecho que tendrá cualquier persona: ... *Contra funcionarios públicos, que en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos, cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos...*

En resumen, la legitimación procesal de la CGR, especialmente ante la facultad de ejercer una función y papel proactivo en cualquiera de las diferentes sedes jurisdiccionales, constituye una herramienta útil, pertinente, fundamental, y con una gran posibilidad de potenciar el control de la actividad de las Administraciones Públicas como de los sujetos privados que gestionen recursos públicos o hayan afectado el Ordenamiento de Control y Fiscalización de la Hacienda Pública. De tal manera, es instrumento potente para contribuir en el cumplimiento de la misión y visión institucional en aras de atender las competencias constitucionales y legales otorgadas al Órgano Contralor en su condición de vigilante de la Hacienda Pública.

f) Atención de consultas

La función consultiva dentro de la gestión pública tiene una finalidad preventiva, de orientación y asesoría en el tema de la formación de la voluntad administrativa. Se ha reconocido el papel que ejercen los órganos consultivos de frente a la administración activa, labor que ejercen mediante la emisión de dictámenes o informes, de carácter técnico jurídico, de forma independiente, vinculantes o no, con la intención de generar insumos legales de carácter general de previo a la toma de una decisión. Si la decisión de fondo ya fue tomada, carece de interés que el órgano consultivo externe su criterio al respecto. Tampoco se ejerce de oficio, más bien, en todos los casos, debe ser gestionada por la institución interesada. También el órgano consultivo está impedido de atender consultas concretas o atinentes a casos particulares, ya que solo puede brindar posiciones jurídicas en términos generales.

Esta función, cuando la administración activa decide hacer la consulta –no es obligatorio–, será parte integrante del procedimiento administrativo, constituirá una fase de este, que debe ser la etapa previa del

dictado del acto final. Desde esta perspectiva, son actos preparatorios, por lo que no tienen efectos jurídicos respecto de la parte interesada.

En Costa Rica, la CGR y la Procuraduría General de la República, cada una en su ámbito de competencia, emiten criterios consultivos con efectos vinculantes por disposición expresa de sus leyes orgánicas. En concreto, el numeral 29 de la LOCGR establece la potestad consultiva especializada en materia de Hacienda Pública, como una forma de contribuir en las adecuadas decisiones de los sujetos públicos, así como una manifestación de control previo y preventivo sobre el uso de los recursos públicos.

La función consultiva implica una gran responsabilidad para el Órgano Contralor. Consiste en un análisis e interpretación del ordenamiento jurídico de control y fiscalización, con la finalidad de garantizar la legalidad y eficiencia de los controles internos y la adecuada disposición de los fondos públicos. Esta competencia se orienta a dar cumplimiento al sistema de control y fiscalización, así como a apoyar la toma de decisiones en la gestión de dichos fondos.

El precepto que da fundamento a esta competencia señala las condiciones subjetivas y objetivas para su ejercicio. En cuanto a las primeras, la CGR atiende consultas a instancia de los órganos parlamentarios y diputados que requieran de la función auxiliar del órgano de control de la Hacienda Pública; de los sujetos pasivos de su fiscalización –la administración pública central y descentralizada, empresas públicas y sujetos privados que administran o custodian fondos públicos, auditorías internas; y de los sujetos privados que aunque no fungen como administradores o custodios de fondos públicos a criterio de la CGR tienen un vínculo directo y relevante con la Hacienda Pública.

Otra característica es que sus pronunciamientos son vinculantes para el sujeto que realizó la consulta, así como su condición de ser impugnables o recurribles. Esto supone que la postura jurídica definida en el criterio jurídico contralor resulta de obligado acatamiento para el sujeto pasivo consultante, pero puede interponer el recurso de revocatoria con apelación en subsidio. La excepción al efecto vinculante es en aquellos dictámenes que respondan a solicitudes de órganos parlamentarios o diputados de la República.

En términos muy generales, el ámbito competencial del Órgano Contralor es en todos aquellos temas en los que se solicite la posición jurídica en materia de presupuesto, contratación, uso o disposición de recursos públicos.

Con la finalidad de proporcionar reglas claras a los usuarios sobre el procedimiento de la función consultiva, la CGR ha elaborado regulación al respecto. Primero se tuvo una circular sobre la atención de consultas, no. CO-529 de 26 de mayo de 2000. Posteriormente, el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la CGR, no. R-DC-197-2011 de las ocho horas del 13 de diciembre de 2011, la cual se encuentra vigente en la actualidad. Esta última normativa hizo un importante esfuerzo por regular con mayor detalle el régimen jurídico de la potestad consultiva, como también las diferentes fases del procedimiento consultivo: presentación y requisitos de admisibilidad, sobre su análisis, emisión de dictamen consultivo y comunicación del acto final.

Dicha normativa incorporó como elemento innovador, la integración en el procedimiento administrativo de los sujetos que puedan tener un interés en el objeto consultado. Esta apertura, sobre la participación de terceros, permite la posibilidad de incorporar al análisis de fondo, la posición jurídico-técnica de quienes se encuentren relacionados por su ámbito de competencia, o por la vinculación con la esfera jurídica de un sujeto privado legitimado para consultar. Se pretende realizar un estudio completo e informado por medio de la incorporación de otros sujetos interesados en el procedimiento consultivo.

Otras incorporaciones novedosas del reglamento, refiere a la posibilidad de requerir información del consultante u otras instancias públicas, el informalismo y oficiosidad durante la tramitación de la consulta, la posibilidad de incorporar la oralidad y la notificación de los actos dictados.

En lo tocante a los requisitos de admisibilidad, se establecen exigencias de fondo, como la competencia de la CGR, la interposición de la consulta por el jerarca u órgano superior de la administración pública, la imposibilidad de atender situaciones particulares propias del ámbito de la gestión administrativa, y la legitimación de sujetos privados vinculados con Hacienda Pública.

Los supuestos de forma, como el criterio jurídico, la fundamentación del objeto consultado por el auditor interno, la firma de la consulta, la claridad del objeto de la consulta, entre otros, ordenan la presentación y calidad de las gestiones consultivas. En algunos casos, es posible realizar una prevención para subsanar alguna omisión o defecto en los requisitos mencionados. Bajo el apercibimiento de archivar la gestión.

El criterio jurídico o técnico no se exige para auditores internos y órganos legislativos, por ser estos órganos de control interno y de control político, respectivamente. Es evidente que ostentan una posición jurídica distinta a la administración activa.

A nivel reglamentario se incorporó un plazo de atención de las consultas, lo que ha permitido contribuir con la eficiencia y oportunidad del procedimiento administrativo en el marco de la atención de una necesidad de asesoría en materia de Hacienda Pública de los sujetos pasivos de la fiscalización y sujetos privados vinculados con la Hacienda Pública. Así las cosas, se establece un plazo de 30 días hábiles para atender las solicitudes consultivas a partir de su ingreso a la institución.

Este proceso consultivo se enmarca en una de las potestades que genera oportunamente insumos y criterios técnicos – jurídicos a los sujetos públicos interesados, con el propósito de orientar a la administración pública, a las auditorías internas, a la Asamblea Legislativa y a los sujetos privados vinculados con fondos públicos en temas de Hacienda Pública. Es una función de carácter preventiva en la gestión de los recursos públicos en general, desde la perspectiva de apoyar, colaborar y asesorar en la toma de decisiones en gestión pública.

g) Depuración de responsabilidades

La CGR es un órgano de carácter administrativo, posee una serie de facultades y atribuciones que le permiten dictar –en esa vía– conductas administrativas con el fin de vigilar la Hacienda Pública, por ello, sus competencias lo son exclusivamente en ese ámbito. No tiene competencias ni facultades jurisdiccionales. Por ese motivo, todas sus actuaciones pueden ser sometidas al control judicial del Juez de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Lo anterior, que no se confunda, como se desarrolló en el apartado e) de este breve estudio, con la facultad y legitimación procesal que le permite participar dentro de procesos judiciales.

En este marco de acción, tiene la facultad de investigar, tramitar y establecer mediante un acto administrativo final, si una persona (servidor o exservidor público) ha cometido una infracción al ordenamiento jurídico, con dolo o culpa grave, que amerite la imposición de una sanción administrativa –amonestación, suspensión, despido y/o la prohibición de ingreso o reingreso a un cargo de la Hacienda Pública–, de conformidad con los numerales 67, 68, 69, 70, 71, 72 y 73 de

la LOCGR; o el establecimiento de responsabilidad civil, con sustento en los artículos 74, 75, 76 y 77 de esa misma Ley. También vinculado con los numerales 190 y siguientes de la LGAP que regula expresamente estos dos tipos de responsabilidad del funcionario.

El ordinal 184 de la Constitución Política y los preceptos antes citados le dan asidero a la potestad de realizar investigaciones e iniciar procedimientos administrativos en contra de servidores públicos, ex servidores públicos o sujetos privados, cuando se estime que han cometido un comportamiento, por acción u omisión, con dolo o culpa grave, contrario al Ordenamiento Jurídico de Control y Fiscalización de la Hacienda Pública. El contenido constitucional ha sido primordial, dado que se ha entendido que fue el propio constituyente originario quien le otorgó a la CGR dichas competencias, como complemento necesario, para ejercer de manera efectiva las atribuciones como guardián de todos los recursos públicos. En ese sentido, la Sala Constitucional señaló: *En aras de hacer efectiva la competencia de vigilancia de la Hacienda Pública de la Contraloría General de la República y, más concretamente, de las normas jurídicas y técnicas sobre la contratación administrativa, los procedimientos, responsabilidad y sanciones de los funcionarios públicos que intervengan en un eventual y presunto manejo irregular, indebido o impropio de los fondos públicos, su ley orgánica habilita o faculta, expresa e inequívocamente, a ese órgano para realizar auditorías (financieras, operativas o especiales) o incoar procedimientos o sumarios administrativos sobre los sujetos pasivos (órganos y entes públicos) y sus funcionarios o agentes públicos.*³⁸

Desde el punto de vista legal, la LOCGR contiene todo un apartado que refiere al tema de la potestad sancionadora del Órgano Contralor. El Capítulo V se titula, “De las Sanciones y de las Responsabilidades”. A su vez, se divide en dos secciones: la primera, regula sobre las sanciones; la segunda, en cuanto a la responsabilidad civil.

Como complemento, posterior a la LOCGR surgen una serie de regulaciones, cuya vigencia permiten reforzar y confirmar, que la esencia de la CGR lo constituye la vigilancia de la Hacienda Pública, mediante los procesos de auditoría junto con la depuración de responsabilidades.

³⁸ Voto no. 2199-2004 de las 12:59 horas del 27 de febrero de 2004, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Significa, que el “ADN” del Órgano Contralor radica en realizar procesos de fiscalización por medio de los estudios con el añadido de verificar y depurar si hay posibles responsabilidades de orden administrativo, y por qué no, hasta de resorte penal. En ese orden de ideas, precisamente, el artículo 42 de la Ley General de Control Interno,³⁹ el numeral 40 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública⁴⁰ y el precepto 113 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos,⁴¹ son parte del marco jurídico

³⁹ “Artículo 42.- Competencia para declarar responsabilidades. Las sanciones previstas en esta Ley serán impuestas por el órgano que ostente la potestad disciplinaria en los entes y órganos sujetos a esta Ley, de acuerdo con la normativa que resulte aplicable.

En caso de que las infracciones previstas en esta Ley sean atribuidas a diputados, regidores y alcaldes municipales, magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, contralor y subcontralor generales de la República, defensor de los habitantes de la República y defensor adjunto, regulador general y procurador general de la República, así como directores de instituciones autónomas, en lo que les sea aplicable, se informará de ello, según el caso, al Tribunal Supremo de Elecciones, a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Gobierno y a la Asamblea Legislativa, para que conforme a derecho se proceda a imponer las sanciones correspondientes”.

⁴⁰ “Artículo 40.- Competencia para declarar responsabilidades. Las sanciones previstas en esta Ley serán impuestas por el órgano que ostente la potestad disciplinaria en cada entidad pública, de acuerdo con las reglamentaciones aplicables. La Contraloría General de la República también será competente para tramitar el respectivo procedimiento administrativo y requerir a la entidad respectiva, en forma vinculante, la aplicación de la sanción que determine, cuando el caso verse sobre actuaciones regidas por el ordenamiento jurídico de la Hacienda Pública. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 43 de esta Ley, en cuyo caso la Contraloría General de la República procederá conforme se indica.

Toda responsabilidad será declarada según los principios y procedimientos aplicables, con arreglo a los principios establecidos en la Ley General de la Administración Pública y se les asegurarán a las partes las garantías constitucionales relativas al debido proceso y la defensa previa, real y efectiva, sin perjuicio de las medidas cautelares necesarias.

En todo caso, la Contraloría General de la República deberá denunciar ante las autoridades judiciales competentes, los hechos que lleguen a su conocimiento y que puedan considerarse constitutivos de delitos”.

⁴¹ “Artículo 113.- Sanciones administrativas. De conformidad con las causa-

que confirma la competencia de la CGR para dictar una recomendación con carácter vinculante con el fin de imponer una sanción administrativa por infracciones al Ordenamiento de Control y Fiscalización de la Hacienda Pública, luego de haber seguido el debido proceso a la parte investigada.

Desde el punto de vista del orden constitucional, el Tribunal Constitucional ha sido categórico en concluir su apego al bloque de juridicidad, al punto de señalar –a propósito de una acción de inconstitucionalidad–, que la facultad de investigar y sancionar se desprende de los cánones 183 y 184 constitucionales, que esas tareas vinculadas a la potestad sancionadora no desbordan el ámbito natural de las funciones otorgadas por la Carta Magna a la CGR, por el contrario, es congruente con ella, y que privarla de esa atribución implicaría disminuir la competencia que por mandato constitucional se le reconoce, por lo que más bien significaría ir en contra de la propia Constitución Política.⁴² Por ende, atentaría contra el ejercicio efectivo de la tutela de la Hacienda Pública.

Ahora bien, si el objetivo del procedimiento administrativo es determinar si una persona a cometido una conducta que merezca la imposición de responsabilidad administrativa y/o civil, ese cause procedimental se debe tramitar garantizando el derecho de defensa y el debido proceso al investigado. Esto implica una serie de etapas y formalidades sustanciales en su tramitación que permitan averiguar la verdad real de los hechos, con amplia oportunidad para ofrecer, admitir y recibir prueba de cargo y de descargo. A continuación, se establecen las principales fases para su adecuación con el marco jurídico vigente.

Como se indicó en líneas anteriores, la investigación de un posible caso de responsabilidad puede iniciar como producto de una denuncia interpuesta ante la CGR (por medio del portal web, correo electróni-

les del artículo 110, las sanciones administrativas podrán ser impuestas por el órgano de la entidad que ostente la potestad disciplinaria. Asimismo, la Contraloría General de la República podrá sustanciar el procedimiento administrativo y requerirá, en forma vinculante, a la entidad respectiva, aplicar la sanción que determine (...).”

⁴² Ver voto no. 8493-2006 de las 14:43 horas del 14 de junio de 2006, que a su vez cita el voto no. 2003-13140 de las 14:37 horas del 12 de noviembre de 2003, ambos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

co, documento físico o apersonándose a las instalaciones de manera verbal) o de oficio por la propia institución en virtud del hallazgo de evidencia o indicios en la atención de otros procesos de las diferentes unidades de trabajo –auditoría, atención de consultas, aprobación de presupuestos, etc.– que pueden calificarse como eventualmente irregulares, fraude o corrupción. Las denuncias son recibidas y atendidas en una oficina denominada “Área de Denuncias e Investigaciones” que a su vez depende de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Si una denuncia se admite, porque tiene los elementos suficientes que justifican el inicio de una investigación, la puede atender esa área o ser asignada a una de las otras áreas de esa misma División. Del mismo modo, una investigación iniciada de oficio, puede ser atendida por cualquier área de ese mismo Departamento. Si una vez finalizado el proceso investigativo se estima que puede existir responsabilidad de cualquier tipo, se elabora un informe, denominado “Investigación Preliminar”, suscrito por todos los responsables de dicha indagación (el Jefe del área, el abogado a cargo y los auditores que participaron), el cual se debe remitir a la División Jurídica con toda la prueba recopilada para sustentar la teoría del caso.

Recibida la Investigación Preliminar en la División Jurídica, se asigna según el rol que se lleva para tal efecto, esto es, por gerente asociado (son cinco) y por equipo de trabajo conformado exclusivamente por abogados, con el fin de realizar su análisis para determinar si, no es admisible el caso, o por el contrario, si es razonable la hipótesis inicial. En el primer supuesto, se debe elaborar una resolución de carácter administrativa –debidamente motivada– que explique las razones que justifican el archivo del asunto. En el segundo escenario, se debe preparar una resolución de inicio o apertura del procedimiento administrativo. Para ambas decisiones, en uno u otro sentido, le corresponde a la División Jurídica su examen y determinación. Sea que implique archivar el caso de inicio, o la tramitación y decisión al final de diligenciar el procedimiento administrativo sancionador.

En referencia al acto de apertura, este consiste en el dictado de la resolución de inicio del caso concreto, el cual debe ser suscrito por un órgano unipersonal o colegiado de la División Jurídica, sea conformado por uno o tres abogados, según corresponda. Esta primera decisión del caso, que debe notificarse de manera personal a las todas las parte investigada, permite imputar e intimar los hechos, comunicarle cuál es la supuesta falta cometida, porqué se considera ese comportamiento

como disconforme del ordenamiento jurídico, cuáles son las normas vulneradas y las posibles consecuencias jurídicas o sanciones. Además, se le convoca a una comparecencia oral y pública, a la cual puede acompañarse de un representante legal. Como tal, esta resolución debe contener una serie de requisitos formales para no violentar el derecho de defensa y el debido proceso. Asimismo, la parte interesada puede interponer los recursos de revocatoria y/o apelación en subsidio en su contra dentro del plazo de 24 horas después de recibida la notificación. El primero lo resuelve el propio órgano competente en su tramitación, y el segundo lo resuelve el Despacho Contralor (máxima autoridad de la Institución).

Para llevar a cabo la comparecencia, se debe fijar –hora y fecha– en la resolución de apertura del procedimiento, audiencia que por regla general es oral y pública. Solo por motivos muy justificados y excepcionales, mediante una auto debidamente motivado, el órgano competente puede declararla privada. Este es el momento principal para ejercer la defensa por parte del investigado, ya que tiene derecho y la carga de: ofrecer su prueba; obtener su admisión y trámite cuando sea pertinente y relevante; solicitar confesión a la contraparte o testimonio a la Administración, preguntar y repreguntar a testigos y peritos, suyos o de la contraparte; aclarar, ampliar o reformar su petición o defensa inicial; proponer alternativas y sus pruebas; y formular conclusiones de hecho y de derecho en cuanto a la prueba y resultados de la sesión. Lo anterior debe hacerse de manera verbal, bajo la sanción de caducidad del derecho si se omite en su debido momento. Esta audiencia la realiza el mismo órgano competente, sea el órgano unipersonal o colegiado. Normalmente se graba con vídeo, y excepcionalmente solo audio, en una sala especial para tal efecto. No obstante, por la crisis sanitaria y la pandemia, actualmente se llevan a cabo mediante el mecanismo de la comparecencia virtual.

La decisión final del caso es dictada por el órgano unipersonal o colegiado competente. Es de especial relevancia porque en esa resolución se debe motivar debidamente si hay o no responsabilidad de la persona investigada. Por la trascendencia y consecuencias jurídicas, contra ese acto final caben los recursos de revocatoria con apelación en subsidio. El primero, lo resuelve el propio órgano competente, y el segundo el Despacho Contralor, quien agota la vía administrativa. Valga mencionar que dicho agotamiento no es preceptivo ni obligatorio, lo que significa que la persona que estima que se le afecta su esfera jurídica con

la decisión de la CGR, puede acudir directamente ante los Tribunales de Justicia, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, a hacer valer sus derechos.

Con respecto a la ejecución de lo resuelto, una vez firme la decisión adoptada por la CGR, se deben realizar todas las acciones necesarias y pertinentes para ejecutar lo establecido. En el caso de las sanciones administrativas, se comunica mediante una orden al jerarca del funcionario sancionado (amonestación, suspensión y despido) para que la ejecute; si el jerarca no lo hace, se ve expuesto a una sanción por parte de la CGR por su inercia u omisión. En todos estos casos, como en los que se ha impuesto una sanción de prohibición de ingreso o reingreso a un cargo público, se incorporan en un sistema electrónico denominado, “Sistema de Consulta de Sanciones de la Hacienda Pública” (SIRSA: <https://cgrwo1.cgr.go.cr/apex/f?p=126:1:0:>). El propósito de esa plataforma es generar un registro de sancionados por la CGR, que agregue valor a la transparencia y a la rendición de cuentas, especialmente porque se permite la consulta pública por parte de cualquier persona. Pero hay un interés especial para las prohibiciones de ingreso o reingreso a un cargo de la Hacienda Pública, visto que permite que las instituciones del sector público verifiquen cuando llevan adelante un proceso de dotación o selección de personal si alguno de los participantes tiene vigente una sanción de “inhabilitación” para ejercer cargos públicos. En el supuesto de establecer una responsabilidad de tipo civil, aunado a la tramitación mencionada, se le debe otorgar dos intimaciones de pago a la persona deudora. Si no cancela el monto en el plazo otorgado, la CGR acude a los Tribunales de Justicia a interponer un proceso de cobro judicial, con el fin de utilizar las herramientas legales para que por medio del juez obligar al pago (embargo de bienes, embargo de salario, etc.).

La CGR tiene un reglamento que regula la tramitación de este tipo de procedimientos administrativos. Mediante resolución no. R-DC-199-2011, de las ocho horas del quince de diciembre de dos mil once, el Despacho Contralor emitió el “REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y SERVICIO DE LAS POTESTADES DISCIPLINARIA Y ANULATORIA EN HACIENDA PÚBLICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA”. El libro segundo de la Ley General de la Administración Pública, referido al “procedimiento administrativo” contempla una regulación vasta, coherente y completa que facilita la comprensión del medio que debe seguir un órgano competente para su adecuada

y pertinente tramitación. Contempla aspectos medulares, como los principios generales; sobre la abstención y recusación; formas de comunicación de las actuaciones; en cuanto a los términos y plazos; del tiempo y lugar para su desarrollo; de las actas y anotaciones; del acceso al expediente y sus piezas; con respecto a las partes en general; su capacidad, representación y postulación; sobre la iniciación, el curso y terminación –normal y anormal– del procedimiento; en lo tocante a los diversas clases de procedimientos; su caducidad; referente a los recursos administrativos; y otros temas puntuales.

La calificación que obtiene esta normativa de carácter general, la LGAP, en cuanto a las reglas de fondo y forma –todas ellas como un medio y no un fin en sí mismo– dentro del Derecho Administrativo costarricense, es de muy buena y de alta calidad, cercana a la regulaciones de mejor tradición jurídica, cuyo reconocimiento es nacional y en el ámbito internacional. En el momento de su nacimiento mantuvo una inspiración visionaria, al punto, que hoy se mantiene coherente y completa para orientar la gestión pública costarricense. No obstante lo anterior, cuyo criterio se comparte plenamente, hay temas de especial actualidad que requieren mayor precisión, orientación o regulación. En ese sentido, a pesar del enunciado sobre los principios generales del derecho administrativo, es necesario un refrescamiento, actualización, ponderación e incorporación con expresa mención en su articulado, esto implica, positivizar y desarrollar de manera puntual todos los principios generales que mantienen vigencia necesaria en la actual operatividad del Derecho Administrativo. Aunque es posible –y necesario– que los altos órganos jurisdiccionales por la vía de la jurisprudencia –Sala Primera y Tribunal de Casación– y otros órganos de competencias administrativas relevantes por medio de sus pronunciamientos administrativos vinculantes –CGR y Procuraduría General de la República– se encarguen de su innovación, creación y adaptación a la realidad, también es vital que estén definidos en un texto, de manera expresa y positivizada. Ello aporta a su claridad, publicidad, debida aplicación y seguridad jurídica.

Otro tema en el que LGAP puede mejorar en su regulación, consiste en un mayor desarrollo y actualización en cuanto a la elaboración de disposiciones de carácter general. Contiene reglas imprescindibles, pero requieren adaptarse a una institucionalidad más numerosa, más compleja, con modelos de negocios cada vez más técnicos y renovados, en un entorno dinámico, volátil e incierto. De tal manera, la visión

que se debe tener al diseñar un procedimiento para crear normativa de alcance general por parte de cada órgano o ente público, en esa complicada realidad, requiere de agilidad, flexibilidad, adaptabilidad, oportunidad, rigurosidad, calidad, en entre otros elementos, pero especialmente, concibiendo a la persona, a la sociedad y al interés general como los agentes de mayor relevancia e involucramiento directo.

Sumado al planteamiento expuesto, la participación ciudadana en el contexto de toda la regulación de la LGAP, encuentra espacios de mejora e innovación. El Derecho Administrativo debe tener en su esencia y como centro vital a las personas, por lo que se requiere ajustar una serie de apartados e incorporar herramientas para su ejercicio activo, dinámico, propositivo, y no como un mero espectador, pasivo. La participación ciudadana, es el elemento democrático de las Administraciones Públicas que aspira más allá de una intervención formal en audiencias, que se inserta en la esencia y el ADN de las políticas públicas. Con la idea de aceptar un protagonismo ciudadano en la elaboración, ejecución y evaluación de las políticas públicas, y en una gama importante relacionada con la conducción y el ejercicio de las potestades públicas.

La dinámica jurídica de la Administración electrónica es ayuna por completo en la LGAP, por lo que es evidente la necesidad y pertinencia de su incorporación. Su vacío es innegable, y a pesar de esfuerzos que han sido muy puntuales de normativizar algunos temas vinculados, no ha sido de manera integral y se ha realizado por legislaciones sectoriales. Se requiere de un planteamiento aunque general, pero que defina ciertos derroteros imprescindibles para su ejercicio integral, así como adoptar reglas jurídicas que abarquen al sector público en general.

En fin, es insertar los ajustes necesarios para lograr concebir esta especial regulación administrativista a un derecho de servicio objetivo al interés general. La integridad y coherencia de sus reglas debe completar tres elementos de vital importancia: la noción del servicio, el parámetro de objetividad y el cumplimiento del interés general. El Derecho Administrativo puede concebirse desde dos perspectivas: desde el poder o desde el ciudadano. En el sentido de admitirlo como un ordenamiento que regula el ejercicio del poder para las libertades. Por ende, todas las regulaciones en esta materia deben considerar el papel central del ciudadano. No como un simple receptor de bienes y servicios públicos, sino más bien, como el protagonista del interés general, así, instrumentalizar la cláusula que debe impactar e incidir

en todas las instituciones públicas y sus diferentes categorías: el Estado Social y Democrático de Derecho.

VIII. Reflexiones finales

En el Estado Social y Democrático de Derecho de un país, el rol que ejerce una EFS es de vital relevancia en su sistema institucional, equilibrando las funciones de los supremos poderes, controlando el ejercicio de los poderes públicos, vigilando la gestión de los recursos públicos, previniendo y controlando la corrupción, y promoviendo acciones que la búsqueda del bienestar de la sociedad.

En Costa Rica, la CGR, en sus 71 años de existencia, con el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales ha sido una pieza clave en el engranaje de la organización política y jurídica. Su labor central de ser guardián de la Hacienda Pública como órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa ha permitido generar una serie de productos de fiscalización en aras de corregir, mejorar y fortalecer la gestión pública, así como generar insumos para el control político y ciudadano en la gestión de los recursos públicos.

Su alto nivel de profesionalización, objetividad, calidad técnica y jurídica, independencia, así como su dinámico y amplio abanico de competencias administrativas que puede utilizar como herramientas de fiscalización superior de la Hacienda Pública, desde el punto de vista del control previo como posterior, han contribuido a tutelar ese extenso universo fiscalizable, pero especialmente, como promotor de cambios y agente transformador de la realidad en la gestión pública costarricense.

Lo anterior no implica la inexistencia de la necesidad de mantener los procesos de mejora continua en todos los procesos de fiscalización y diseñar los mecanismos óptimos para agregar mayor valor público mediante sus productos. Más bien, las EFS deben asumir esos retos en un doble sentido, a lo interno como Administración activa, y hacia afuera con el claro propósito de incidir en los sujetos pasivos de fiscalización.

Por otra parte, si bien la CGR mantiene unas facultades en sintonía con el control previo (contratación administrativa y presupuestaria), lo cierto es que su “ADN” y su esencia está dirigida a la fiscalización posterior, en donde la función de auditoría se complementa adecuadamente con las sancionatorias y con otras de carácter especial (proceso

consultivo, administrador de las declaraciones juradas de bienes, atención de denuncias, legitimación activa en estrados judiciales, etc.) que sin lugar a dudas refuerzan el instrumental de control, siempre con el cometido de servir de medio y nunca como un fin en sí mismo.

En concreto, en cuanto a la posibilidad de depurar responsabilidades, la CGR ostenta un fundamento, estructura y regulación jurídica reforzada que permite perseguir a los servidores públicos o exservidores que hayan cometido alguna infracción al Ordenamiento Jurídico de Control y Fiscalización de la Hacienda Pública, con la posibilidad de imponer sanciones de tipo administrativo y civil, sin perjuicio de que también interponga las denuncias penales que correspondan. Desde el ámbito de la lucha contra la corrupción, el fraude y las irregularidades administrativas, resulta especialmente sustancial que un órgano de control externo, independiente, funga como órgano competente para tramitar y decidir las posibles responsabilidades de los gestores públicos con respecto a la disposición de los recursos del Estado.

En fin, en tiempos en que es necesario recuperar la confianza de la sociedad en la institucionalidad, mejorar la gestión pública en términos de oportunidad y calidad, la patente preocupación sobre la difícil situación de las finanzas públicas, la urgencia en simplificar los trámites y avanzar en la transformación digital, tutelar y proteger el medio ambiente, y muchos otros temas vitales para el bienestar de la sociedad, son muchas las acciones y decisiones que se deben promover para robustecer la institucionalidad, dentro de ellas, una que es clave, con el claro propósito de resguardar un Estado Social y Democrático de Derecho, es consolidar y fortalecer las EFS.

El control externo en Brasil. Un estudio sobre el diseño institucional y el funcionamiento del Tribunal de Cuentas de la Unión

Controle externo no Brasil. Um estudo sobre o desenho institucional e o funcionamento do tribunal de contas da união

Esrón Junior Lima

I. Administração pública

O Estado na sua concepção moderna é uma instituição fundamental para o desenvolvimento de uma nação, assim como o uso dos recursos surge como uma dos aspectos mais importantes na sua atuação, devendo este mesmo Estado possuir órgãos que atuem com a roupagem de “controlador” da aplicação desses valores em prol de toda a sociedade.

A Administração Pública tem observado uma evolução das formas de controle, atualmente composta pelo controle interno e externo, além de buscar fortalecer, por meio da criação de normas de controle e de gestão, os instrumentos e órgãos de controle, de maneira que este seja feito de uma forma mais eficiente e com mais precisão. Tais ações estão baseadas nos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e da moralidade, proporcionalidade e discricionariedade

em perfeita sincronia e equilíbrio o que corrobora na realização de um controle mais eficaz, sendo que os órgãos de controle externo são um dos mais respeitados instrumentos de aferição e aperfeiçoamento do uso dos recursos públicos, por ter certa independência funcional de ação, fortalecendo a credibilidade dos seus atos fiscalizatórios. (BARRETO, 2016)

Quando a Administração Pública não funciona corretamente ela acaba prejudicando a eficiência pública causando perdas para a sociedade, dessa forma o controle social é de suma importância por conta da participação da comunidade “é relevante para Administração Pública por legitimar as ações, gastos e investimentos desta, tem sido exercido na maioria dos Estados e no Brasil não é diferente”. (BARRETO, 2016, p.03)

Por conta disto, entende-se que a Administração através do controle externo oferece para população instrumentos que são colocados à disposição da sociedade, a fim de contribuir com a transparência nos gastos públicos, fazendo com que todo o recurso investido seja informado através de prestações de contas.

1.1. Controle Externo no Brasil

A palavra controle é muito utilizada na língua portuguesa em várias situações, mas ela teve origem do francês *contre-rolê* e segundo o Latim refere-se a contra mais *rotulus*, “rolo, escrito, registro”, ou seja, ação de conferir os escritos ou as contas dos rolos”.

Ao longo dos anos o Controle Externo ganhou visibilidade, pois o Estado precisava ser vigilante com relação àqueles que precisam prestar contas, além de proteger o patrimônio público, a fim de obter a própria manutenção e sobrevivência. Pode-se dizer que a função do Controle Externo é realizar procedimentos relacionados à Contabilidade, Administração e o Direito, capazes de medir a legalidade dos atos dos administradores, assim como a eficiência e eficácia, especialmente dos programas, projetos e propostas da Administração e os contratos de execução. (BULGARIM, 2000)

É importante destacar que:

O Controle Externo no Brasil é exercido de diversas formas, estando relacionados com um modelo de controle-fiscalização, que busca aferir de forma continuada a

execução da atividade pública na conformidade com a lei. Nesta linha de frente, encontramos o Congresso Nacional, no caso da União, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União, que também exerce um controle independente, o Ministério Público e a sociedade de forma geral e não só a civil organizada. Este modelo é seguido nos estados, com a participação dos mesmos entes. (BARRETO, 2016, p.03)

Nesse sentido, o Congresso Nacional com o apoio técnico do Tribunal de Contas da União são os responsáveis pelo Controle Externo e a eles são atribuídas a responsabilidade de cuidar das contas públicas, a fim de manter o controle do dinheiro público, evitando fraudes e possibilitando que os gastos com o país estejam dentro de patamares aceitáveis.

Apesar do titular do controle externo ser o Congresso Nacional, o TCU é o órgão técnico que “tutoria” a fiscalização da aplicação dos recursos, sendo sua atuação de extrema importância para a probidade administrativa.

1.2. Histórico Do Tribunal De Contas Da União (TCU)

Segundo Aristóteles em “Política”, há uma necessidade de prestação de contas quanto à aplicação dos recursos públicos e de sanção para aqueles que fraudam ou desviam o dinheiro público, além disso, o filósofo defendeu também a existência de um Tribunal dedicado às contas e gastos públicos, a fim de evitar que os cargos da administração pública enriqueçam aqueles que os ocupem. (LIMA, 2013).

Nesse sentido, observa-se que a ideia de controle das contas públicas já existia há muito tempo, pois a questão do desvio do dinheiro público já é algo intrínseco do ser humano como se fosse algo relacionado ao caráter da pessoa, na realidade o poder dar margens para que haja fraudes na Administração Pública.

A origem da expressão auditoria está na palavra latina auditor, aquele que ouve, os primeiros auditores atuaram na República Romana. A ideia de uma Corte de Contas pode ser localizada na final da Idade Média, em países como a Inglaterra, a França e a Espanha. Portugal situa a origem de seu Tribunal de Contas, criado em 1849, na casa dos contos cujo regimento data de 1389, e que tinha repre-

sentenças subordinadas no Brasil colônia nas cidades do Rio de Janeiro, Salvador, São Luís e Ouro Preto. Através da Revolução Francesa que foi consagrado o princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu. Através da distinção de atribuições entre executivo, legislativo e judiciário, pode-se, a rigor, falar de um Controle Externo “*contre-rolê*”. (LIMA, 2013, p. 39)

O Tribunal de Contas da União (TCU) foi criado em 1890, através do Decreto nº. 966-A, de 07 de novembro, foi instituído através do Governo Provisório, em que Rui Barbosa era o Ministro da Fazenda. Porém, apenas com a edição do Decreto nº. 1.166, de 17 de dezembro de 1892, que a criação do TCU apresentou caráter executório, com a condução de Serzedello Correa no Ministério da Fazenda. (BULGARIM, 2000).

Consta que em 1891, o TCU foi estruturado em nível constitucional com a promulgação da primeira Constituição Republicana, o art. 89 previa a instituição dessa Corte para acabar com as contas da receita e despesa e observar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso Nacional. O documento de 1891 não colocou o TCU em nenhum dos três poderes, em que no Título V apenas tratava das “Disposição Gerais”, citando que o Tribunal de Contas é como órgão de permeio entre os Poderes, assim como declarou Rui Barbosa, sendo que na Exposição de Motivos que precedeu sua criação referiu-se à Corte como de magistratura intermediária à administração e à legislatura, colocado em posição independente. (BULGARIM, 2000)

Nesse sentido, a Constituição Federal foi responsável por integrar e legalizar o Tribunal de Contas da União (TCU), dando forma para suas ações e competências e posicionado na Administração Pública como uma instituição autônoma.

Destaca Bulgarim (2000) que a referida Exposição de Motivos se apresentou como fonte de inspiração de Rui Barbosa que estava baseada na Europa, principalmente nos modelos italiano, belga e francês de Tribunal de Contas, em que o referido jurista tonou público sua preferência pelo modelo italiano ao afirmar expressamente que dos três considerou que o italiano é mais completo, além disso o que mais impressionava Rui Barbosa era o controle prévio feito pela Corte de Contas da Itália.

Não é novidade que muitos preceitos da Administração Pública são herdados das colônias europeias, grandes influenciadoras de muitas ações brasileiras ligadas à legislação e controle de atividades públicas.

I.2.1. Características de cada período da constituição brasileira referente ao tribunal de contas da união

PERÍODO	CARACTERÍSTICAS
CONSTITUIÇÃO DE 1934	O Tribunal de Contas permaneceu, dispondo sobre suas atribuições no capítulo que tratava dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais, ao lado do Ministério Público e dos Conselhos Técnicos. Mais uma vez deixava a Carta Política de inserir expressamente em um dos três Poderes a Corte de Contas, enaltecendo-a como órgão de cooperação do Estado, a exemplo do que ocorre até hoje em alguns países, como, por exemplo, na Itália Além disso, a 2ª Constituição da República passou a prever, de forma expressa, o registro prévio do Tribunal de Contas como condição de eficácia para os contratos que implicassem receita ou despesa para a União. Estabeleceu, também, o controle prévio do Tribunal de Contas sobre qualquer ato da Administração Pública de que resultasse obrigação de pagamento para o Tesouro Nacional e dispôs sobre a necessidade de emissão de parecer prévio do Tribunal sobre as contas anuais do Presidente da República (CF/34, arts. 99 a 102)

<p>CONSTITUIÇÃO DE 1937</p>	<p>sem apresentar uma organização sistemática que dividisse o texto constitucional em títulos, capítulos e seções, posicionou o Tribunal de Contas próximo aos tribunais do Poder Judiciário e, de forma sucinta, em apenas um artigo, praticamente manteve as atribuições até então previstas na Constituição anterior. Deixou, no entanto, de mencionar expressamente o controle prévio e acrescentou a competência de julgar a legalidade dos contratos celebrados pela União (CF/37, art. 114)</p>
<p>CONSTITUIÇÃO DE 1946</p>	<p>o Tribunal de Contas apareceu, pela primeira vez, no capítulo que tratava do Poder Legislativo, mais especificamente na seção que cuidou do orçamento, tanto no que se referia a sua elaboração quanto no que dizia respeito à fiscalização de sua execução. A novidade ficou por conta do julgamento da legalidade das aposentadorias, reformas e pensões que o Tribunal teve de passar a fazer. No mais, mantiveram-se as demais atribuições da Corte, sendo que referida Carta Política voltou a prever, expressamente, o controle prévio (CF/46, arts. 76 e 77).</p>

<p>CONSTITUIÇÃO DE 1967</p>	<p>manteve o Tribunal de Contas no capítulo que tratava do Poder Legislativo, mas separou a seção que cuidava da elaboração do orçamento da seção que tratava da fiscalização financeira e orçamentária. Pela primeira vez constou do texto constitucional a expressão “controle externo”, que devia ser exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas não mais previu o controle prévio do Tribunal de Contas. No entanto, estabeleceu que as auditorias financeiras e orçamentárias seriam realizadas nas unidades administrativas dos três Poderes da União, que para tanto deveriam remeter ao Tribunal as demonstrações contábeis, cabendo à Corte realizar as inspeções que entendesse necessárias. Foi com a Constituição de 1967 que a Corte de Contas, diante da verificação de ilegalidade de despesa, passou a ter a competência de fixar prazo para que o órgão adotasse as devidas providências ao exato cumprimento da lei, sob pena de o Tribunal sustar o ato, se não atendido. Exceção se fazia no caso de contratos, porquanto caberia à Corte solicitar a sua sustação ao Congresso Nacional. Caso o Poder Legislativo não deliberasse no prazo de 30 dias, a impugnação do Tribunal tornava-se automaticamente insubsistente (CF/67, arts. 71 a 73)</p>
-----------------------------	--

<p style="text-align: center;">CONSTITUIÇÃO DE 1988</p>	<p>A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, manteve os exatos termos da Constituição de 1967 no que concerne ao Tribunal de Contas (EC 1/69, arts. 70 a 72). Coube, no entanto, à Constituição de 1988 promover nas competências do Tribunal de Contas da União o maior incremento de sua história. A atual Carta Política dispõe sobre o Tribunal de Contas da União no capítulo que trata do Poder Legislativo dentro do Título que cuida “Da Organização dos Poderes”. Por outro lado, passou a tratar da elaboração do orçamento no capítulo “Das Finanças Públicas” dentro do Título “Da Tributação e do Orçamento”.</p>
---	---

Fonte: BULGARIM, 2000, p. 340

Neste cenário é importante destacar que no texto constitucional vigente a fase de elaboração do orçamento e de fiscalização de sua execução, diferente do que se propunha nas Constituições anteriores, as matérias eram constituídas em conjunto. Atualmente, não se justifica mais a discussão sobre a qual poder pertencer o Tribunal de Contas, pois através de suas características já se direcionou-o para o plano formal, situando-o no Poder Legislativo. (BULGARIM, 2000)

O TCU passou a ser um órgão de fiscalização e controle da Administração Pública capaz de proporcionar certa segurança no que diz respeito a utilização do dinheiro público, suas características e estrutura são muito importantes para o Poder Público e cada vez mais se faz necessário colocar ao conhecimento da população as suas particularidades e funções.

I.3. Características do Tribunal de Contas da União (TCU)

Uma das características do TCU é fiscalizar os atos de gestão executados por agentes públicos ou por particulares no exercício de funções públicas, não se limitado somente a questão da legalidade dos atos que

registrem a produção de receitas, realização de despesas e surgimento ou desaparecimento de direitos ou obrigações, além de observar a legitimidade da ação estatal, conceito distinto da legalidade e que possibilita o exame do mérito do ato administrativo, determinado se este atende ao interesse da sociedade, além disso, faz parte das características do TCU, a economicidade, eficiência e eficácia. (BULGARIM, 2000).

Sobre a economicidade ressalta Lima (2008) que o Manual da Auditoria de Desempenho do TCU, afirma que se trata da diminuição de custos dos recursos utilizados a consecução de uma atividade, sem comprometer os padrões de qualidade, sendo que no exame da economicidade é necessária aplicação de uma avaliação qualitativa que será feita equilibrando os custos e os resultados para o conjunto da sociedade, considerando as alternativas apresentadas no momento da decisão quanto a alocação dos recursos.

Por outro lado, a questão da legitimidade é bastante destacada na Constituição de 1988, pois está relacionada ao sujeito que pratica o ato, uma vez que nesse caso o que se tem é a competência, essencial para o ato, “que se não atendido fulmina irremediavelmente a relação jurídica dele decorrente”. (BULGARIM, 2000, p.341)

Tal legitimidade do objeto, torna-se um ato totalmente independente do interesse público, assim como no caso em que o município que é carente de saneamento básico, recebe através do Prefeito, um estádio de futebol, ou também, a situação de uma empresa estatal, que, mesmo não exportando, nem pretendendo exportar seus produtos ou serviços, decide patrocinar um atleta estrangeiro, justificando estar promovendo o nome da empresa. No quesito da economicidade, o Tribunal vai averiguar se a Administração agiu de maneira mais econômica possível, atendendo a uma possível relação de custo-benefício, isso não quer dizer que a Administração tem interesse no lucro nos serviços prestados ao cidadão, mas que zela pelo dinheiro público muitas vezes negligenciado em gastos desnecessários. (BULGARIM, 2000)

A atuação do Tribunal de Contas está voltada também para a verificação da eficiência do ato de gestão, como forma de avaliar o modo de execução do ato. A eficiência foi erigida a princípio constitucional da Administração Pública pela Emenda Constitucional nº 19/98, que a incluiu entre os princípios previstos no caput do art. 37. É de se notar que a referida Emenda Constitucional nº 19/98 reforça a atual tendência do Governo no sentido de

viabilizar uma Administração Pública menos burocrática e mais gerencial, nos termos preconizados no “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, editado em 1995. A eficácia, por sua vez, é analisada pela Corte de Contas no que concerne ao atingimento dos resultados desejados, especialmente no tocante aos programas públicos. (BULGARIM, 2000, p. 342)

O Tribunal de Contas da União surge para reforçar o controle externo de maneira a oferecer certa transparência nos gastos com dinheiro público, um trabalho que é árduo e requer muito empenho e dedicação dos auditores externos que precisam muitas vezes investigar, analisar e comparar documentos, licitações, acordos para obter a verdade sobre as contas da Administração Pública.

II. A ação preventiva do controle externo

A contemporaneidade tem mostrado que a atuação preventiva do controle externo é uma máxima que tem que ser seguida, apesar de algumas exceções, pois o combate ao desvio dos recursos se torna mais efetivo e de grande eficácia ao ser comparado com o controle *ex-post* ou a posteriori.

Junto com a atuação preventiva surge a necessidade de se fomentar a atuação pedagógica do Controle Externo (TCU), uma vez que as atividades não podem estar voltadas somente para a busca de atos ilegais, ilegítimos, antieconômicos, ineficientes ou ineficazes. Na realidade é de grande necessidade que o órgão intensifique a atuação preventiva e educadora, principalmente, em relação aos gestores de boa-fé, quando há uma estratégia educativa é possível se evitar que cometam erros pela ausência de informações. Já com relação aos gestores mal-intencionados, o conhecimento sobre a atuação do Tribunal e das consequências no caso de prática ilícita pode evitar irregularidades daqueles que não têm tanta preocupação com a utilização dos recursos públicos. (BULGARIM, 2000)

A necessidade de divulgação e orientação das ações do TCU são fundamentais para que a sociedade tome ciência da importância da atuação desta com a respectiva Entidade de Fiscalização Superior, com a intenção de que a somatória de atuação seja direcionada com o intuito de dar mais eficiência no controle da administração pública.

Já Aguiar (2001) afirma que é certo que a realização de atividades de caráter preventivo se apresenta como padrão ideal de conduta, a ser buscado como meta pelas Entidades de Fiscalização Superior. Não se pode, contudo, permitir que o afã na perseguição dessa meta subverta o status constitucional atribuído aos Tribunais de Contas, uma vez que a Carta Magna conferiu, a esses, inúmeras competências que somente podem ser exercitadas mediante a utilização do controle *a posteriori*, caracterizando-se como medidas de natureza detectiva.

O que se observa é que a prevenção por parte dos órgãos de controle é uma das melhores formas de se combater o desvio de recursos, só que constitucionalmente as atribuições dos tribunais de contas são bastante complexas e que em inúmeros casos o controle preventivo se torna impossibilitado, como por exemplo no registro das admissões de pessoal que somente se efetiva após a nomeação e posse dos respectivos servidores, pois caso fosse realizado na concomitância da respectiva nomeação nos mais diversos órgãos do Estado deixaria a sistemática bastante lenta.

Atualmente, a tendência é de que o TCU ocupe um espaço de destaque no País (mais do que já possui) em decorrência da sua atuação no controle das políticas públicas e, principalmente, em decorrência da necessidade de que o Estado dependa cada vez menos da judicialização e as coisas possam se resolver na seara do controle administrativo.

Conforme relatado nos parágrafos anteriores a atuação do TCU ganha cada vez mais evidência, principalmente no controle das políticas públicas onde a prevenção se destaca cada vez mais. Uma das teorias que pode ser levantada se refere a atual disputa de hegemonia que se verifica entre os três poderes (Legislativo X Executivo X Judiciário) sendo que este último, destacadamente, representado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), onde o tensionamento entre os poderes abre espaço para que o TCU atue com bastante desenvoltura e se institucionalize cada vez mais no sistema democrático brasileiro, uma vez que de vez em quando surgem contestações sobre a real necessidade de sua existência.

II.1. Contextualização

A judicialização da política começou a ganhar grande destaque no impeachment da presidente Dilma Rousseff onde foi possível observar que após o enfraquecimento da base de apoio da Presidente no Parlamento,

o seu partido buscava constantemente obstruir o procedimento de cassação do seu mandato através de demandas judiciais contestando o andamento do processo dentro do parlamento.

A “judicialização da política” é um fenômeno universal. O conceito comporta, de forma genérica, a interferência crescente do judiciário em questões e decisões políticas, que vai claramente além do mero tratamento de transgressões ilegais no âmbito político e da mobilização do judiciário pela sociedade civil (COMMAILLE, 2009 *apud* WINK 2017, p. 154).

Não que esse processo tenha se iniciado neste momento no Brasil (impeachment), mas foi marcante por ficar evidente tal situação, e como decorrência de tal atuação, pode ter se verificado o que ficou conhecido com a politização da justiça, ou seja, destacadamente o STF ao “politizar” as decisões pode ter sido levado ao “jogo da política” não por vontade própria, pois age de ofício, mas em decorrência das demandas sobre as quais teve que agir.

Segundo Wink (2017, p. 158 - 159):

Entendo, portanto, a politização do jurídico como a assimilação de práticas e meios oriundos da esfera política. Esta se evidencia através de sintomas como, por exemplo, a tomada de posição política por meio de declarações públicas, às vezes com caráter paracomicial, sobre as quais Souza (2016, p. 118) alertou: “O juiz fala nos autos, e não na imprensa e nos jornais”. Outro exemplo seria a especulação pública, por parte de integrantes do judiciário, sobre casos sob investigação, vazando informação sigilosa (BONAN, 2015, p. 37-40). Dentro da constelação particular do *mediascape* brasileiro, estas presunções se transformam em “verdades”, mesmo que posteriormente desmentidas, e pautam a cena política por meio de uma “mediatização instrumental”

O que se observou foi o enfraquecimento dos poderes legislativo e executivo pois o STF se transformou na última palavra dada e conseqüentemente qualquer discussão mais “acalorada” no campo da política chegaria necessariamente a ser discutida pelo STF.

II.2. A importância do TCU

O TCU sempre atuou de forma bastante destacada como um órgão de combate ao desvio de recursos, sendo que atualmente e, talvez, em decorrência da crise institucional por qual passa o País a sua gama de atuação ganha cada vez mais relevância como se pode observar em consulta realizada na internet sobre as suas mais diversas atuações na pandemia conforme demonstrado a seguir:

- TCU verifica atuação de bancos federais na pandemia do novo Coronavírus (<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-verifica-atuacao-de-bancos-federais-na-pandemia-do-novo-coronavirus.htm>)

- TCU acompanha ações do governo no enfrentamento da pandemia de Covid-19 (<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-acompanha-acoes-do-governo-no-enfrentamento-da-pandemia-de-covid-19.htm>)

- TCU avalia a governança do Ministério da Saúde no combate à pandemia (<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-a-governanca-do-ministerio-da-saude-no-combate-a-pandemia.htm>)

O que se percebe é que a atuação do TCU tem ganhado bastante ênfase nos últimos anos e no momento da pandemia do Coronavírus a sua atuação tem sido bastante forte na construção, ou melhor, na orientação das políticas públicas executadas pelo Executivo e acompanhadas bastante de perto pelo TCU.

Nesse sentido Pereira (2020) afirma que é possível defender, com segurança, uma atuação concomitante nas ações de fiscalização, cooperativa, mas, também, capaz de frear, se necessário, atos nocivos ao patrimônio público no momento em que são realizados ou até mesmo antecipando-se a eles. A ideia, de modo algum, é travar por travar, mas, exercer o papel constitucional de controle. E, desse modo, fiscais, no sentido amplo, inclusive a sociedade, que realiza o relevante controle social, devem ser incentivados, valorizados, protegidos, nunca reprimidos, na atividade de verificação imediata dos fatos, pois, só assim, essa atuação poderá resultar em medidas realmente efetivas, na prevenção e repressão de prejuízos ao patrimônio público, que é de todos nós.

Conforme explanado anteriormente, verifica-se um ganho de importância do Poder Judiciário (representado pelo STF), tal aspecto pode vir a se repetir com o TCU pois com as atuais contestações do Poder Executivo com relação ao STF e a apatia do Poder Legislativo por estar “cooptado” (principalmente em decorrência da liberação de

emendas parlamentares) a Entidade de Fiscalização Superior começa a ganhar notoriedade com a sua atuação no combate à pandemia como se observa na seguinte notícia:

- Ministério Público pede ao TCU para trocar Bolsonaro por Mourão na gestão da crise da Covid (<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/19/ministerio-publico-pede-ao-tcu-para-trocar-bolsonaro-por-mourao-na-gestao-da-crise-da-covid.ghtml>)

Destaca-se nesta notícia, apesar de ser recente, o que normalmente seria da alçada do parlamento ou do STF agora está sendo cogitado ao TCU, que passou de um mero órgão “carimbador” dos gastos da União no seu nascedouro, para uma Entidade extremamente respeitada e norteadora das políticas públicas (tanto no aspecto da legalidade quanto da eficiência das mesmas).

Apesar do momento ser de provável quebra de paradigma no que se refere a atuação do TCU o que se verifica é que a contextualização da sua atuação representa cada vez mais a amplitude tão necessária para um órgão de controle e pode sim significar um novo caminho a ser traçado tanto pelo TCU quanto pelos demais tribunais de contas dos estados da Federação.

Para tanto, é necessário que o Tribunal promova constantes cursos para gestores públicos e distribua trabalhos escritos de orientação aos órgãos e entidades. Ou seja, o TCU, o seu modo de atuação e as principais normas, escritas ou não, de direito administrativo e de práticas de administração pública, precisam ser mais divulgadas entre os jurisdicionados.

A atuação diversificada e complexa do Estado brasileiro dificulta sobremaneira a fiscalização, o que recomenda uma maior cooperação dos órgãos de controle, a fim de que ajam de forma integrada em certas circunstâncias. Para tanto, é preciso maior cooperação entre TCU, Controle Interno, Tribunais de Contas Estaduais e dos Municípios, Banco Central, Receita Federal, Ministério Público da União e outros. A atuação do Controle Interno, conforme afirmamos anteriormente, tem atendido muito pouco ao comando constitucional do art. 74, inciso IV, no tocante a sua finalidade de apoio ao Controle Externo no exercício de sua missão institucional.

II.3. Fiscalização Operacional

De acordo com Lima (2008) é importante destacar que a inovação da carta de 1988 corresponde à introdução de modernas técnicas de auditoria, de programas, buscando a efetividade da gestão pública, tal vocábulo, quando integrado ao texto constitucional, legitimou e despertou alterações marcantes nos métodos de atuação dos cortes de contas brasileiras, através da liderança e inspiração do TCU.

Nesse sentido, após a promulgação da Constituição, os Tribunais de contas começaram a agir obtendo sucesso nos resultados, em áreas de enorme relevância, tais como auditoria de natureza operacional, auditoria de sistemas digitais de administração pública, auditorias ambientais, e muitos outros.

A auditoria de natureza operacional permite a avaliação sistemática de políticas, programas, projetos, atividades e sistemas governamentais ou de órgãos e unidades jurisdicionadas ao Tribunal de contas, dividindo-se em duas modalidades: auditoria de desempenho operacional e auditoria de avaliação de programa. (LIMA, 2008, p.31)

É importante que o Tribunal de Contas tenha suas estratégias de trabalho muito bem estruturadas e alinhadas com os interesses da sociedade, pois quanto melhor forem desenhados os processos e metodologias de ação do órgão, mais resultados positivos serão obtidos e consequentemente, melhor aplicado será o recurso público.

II.4. O Controle Interno e O Tribunal de Contas da União

Destaca Bulgirim (2000) que o Controle interno tem o dever de conhecer todos os processos do TCU, a fim de observar a finalidade do seu trabalho, evitando, dessa forma, erros tanto de natureza material quando de natureza processual, dessa forma é de suma importância que o Tribunal de Contas ofereça sob sua responsabilidade a oferta de capacitação para os técnicos do Controle Interno. É essencial também a confecção de um plano gerencial, a fim de definir ações conjuntas do Controle Interno com o TCU.

Um das competências instituídas pela Constituição Federal de 1988 atribuídas ao TCU foi a de fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, através de convênio, acordo, ajuste ou

qualquer outro instrumento congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou Município o que levou à um problema que, atualmente dificulta as ações do Tribunal, o alto número de processos de Tomada de Contas Especial que tramitam na Corte em virtude da má aplicação dos recursos federais repassados a outras entidades. (BULGARIM,2000)

O autor também destaca que por conta das negligências e imperícias dos órgãos federais que repassam os recursos, há uma grande necessidade de fiscalização do cumprimento do objeto de um convênio e na instauração e condução da Tomada de Contas Especial diante do seu encaminhamento ao Controle Interno ou ao próprio Tribunal, portanto, é indispensável que os órgãos repassadores e Controle Interno apresentem uma atuação mais oportuna e eficiente a fim de evitar que um processo de Tomada de Contas Especial entre na Corte de Contas 5 anos após a ocorrência do fato.

Além disso, um maior intercâmbio com outros órgãos de fiscalização, tais como Secretaria da Receita Federal e Banco Central, tanto na área de treinamento de pessoal quanto em ações de cooperação nas fiscalizações, ajudaria muito na superação de algumas dificuldades hoje enfrentadas pelo Tribunal. Cumpre mencionar, também, a necessidade de maior integração com o Congresso Nacional. É de se notar que o Parlamento, por delegação popular, elabora a lei orçamentária, cabendo ao próprio Poder Legislativo, por meio de suas duas Casas ou por intermédio do Tribunal de Contas, fiscalizar a execução do orçamento. Nesse sentido, é de fundamental importância que os resultados dos trabalhos do Tribunal repercutam na atividade legislativa concernente à elaboração da lei orçamentária, a exemplo do que ocorre em outros países. (BULGARIM, 2000, p.339)

Compreende-se que o Tribunal de Contas da União precisa do apoio de outros órgãos para obter sucesso em suas ações, principalmente de outros órgãos de fiscalização, pois trabalhando em conjunto há maior possibilidade de ajustar o que não está de acordo com a legislação e principalmente no que tange a aplicação dos recursos públicos para o benefício de toda sociedade. É fato que muitas vezes surgem algumas barreiras nos trabalhos do Tribunal de Contas, como no caso de Bancos e da Secretaria da Receita Federal, que sempre ressaltam a questão do sigilo bancário ou sigilo fiscal e que portanto, precisam ser resolvidas

o mais breve possível pois limitam a atuação do TCU, que muitas vezes se vê impossibilitado de ter acesso a documentos importantes para solução de uma causa.

II.5. Controle acessível Ao Cidadão – Portais de Transparência

De acordo com Barreto (2016) é natural o controle da sociedade civil sobre contas públicas no Brasil, sendo assim uma forma mais eficaz de oferecer transparência para a população é através de um Portal (<http://www.portaldatransparencia.gov.br>), no caso da União Federal e através dos sites de todos os órgãos e organizações públicas federais, estaduais e municipais, a fim de que as informações estejam disponíveis ao público em geral.

No portal federal é possível ter acesso a informações sobre despesas, receitas, convênios, empresas que podem ou não contratar com o Poder Público, servidores e seus vencimentos, imóveis de propriedade do governo, entre outros. Além disso, é possível ter acesso a dados dos programas sociais, como o “Bolsa Família” e das transferências de recursos da União aos estados e municípios brasileiros, como também das despesas da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016, por exemplo. A medida se deve ao Decreto 5.482 de 30 de junho de 2005 e da Portaria Interministerial nº. 140 de 16 de março de 2006, que determinam e regulamentam a disponibilização dos dados das contas públicas para acesso pela internet, nos termos da Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. Os dados originam-se dos programas de computador⁹¹ que são utilizados para a administração das contas públicas e da administração de pessoal. A publicidade é obrigatória e determina que qualquer órgão ou instituição da administração direta e indireta possua uma página com tais informações. (BARRETO, 2016, p.04-05)

É fundamental que o cidadão brasileiro tenha acesso ao Portal da Transparência e fique atento aos registros dos gastos públicos, a fim de que possa cobrar das autoridades competentes o melhor destino para os recursos que são destinados para as políticas públicas que beneficiem a sociedade.

II.6. Controle realizado pelo Tribunal de Contas

O Tribunal de Contas tem papel fundamental no controle das contas públicas, e dispõe de uma prerrogativa que lhe permite ampla e autônoma investigação sobre elas (art.70 e 71, inciso II da CF/88) pode-se dizer que os tribunais de conta são a linha de frente do Controle Externo e portanto, precisam auxiliar o Legislativo na fiscalização da contabilidade, movimentação financeira, orçamentária, patrimoniais e operacionais da administração pública. (BARRETO,2016)

Ao se falar no Tribunal de contas se pensa logo em democracia, uma vez que sua principal função é de controlar o dinheiro das contas públicas que por muito tempo foi mal utilizado no Brasil, deixando de atender necessidades essenciais à população.

Os tribunais de contas possuem poderes determinados pela lei, comparados aos poderes que são exercidos pelo Poder Judiciário, o Tribunal de Contas da União (TCU) é o órgão vinculado ao Congresso Nacional, assim como os tribunais de contas estaduais são às assembleias legislativas estaduais, mas com vínculo de auxiliar as estes, mas gozando de plena autonomia, para julgar as contas públicas do Poder Executivo e órgãos e instituições a este vinculados. Seus poderes diferem dos demais órgãos de controle que possam vir a existir, incluindo os órgãos de controle interno do Executivo e do controle externo exercido pela sociedade civil, possuem ainda os poderes: normativo (para criar procedimentos a serem adotados pelos administradores – instruções e atos normativos que se descumpridos podem resultar em responsabilização do administrador); sancionador (aplica punições estabelecidas em lei); e corretivo (quando manda corrigir um determinado ato, fixando prazo). Todos esses poderes e prerrogativas com base na Lei Orgânica do Tribunal (Lei

nº 8.443/92) e na Lei de Licitações e Atos Administrativos (Lei 8.666/93). (BARRETO, 2016, p.08)

Entende-se que o Tribunal de Contas não age por conta própria, mas sim amparado pela Lei Orgânica do Tribunal e também na Lei de Licitações e Atos Administrativo, destacando que sua atuação é de extrema importância para o melhor destino dos recursos públicos, pois caso não houvesse um órgão fiscalizador provavelmente, haveria um desequilíbrio total nas contas públicas e não seria possível atender as necessidades básicas da sociedade.

II.6.1. Programas De Transparência

O Tribunal de conta dispõe de estratégias para cada vez mais organizar suas atividades e obter eficiência na sua atuação, dessa forma, o Tribunal de Contas da Bahia fez uma Campanha chamada Quem Não Deve Não Teme, em que foi possível perceber a distância que há entre o cidadão/cidadã e a instituição Tribunal de Contas

O Programa “Quem não deve não teme” é realizado pelo TCE da Bahia, em parceria com diversos seguimentos sociais e com o Ministério Público. A grande preocupação do programa é justamente tentar atrair o cidadão para a atividade do controle social, mas a realidade que se observou é que as pessoas desconhecem tal atividade, bem como a quem recorrer ou denunciar e pior, desacreditam no trabalho do tribunal de contas. (BARRETO, 2016,p.11).

É indiscutível que o Controle Externo continua sendo um importante instrumento na constatação de abusos e ataques contra o orçamento e os recursos públicos disponíveis para o Estado. Nesse sentido, é preciso vigiar e conseqüentemente, punir aqueles que não agem de acordo com as leis, a fim de que a população acredite na efetividade da fiscalização, nesse interim há um grande desafio, convencer a sociedade de que sua participação é extremamente necessária para o controle das contas públicas, e totalmente urgente para o desenvolvimento do país e principalmente, para o fortalecimento das instituições de controle. (BARRETO, 2016)

III. A institucionalidade do TCU

O Controle Externo no Brasil é de competência do Congresso Nacional que o executa de forma ampla e com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU). O que se observa na prática é que a concomitância do controle se dá de forma técnica principalmente pelo TCU que examina de forma concomitante e ininterrupta os contratos, as despesas, licitações, contratações de agentes públicos e as mais diversas ações da administração direta e indireta federal.

Um aspecto que merece ser tratado e que se verifica em todos os estados da federação, por determinação constitucional, é a replicação do formato (Poder Legislativo com auxílio técnico do TCU/TCE`s/TCM) para todos os entes, onde as assembleias legislativas dos estados tem o auxílio técnico dos tribunais de contas dos estados (TCE`s) e em alguns casos dos tribunais de contas dos municípios (TCM`s) e somente em dois casos este modelo se replica para os municípios, nos casos dos municípios de São Paulo e Rio de Janeiro que possuem tribunal de contas municipal (TCM) que prestam auxílio técnico para as respectivas câmara de vereadores, sendo que a criação destes está proibida pela própria Constituição Federal. (BRASIL,1988)

O artigo 71 da Constituição atribuiu ao Tribunal de Contas da União a prerrogativa de auxiliar o Congresso Nacional no Controle Externo sendo, concomitantemente, atribuído ao Tribunal inúmeras atribuições conforme demonstrado a seguir:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração

direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.
(BRASIL,1988)

Conforme se observa o Tribunal de Contas da União possui diversas atribuições dentro do escopo constitucional atual, devendo-se lembrar, no entanto, que ao longo das constituições brasileiras a exceção da Constituição de 1824, em todas as demais (1891, 1934, 1937, 1946, 1967, EC 01/1969 e 1988) existiu a previsão da Corte de Contas (AGUIAR, 2001).

A importância da atuação do Tribunal de Contas no direito brasileiro, principalmente como órgão autônomo e independente, foi ganhando dimensão no decorrer da história constitucional brasileira, onde houve uma amplificação da atuação deste organismo no controle das contas públicas e uma amplificação da sua atuação no seio da sociedade.

VI. Conclusão

Após todo o exposto percebe-se que o TCU é um órgão fundamental para a fiscalização do gasto público, não podendo se resumir somente neste aspecto a sua atuação, pois hodiernamente vem ganhando predominância sobre os mais diversos controles dentro do Estado como o controle das políticas públicas, órgão técnico orientador das mais diversas “dúvidas” que surgem na aplicação da legislação relacionada ao funcionamento do Estado (Lei nº 8.666/93, Lei de Responsabilidade Fiscal, etc).

V. Referência

- AGUIAR, Ubiratan. *A ação preventiva e corretiva dos tribunais de contas*. R. TCU, Brasília, v. 32, n. 90, out/dez 2001.
- BARRETTO, Stênio de Freitas. *Controle externo social funciona no Brasil? A importância da participação social no controle das contas públicas através da Lei da Transparência*. Revista *Ballot* - Rio de Janeiro, V. 2 N. 1, Janeiro/Abril 2016, pp. 63-80.
- BRASIL.
- BULGARIN, Bento José. *O controle externo no Brasil: evolução, características e perspectivas*. R. TCU, Brasília, v.31, n.86, out/dez,2000.
- LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo: Teorias, Jurisprudência e mais de 450 questões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, 55 p. 2ª. impressão.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *O mínimo que se espera dos órgãos de controle é que exerçam seus papéis*. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/mp-debate-minimo-espera-orgaos-controle-exercam-papeis>> Acesso em: Jan. 2021.
- RIBEIRO, R. J. B. (2002). *O Controle Externo Federal no Brasil - uma análise do modelo de gestão frente às demandas do sistema sócio político*. Disponível em:< <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3393/Renato.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: Jan. 2021.
- SCLIAR, Wremyr. *Controle externo brasileiro Poder Legislativo e Tribunal de Contas*. Disponível em:< <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194906/000861771.pdf?sequence=3&isAllowed=y>> Acesso em: Dez. 2020.
- WINK, Georg. *Judicialização da política ou politização da justiça? Uma Análise Crítica do Discurso do Libelo Acusatório contra a presidenta Dilma Rousseff no processo de impeachment*. Universidade de Copenhague (UCPH). Disponível em:< <https://periodicos.ufpa.br/index.php/moara/article/view/4226>> Acesso em: Jan. 2021.

Capítulo IV

El control externo en Reino Unido. Un estudio sobre el diseño institucional y el funcionamiento de la Oficina Nacional de Auditoría

Solana Beserman Balco

I. Presentación de la Oficina Nacional de Auditoría

Antecedentes históricos

El Reino Unido es una monarquía parlamentaria. Como tal, cuenta con una reina instituida como Jefa de Estado y un Jefe de Gobierno a cargo del Poder Ejecutivo. Por su parte, el Parlamento se compone de dos Cámaras: la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores.

A diferencia de otros Estados, el Reino Unido no posee una Constitución escrita. Consecuentemente, el origen legal de su entidad fiscalizadora superior se encuentra en sus normas de creación y regulación.

La entidad fiscalizadora superior del Reino Unido es un órgano colegiado denominado la Oficina Nacional de Auditoría (en adelante, “ONA”). Existe en su forma actual desde 1983 en virtud de la sanción de la Ley Nacional de Auditoría del mismo año. Previo a ello, fue la Ley de los Departamentos de Hacienda y Auditoría de 1866 la cual estableció un ciclo de control del gasto público. A su vez, sus orígenes se remontan al Auditor del Tesoro Público -un oficial público encargado de auditar el gasto público- que data de 1314.

La ya mencionada Ley de los Departamentos de Hacienda y Auditoría de 1866 fue dictada el 28 de junio de 1866 y entró en vigencia el 1º de abril de 1867.¹

Sus considerandos destacan que se trata de una ley para consolidar las responsabilidades de los Departamentos de Hacienda y Auditoría, para regular la recepción, la custodia y la emisión de fondos públicos, y para procurar su auditoría.

Modelo actual

Como ya fuera anticipado, este se encuentra reglado por la Ley Nacional de Auditoría de 1983, la cual fuera dictada el 13 de mayo de 1983 y entró en vigencia el 1º de enero de 1984.²

En su artículo 3 se establece que *habrá una Oficina Nacional de Auditoría compuesta por a) el Controlador y Auditor General que encabezará dicha oficina; y b) los empleados por aquel designados de conformidad con esta sección (...).*

Asimismo se crea la Comisión de Cuentas Públicas (conocida en inglés por sus siglas como “PAC”) a fines de fiscalizar el trabajo de la ONA.

Por último, se modifican y derogan algunas secciones de la Ley de 1866.

Otras leyes que complementan y/o modifican la normativa anterior son la Ley de Recursos y Cuentas Gubernamentales de 2000 dictada el 28 de julio de 2000, y en vigencia de conformidad con lo establecido por su artículo 30³; la Ley de Sociedades de 2006, dictada el 8 de noviembre de 2006, y en vigencia de conformidad con lo establecido por su artículo 1300⁴; la Ley de Responsabilidad Presupuestaria y Auditoría

¹ *Exchequer and Audit Departments Act 1966*, c. 39. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/29-30/39/contents> (Acceso: 8 de noviembre de 2020).

² *National Audit Act 1983*, c.44. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/44/contents> (Acceso: 8 de noviembre de 2020).

³ *Government Resources and Accounts Act 2000*, c. 20. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/20/contents> (Acceso: 8 de noviembre de 2020).

⁴ *Companies Act 2006*, c. 46. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> (Acceso: 8 de noviembre de 2020).

Nacional de 2011 dictada el 22 de marzo de 2011, y en vigencia desde su publicación⁵ y la Ley de Auditoría Local y Rendición de Cuentas de 2014, dictada el 30 de enero de 2014 y en vigencia desde su publicación y/o de conformidad con lo establecido por su artículo 49.⁶

Grado de independencia de la entidad

Tanto el Controlador y Auditor General (en adelante por sus siglas en inglés “C&AG”) y demás personal de la ONA son independientes del gobierno, no son empleados públicos ni dependen de un ministro.

En efecto, excepto a los fines del artículo 2 de la Ley de Secretos Oficiales de 1911, no se considera que ni el C&AG ni su personal así como tampoco la ONA sean dependientes de Su Majestad ni presten funciones en representación de la Corona.⁷

En pareja tesitura con ello, en la normativa aplicable se expresa que el C&AG será un agente de la Cámara de los Comunes del Parlamento y que gozará de plena discreción para desempeñar sus funciones y en especial para determinar si corresponde llevar a cabo una auditoría, así como para determinar la manera en que dicha tarea será desarrollada. Se precisa, no obstante, que al determinar si llevar a cabo una determinada auditoría, el C&AG deberá tomar en consideración cualquier propuesta hecha por el Comité de Cuentas Públicas.⁸

La ONA recibe fondos de cuentas del Parlamento. A tal fin, para cada año financiero el C&AG prepara un presupuesto, que debe ser examinado por la PAC y elevado a la Cámara de los Comunes del Parlamento, con las modificaciones que la PAC estime.⁹

En lo que respecta a la organización de las tareas de la entidad, el C&AG tiene plenas facultades para dictar ordenanzas y reglas para la conducción interna del departamento, para promover, suspender o

⁵ *Budget Responsibility and National Audit Act 2011*, c. 4. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/4/contents/enacted> (Acceso: 8 de noviembre de 2020).

⁶ *Local Audit and Accountability Act 2014*, c. 2. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/2/contents/enacted> (Acceso: 8 de noviembre de 2020).

⁷ Artículo 3, inciso 5. Ley Nacional de Auditoría de 1983.

⁸ Artículo 1º. Ley Nacional de Auditoría de 1983.

⁹ Artículo 4. Ley Nacional de Auditoría de 1983.

remover a sus empleados, y para dictar regulaciones que guíen a aquellos cuyas cuentas son objeto de control, siempre que dichas regulaciones sean previamente aprobadas por el Departamento de Hacienda.¹⁰

Por su parte, la normativa también dispone que la ONA deberá dictar reglas para regular sus procedimientos y podrá efectuar todo aquello que considere necesario para facilitar o conducir al desempeño de sus funciones.¹¹

II. Procedimiento de designación y remoción de sus miembros

En el Anexo 2 de la Ley de Responsabilidad Presupuestaria y Auditoría Nacional de 2011, se establece que la ONA se compone de 9 miembros: 5 miembros no ejecutivos; 1 C&AG y 3 miembros empleados.

Adicionalmente, la ONA puede contratar personal.¹²

Ni el C&AG ni la ONA gozan de inmunidad ni privilegio alguna por parte de la Corona.¹³

i) Miembros no ejecutivos

De conformidad con lo reglado en la Parte 2 del Anexo 2 de la Ley de 2011, Su Majestad designa a un miembro no ejecutivo como Presidente, impulsada la moción de dicho procedimiento por parte del Primer Ministro, quien a su vez, debe contar con el asentimiento del Comité de Cuentas Públicas.

Los restantes miembros no ejecutivos son designados por la PAC.

Duran en su cargo un máximo de tres años, pudiendo ser nuevamente designados solo una vez más.

¹⁰ Artículo 9. Ley de los Departamentos de Hacienda y Auditoría de 1866.

¹¹ Artículos 18 y 21. Anexo 2. Ley de Responsabilidad Presupuestaria y Auditoría Nacional de 2011.

¹² Artículo 17, Parte 5, Anexo 2. Ley de Responsabilidad Presupuestaria y Auditoría Nacional de 2011.

¹³ Artículo 12 y Anexo 2, Parte 1. Ley de Responsabilidad Presupuestaria y Auditoría Nacional de 2011.

El Presidente puede renunciar a su cargo mediante aviso fehaciente al Primer Ministro y puede ser removido de este por Su Majestad, con el tratamiento de ambas Cámaras del Parlamento.

Los demás miembros pueden renunciar mediante aviso fehaciente a la PAC. Por su parte, esta se encuentra facultada para remover a un miembro no ejecutivo de su cargo por las siguientes causales: a) ausencia de las reuniones de la ONA por más de tres meses sin autorización de la ONA, b) declaración de insolvencia o acuerdo con acreedores, c) secuestro de bienes del miembro en Escocia o conclusión por parte del miembro de un acuerdo de regularización de deuda conforme normativa escocesa, d) mal comportamiento, e) falta de cumplimiento de los términos de su designación, o f) el miembro deviene incapaz, inadecuado o reticente a llevar a cabo sus funciones.

ii) Controlador y Auditor General

Siguiendo el artículo 1º de la Ley Nacional de Auditoría de 1983, el C&AG es designado por Su Majestad a propuesta de la Cámara de los Comunes, y solo el Primer Ministro actuando con el consentimiento del Presidente del Comité de Cuentas Públicas puede efectuar propuestas.

A su vez, en la Ley de 1866 se dispone que el C&AG permanece en sus funciones mientras dure su buen comportamiento, sujeto a remoción por Su Majestad, a propuesta de ambas Cámaras del Parlamento.

El C&AG dura 10 años en su cargo y su designación no puede renovarse.¹⁴

El actual C&AG –Gareth Davies– fue designado el 1º/06/2019.

Miembros empleados

Conforme las disposiciones de la Parte 4 del Anexo 2 de la Ley de 2011, estos son designados por los miembros no ejecutivos, con la recomendación del C&AG.

Los términos de su designación son, asimismo, dispuestos por los miembros no ejecutivos.

¹⁴ Artículo 11. Ley de Responsabilidad Presupuestaria y Auditoría Nacional de 2011.

Pueden renunciar mediante aviso fehaciente a los miembros no ejecutivos y son pasibles de remoción por las mismas causales que aquellos.

Comisión de Cuentas Públicas

Respecto de la PAC –que fiscaliza el trabajo de la ONA– aquella se conforma por: a) el miembro de la Cámara de los Comunes que al momento se desempeñe como Presidente del Comité de Cuentas Públicas; b) el Presidente de la Cámara de los Comunes, y c) otros siete miembros de la Cámara de los Comunes designados por dicha Cámara, ninguno de los cuales podrá ser Ministro de la Corona.¹⁵

A excepción del Presidente del Comité de Cuentas Públicas, los restantes miembros de la PAC duran en sus funciones el tiempo en que sean miembros del Parlamento. Así, deberán cesar en sus funciones si dejan de ser miembros de la Cámara de los Comunes o si un tercero es designado para reemplazarlos. Pueden renunciar en cualquier momento mediante aviso fehaciente a la PAC.¹⁶

Auditor externo

El auditor externo –quien anualmente confecciona una opinión acerca de los estados financieros de la ONA y analiza la efectividad de las operaciones de la ONA y el uso de sus recursos– debe ser miembro de alguno de los 6 organismos previstos por la normativa que regula su creación, o poseer tales calificaciones que determine la PAC.¹⁷

La remuneración del auditor externo es fijada por la PAC y solventada con los recursos de la ONA.

III. Independencia financiera de la entidad

Si bien su normativa no la dota expresamente de autarquía financiera, el ya reseñado artículo 4 de la Ley Nacional de Auditoría de 1983

¹⁵ Artículo 2. Ley Nacional de Auditoría de 1983.

¹⁶ Anexo 1. Ley Nacional de Auditoría de 1983.

¹⁷ Anexo 3. Ley Nacional de Auditoría de 1983.

dispone que la ONA contará con fondos propios que provienen del Parlamento.

La ONA posee, asimismo, libertad para proponer su presupuesto. Empero, como ya fuera también indicado, el presupuesto preparado por el C&AG es examinado por la PAC y elevado a la Cámara de los Comunes del Parlamento, con las modificaciones que la PAC estime. Dicho presupuesto es finalmente aprobado por el Parlamento, quien también decide sobre el presupuesto nacional.

Del análisis y contraste entre los últimos cinco presupuestos totales de gastos del país y los últimos cinco presupuestos totales de la ONA, se desprende que el porcentaje del presupuesto de la ONA sobre el presupuesto total de gastos del país se mantuvo en un 0,01 %. Lo cual se ve reflejado en la siguiente tabla.

Año financiero	Presupuesto total de gastos del país	Presupuesto de la ONA	Porcentaje del presupuesto de la ONA sobre el presupuesto total de gastos
2019-2020	£842 billones	£71 millones	0,01
2018-2019	£809 billones	£67,5 millones	0,01
2017-2018	£802 billones	£66,6 millones	0,01
2016-2017	£772 billones	£64,5 millones	0,01
2015-2016	£743 billones	£64,5 millones	0,01

El presupuesto total de gastos del país para cada año financiero proviene del reporte presupuestario anual que el Ministerio de Hacienda presenta al Parlamento.¹⁸

¹⁸ Departamento de Hacienda del Reino Unido (2015). *Presupuesto 2015*;

Por su parte, el presupuesto total de la ONA fue extraído de los reportes anuales que dicha entidad presenta ante el Parlamento.¹⁹

IV. Plan estratégico

i) Plan 2019-20 a 2021-22

En diciembre de 2018, la ONA publicó un documento titulado “Estrategia de la ONA 2019-20 a 2021-22”²⁰ en el que se desarrollan como puntos principales su visión, sus objetivos estratégicos y sus recursos disponibles.

En una nota introductoria, se detalla que en atención a la importancia de la salida del Reino Unido de la Unión Europea y a que ello afectará a todos los departamentos gubernamentales, sus cuatro áreas prioritarias para el próximo período de estrategias son servir al Parlamento de la siguiente manera:

- 1) brindando trabajo de alta calidad, utilizando técnicas modernas de auditoría para enfrentar los mayores desafíos del sector público, y en particular la salida de la Unión Europea; brindando a las entidades auditadas un mejor panorama de cómo manejan y utilizan fondos públicos, y respondiendo a su *feedback* para mejorar la comunicación acerca de los beneficios de sus tareas de auditoría;
- 2) apoyando a que su personal desarrolle las habilidades adecua-

Departamento de Hacienda del Reino Unido (2016). *Presupuesto 2016*; Departamento de Hacienda del Reino Unido (2017). *Presupuesto estival 2017*; Departamento de Hacienda del Reino Unido (2018). *Presupuesto 2018*; Departamento de Hacienda del Reino Unido (2019). *Presupuesto 2019*.

¹⁹ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2016). *Reporte Anual y Contable 2015-16*; Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2017). *Reporte Anual y Contable 2016-17*; Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2018). *Reporte Anual y Contable 2017-18*; Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2019). *Reporte Anual y Contable 2018-19*; Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2020). *Reporte Anual y Contable 2019-20*.

²⁰ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2018). *Estrategia de la ONA 2019-20 a 2021-22*. Disponible en: <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2019/02/NAO-Strategy-2019-20-to-2021-22.pdf> (Acceso: 14 de noviembre de 2020).

das a fin de producir un trabajo de auditoría que responda a los cambios del sector público, la tecnología y las prácticas de auditoría; e

- 3) implementando tecnologías digitales adecuadas y seguridad para apoyar a su personal y permitir la toma de decisiones basadas en información, y prácticas de trabajo efectivas.

Seguidamente, se expone que su visión consiste ayudar al Parlamento a responsabilizar al gobierno por el gasto de fondos públicos, y a través de ello, generar mejoras en los servicios públicos.

Su auditoría es “de sistema amplio” pues sus áreas de actividad abarcan la totalidad del sector público.

Asimismo, es “integrada” dado que su trabajo implica verificar no solo que los estados financieros de las entidades públicas sean auténticos y adecuados, sino también que el gasto público redunde en “valor por dinero” para el contribuyente y que se gaste de conformidad con las intenciones del Parlamento.

Su trabajo consiste en una “auditoría pública independiente” porque tanto el C&AG como la ONA son independientes del gobierno y tienen facultades para elegir qué áreas auditar y para llevar a cabo la auditoría con todo el detalle que precisen.

Se explica en el documento que sus 3 objetivos estratégicos son:

- 1) Desarrollar e implementar conocimientos: planear cuidadosamente su trabajo para alcanzar los objetivos del Parlamento, y a partir de ello, extraer los conocimientos más propensos a generar cambios positivos en el sector público;
- 2) Aumentar su influencia: mejorar la concientización y la reputación de la ONA percibida por terceros, incluyendo miembros del Parlamento y entidades auditadas; y
- 3) Brindar un alto desempeño: utilizar sus fondos de una manera efectiva respecto a los costos incurridos, y obtener los mejores resultados de su personal.

Respecto a sus recursos, se destaca que su ámbito externo es tanto desafiante como cambiante. El proceso de salida de la Unión Europea domina el centro de los negocios del gobierno y tendrá extensivos efectos en todo el sector público por muchos años a futuro. A razón de ello, las auditorías son cada vez más complejas.

Finalmente, este plan estratégico detalla los recursos monetarios necesarios y cómo se utilizarán. No especifica indicadores de medición de logros.

Plan 2020 a 2025

Como consecuencia del inicio del mandato del nuevo C&AG sucedido a mediados de 2019, la ONA se propuso revisar cuál es su rol en el escenario actual y elaborar una nueva estrategia quinquenal. Así, en junio de 2020 se publicó un documento titulado “*Estrategia quinquenal de la ONA. 2020-2025*”.²¹

Innovando respecto de la estrategia precedente, en el nuevo plan se incluye un detalle de indicadores de medición de logros respecto de las prioridades estratégicas de la ONA y sus recursos facilitadores.

En su sección introductoria, se expresa que la respuesta estatal a la pandemia del COVID-19 y su recuperación conllevará implicancias para el gasto público y el servicio público por muchos años.

Luego se precisan cuáles son los tres objetivos estratégicos del organismo:

- 1) Mejorar su apoyo para lograr auditorías y rendiciones de cuentas efectivas: actualización de su metodología y software para llevar a cabo auditorías de alta calidad mediante análisis de data;
- 2) Aumentar su impacto en resultados y “valor por dinero”: identificar cómo mejorar servicios públicos y efectuar recomendaciones más perspicaces y prácticas para alcanzar mejores resultados; y
- 3) Proveer conocimiento independiente y accesible: ser reconocido como fuente valiosa de conocimiento acerca de la utilización de los recursos públicos y de cómo mejorar el gobierno y la prestación de los servicios públicos.

Seguidamente, se identifican 3 elementos facilitadores estratégicos para alcanzar los objetivos reseñados:

- 1) Atraer, retener y desarrollar personas talentosas;
- 2) Utilizar de manera más eficiente la tecnología, la información y el conocimiento; y
- 3) Convertirse en una organización ejemplar.

Respecto de los indicadores de medición de logros, se detallan medidores específicos para cada objetivo y elemento facilitador.

²¹ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2020). *Estrategia quinquenal de la ONA.2020-2025*. Disponible en: <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2020/05/nao-strategy-2020-25.pdf> (Acceso: 14 de noviembre de 2020).

Así, como indicadores del objetivo “*mejorar su apoyo para lograr auditorías y rendiciones de cuentas efectivas*” se mencionan: la cantidad de reportes de “valor por dinero” y cuentas financieras certificadas respecto de la meta anual; cantidad de cuentas del Comité de Cuentas Públicas respecto de la meta de 50 sesiones; calificación de “2a” o superior por parte del Consejo de Reportes Financieros y aprobación de los estándares internos de revisión de su trabajo; calificación externa de calidad y calificación interna de calidad en comparación con la meta; retroalimentación favorable de las entidades auditadas y del Parlamento; y respuesta de la correspondencia recibida del público en 20 días hábiles.

Para el objetivo “aumentar su impacto en resultados y ‘valor por dinero’” se fijan como indicadores: valor del impacto financiero de su trabajo en comparación con su producción; casos ejemplificativos de cambios positivos resultantes de su trabajo; porcentaje de recomendaciones aceptadas e implementadas por parte de las entidades auditadas; y retroalimentación que acredita que los directivos de las entidades auditadas consideran que el trabajo de la ONA contribuyó a mejores resultados en su entidad.

Con el objetivo “proveer conocimiento independiente y accesible” se enlazan como indicadores: retroalimentación favorable de las entidades auditadas y del Parlamento, cantidad de reportes sobre lecciones aprendidas comparados con la meta anual; y cantidad de reportes descargados de su sitio y de visitantes frecuentes a este.

Por su parte, en punto al elemento facilitador “atraer, retener y desarrollar personas talentosas”, se establecen como indicadores de logro: resultados favorables sobre compromiso en el trabajo y acceso a aprendizaje y capacitación reflejados en la encuesta anual del personal de la ONA; porcentaje de mujeres, minorías étnicas, miembros de la comunidad LGBT o personas con capacidades diferentes en puestos de liderazgo senior, medio y junior; brecha salarial respecto de mujeres y minorías étnicas; cantidad de días de licencia por enfermedad; y porcentaje de personal con planes de desarrollo personal.

Para el elemento “utilizar de manera más eficiente la tecnología, la información y el conocimiento” se muestran como indicadores: opinión externa de confianza sobre los cambios digitales de programas, el servicio digital y conocimiento de la ONA; y resultados favorables sobre fácil acceso y herramientas digitales correctas reflejados en la encuesta anual del personal de la ONA.

Finalmente, como indicadores para el facilitador “convertirse en una organización ejemplar” se corresponden los siguientes: comparación del gasto en actividades de primera línea con el gasto por servicios corporativos; reportes de auditoría externa sobre su eficiencia; gasto anual dentro del margen definido de su presupuesto; costo de sus reportes de “valor por dinero”; trabajo del personal en comparación con la meta; nivel anual de emisiones de carbono; y cantidad total anual de residuos, reciclaje y uso del agua.

V. Modelo de control externo

i) Competencias de la ONA

El C&AG se encuentra facultado para auditar la economía, eficiencia y efectividad con las que cualquier departamento, autoridad o entidad comprendida en su universo de auditoría utilizó sus recursos para cumplir sus funciones. Lo cual no debe interpretarse como otorgamiento de autoridad al C&AG para cuestionar los méritos de las políticas de ningún departamento ni entidad auditada.²²

De conformidad con la normativa aplicable, son pasibles de auditoría cualquier departamento para el cual se prepara una partida presupuestaria; cualquier entidad obligada a mantener cuentas bajo la Ley del Servicio Nacional de Salud de 1977; cualquier entidad respecto a la cual una ley prevea que sus cuentas sean auditadas por el C&AG; y cualquier entidad respecto a la cual un acuerdo entre dicha entidad y el Estado prevé que sus cuentas sean auditadas por el C&AG.

A su vez, se precisa que cuando una determinada disposición legal o acuerdo limitan la auditoría a una actividad particular de la entidad a auditar, la auditoría debe limitarse a dicha actividad.²³

Una disposición especial rige respecto de cualquier entidad cuyos miembros son designados por o en nombre de la Corona. Así, se establece que en caso en que el C&AG posea razones para creer que dicha entidad, en cualquier año financiero, recibió más de la mitad de sus ingresos de fondos públicos, puede llevar a cabo una auditoría acerca

²² Artículo 6.1 y 6.2. Ley Nacional de Auditoría de 1983.

²³ Artículo 6.3 y 6.4. Ley Nacional de Auditoría de 1983.

de la economía, eficiencia y efectividad con las que dicha entidad en tal respectivo año financiero utilizó sus recursos para cumplir sus funciones.²⁴

Vale aclarar, que la ONA efectúa un control posterior de eficiencia, en tanto trabaja sobre los balances de las entidades que audita.

Asimismo, de conformidad con el modelo anglosajón tradicional, el concepto de control en el Reino Unido se ajusta a la fiscalización, verificación o comprobación, y se deja al órgano judicial el análisis de la responsabilidad que pueda resultar de las irregularidades detectadas. En otras palabras, la ONA no decide sobre responsabilidad y por ello carece de competencias jurisdiccionales, administrativas y sancionatorias respecto a ello.²⁵

Conforme indica el propio organismo en su Reporte Anual 2018-2019²⁶, el trabajo de la ONA comprende 6 dimensiones: 1) auditorías financieras; 2) reportes de “valor por dinero” para informar si las entidades auditadas logran valor por dinero, ello es, eficiencia, efectividad y economía en el uso de recursos; 3) investigaciones en los casos en que terceros o el personal identifican sospechas acerca del uso de recursos públicos; 4) apoyo al Parlamento en su tarea de escrutinio del gasto público; 5) comunicación con el público y miembros del Parlamento, que son quienes coadyuvan a llevar la atención de la ONA temas a tratar; y 6) trabajo internacional en tanto el C&AG ha sido designado como auditor externo de numeras entidades internacionales.

ii) Investigaciones ante sospechas de delitos

Cuando existen sospechas acerca de asuntos relacionados al gasto público, tales como fallas en el servicio o irregularidades financieras, la ONA lleva a cabo investigaciones tendientes a dilucidar los hechos. Dichas sospechas pueden ser elevadas a la ONA por parte de un

²⁴ Artículo 7. Ley Nacional de Auditoría de 1983.

²⁵ Declaración de Joseph Da Silva. Miembro del equipo de Correspondencia Central de la Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (Correspondencia a email personal 20 de junio de 2019).

²⁶ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2019). *Reporte Anual y Contable 2018-19*. Disponible en: <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2019/06/NAO-Annual-Report-and-Accounts-2018-19.pdf> (Acceso: 14 de noviembre de 2020).

miembro del Parlamento, los medios, el público o identificarse en el curso del trabajo de la ONA.²⁷

Cuando durante el curso de sus tareas la ONA incurre en sospechas de real o potencial actividad criminal, lo reporta a la autoridad legal correspondiente a fines de que aquella investigue e inicie el procedimiento legal correspondiente.²⁸

iii) Legitimación procesal

La ONA no posee legitimación procesal específica, por lo cual le aplican las mismas reglas que a toda otra autoridad pública en materia de legitimación.

Cabe mencionar que si se impugnara una decisión administrativa, quien la promueve debería demostrar que posee “interés suficiente” en el asunto en los términos de la sección 31 de la Ley de Cortes de 1981²⁹ y que la entidad cuyos actos se impugnan se encontraba ejerciendo una función pública, conforme la doctrina del caso “Datafin”.³⁰

Impugnación administrativa de decisiones de la ONA

Existe un modelo de impugnación administrativa de las decisiones de la ONA en virtud del derecho a la información. Un caso típico sería aquel en el que la ONA rechaza el pedido de un tercero que pretende obtener información de la ONA sobre una entidad, para promover su auditoría.

Es así entonces que un organismo administrativo denominado la “Oficina de Información del Comisionado” decide en torno a los reclamos de terceros basados en el derecho a la información. Dicho organismo es

²⁷ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido. *Investigaciones*. Disponible en: <https://www.nao.org.uk/about-us/our-work/investigations/> (Acceso: 14 de noviembre de 2020).

²⁸ Para un listado comprensivo de investigaciones, puede consultarse: https://www.nao.org.uk/search/keyword/investigation/publication_type/reports/ (Acceso: 14 de noviembre de 2020).

²⁹ Ob. cit. nota 25. Declaración de Joseph Da Silva.

²⁹ *Senior Courts Act 1981*, c. 54. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/contents> (Acceso: 14 de noviembre de 2020).

³⁰ *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin plc [1987] QB 815*, Court of Appeal (Civil Division).

la autoridad independiente del Reino Unido establecida para resguardar el derecho a la información en pos del interés público, promover la apertura de las entidades públicas y los derechos de privacidad de la información de los individuos. Sus decisiones son apelables ante tribunales de primera instancia (First Tier Tribunal in Information Rights).

iv) Garantías de acceso a la información

La ONA posee garantías de acceso y disposición de información, pero dicho acceso no es irrestricto.

De conformidad con la normativa aplicable, a los fines del examen por parte del C&AG de las cuentas de un departamento gubernamental: a) aquel poseerá un derecho de acceso en todo momento razonable a todos los documentos relacionados con las cuentas de dicho departamento, y b) toda persona que tenga o haya tenido control de cualquiera de esos documentos brindará al C&AG toda la asistencia, información y explicación que aquel le requiera en relación con dichos documentos.

Se precisa que lo dicho anteriormente aplica solamente en relación con documentos que posea o controle: a) un departamento gubernamental, o b) alguien en virtud de un acuerdo celebrado por un departamento gubernamental a los fines de la compilación o tratamiento de registros financieros.³¹

Por otra parte, en la Ley de 2011 se dispone que todo documento o información que a una persona le sea requerido proveerle a, o pueda proveerle al C&AG, podrá ser provista a la ONA.

Se añade que a los fines de la sección 3(2) de la Ley de Libertad de Información de 2000, todo documento o información conservado por la ONA será tratado como conservado por la ONA en derecho propio.³²

Publicidad de los informes de la ONA

La ONA informa al Parlamento acerca de los resultados de su actividad de forma anual.

Tras la finalización de cada año fiscal, apenas sea posible, la ONA y el C&AG deben preparar de manera conjunta un reporte acerca de las

³¹ Artículo 8. Ley de Recursos y Cuentas Gubernamentales de 2000.

³² Artículo 13. Anexo 3. Ley de Responsabilidad Presupuestaria y Auditoría Nacional de 2011.

funciones de auditoría llevadas a cabo. También de manera conjunta, el Presidente de la ONA y el C&AG deben presentar dicho reporte a la PAC, que lo eleva al Parlamento.³³

Además de ello, es posible encontrar reportes de auditorías específicas. En efecto, el C&AG se encuentra facultado para emitir un reporte de fondo acerca de una entidad determinada auditada. Estos reportes son utilizados para llamar la atención del Parlamento hacia asuntos que tienen un efecto directo o indirecto en el gasto público.³⁴

Finalmente, es dable mencionar que los reportes de la ONA conforman la base de las investigaciones llevadas adelante por la PAC³⁵, cuyas sesiones se encuentran abiertas al público. Concluida una investigación, la PAC publica reportes con sus conclusiones y recomendaciones.

El gobierno responde a las recomendaciones de la PAC en documentos que publica denominados “Minutas del Tesoro”.

VI. Código de práctica de la ONA. Principios rectores

La ONA y el C&AG se encuentran obligados a preparar, de manera conjunta, un código de práctica que regule la relación entre ambos, así como a revisarlo y actualizarlo regularmente.³⁶

Por su parte, el C&AG debe preparar uno o más códigos de práctica de auditoría que regulen la manera en la cual los auditores locales deben llevar a cabo sus funciones.³⁷

³³ Artículo 9. Anexo 3. Ley de Responsabilidad Presupuestaria y Auditoría Nacional de 2011.

³⁴ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2016). Presentación de la Oficina Nacional de Auditoría. Disponible en: <https://www.nao.org.uk/about-us/wp-content/uploads/sites/12/2016/07/Introduction-National-Audit-Office.pdf> (Acceso: 14 de noviembre de 2020).

³⁵ Para un detalle de investigaciones actuales de la PAC, puede consultarse: <https://committees.parliament.uk/committee/127/public-accounts-committee> (Acceso: 14 de noviembre de 2020).

³⁶ Artículo 10. Anexo 3. Ley de Responsabilidad Presupuestaria y Auditoría Nacional de 2011.

³⁷ Artículo 1. Anexo 6. Ley de Auditoría Local y Rendición de Cuentas de 2014.

Se encuentra previsto que el código de práctica de auditoría sea renovado, al menos, cada 5 años.³⁸

*i) Código de práctica de auditoría 2015*³⁹

Este código fue publicado en abril de 2015.

En su Capítulo 1, se expresa que el código responde a los siguientes principios rectores:

- 1) amplio alcance de facultades (por tratarse de la auditoría del sector público);
- 2) integridad, objetividad e independencia;
- 3) transparencia y comunicación pública;
- 4) profesionalidad y proporcionalidad;
- 5) coordinación e integración;
- 6) enfoque constructivo; y
- 7) seguridad de los datos y confidencialidad.

Así, se prescribe que todo auditor debe llevar a cabo sus tareas con integridad, objetividad e independencia, y de acuerdo con el marco ético aplicable a los auditores, incluyendo los estándares éticos impuestos por el Consejo de Reportes Financieros y cualquier requisito adicional impuesto por el cuerpo supervisor del auditor o cualquier entidad encargada de supervisar su independencia. Se enfatiza que el auditor debe ser, y ser visto como, imparcial e independiente.⁴⁰

En punto a la transparencia, se señala que el auditor debería informar de manera frecuente, sin miedo ni favores, utilizando su juicio profesional para decidir cuál es el medio más efectivo para comunicar la información.⁴¹

Respecto del profesionalismo, se establece que el auditor debería llevar a cabo sus tareas de conformidad con los requisitos del código aplicable, y con los estándares profesionales relevantes impuestos por el Consejo de Reportes Financieros y estándares de controles de calidad

³⁸ Artículo 5. Anexo 6. Ley de Auditoría Local y Rendición de Cuentas de 2014.

³⁹ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2015). Código de práctica de auditoría 2015. Disponible en: <https://www.nao.org.uk/code-audit-practice/wp-content/uploads/sites/29/2015/03/Final-Code-of-Audit-Practice.pdf> (Acceso: 15 de noviembre de 2020).

⁴⁰ Artículo 1.8. Código de práctica de auditoría 2015.

⁴¹ Artículo 1.9. Código de práctica de auditoría 2015.

relevantes. Se considera que el trabajo del auditor debería ponderar los riesgos y responder al criterio de la proporcionalidad. Se añade que se espera que el auditor lleve a cabo sus tareas de manera económica, eficiente, efectiva y en un tiempo razonable.⁴²

Acerca del principio de seguridad de los datos y confidencialidad, se indica que el auditor y su personal deberían familiarizarse y cumplir con todo requisito legal y relevante referido a la seguridad, transferencia, posesión, revelación y desecho de información, en especial la información personal que reciben u obtienen en el curso de sus tareas.⁴³

Código de práctica de auditoría 2020⁴⁴

El recientemente publicado código de práctica de auditoría –vigente desde el 1º de abril de 2020– se aplica a las auditorías de los años financieros 2020-21, en adelante.

Los principales cambios respecto del código anterior son la inclusión de un comentario de estilo narrativo sobre la organización del trabajo del auditor para actuar de manera económica, eficiente y efectiva, y focalizarse en la sustentabilidad financiera, el gobierno y la eficiencia de la entidad auditada; la inserción de un artículo 4.6 que brinda claridad acerca del momento en que el auditor debe publicar sus reportes; y la adición de un artículo 6.7 sobre el ejercicio de poderes adicionales del auditor respecto de las autoridades con menor PBI.

Fuera de ello, se mantiene el enfoque en los principios rectores y se replican los ya detallados en el código de 2015.

Respecto del principio de comunicación pública, resulta interesante mencionar como en el nuevo código se indica que al efectuar comunicaciones al público deberá utilizarse un lenguaje sencillo que los lectores puedan comprender. Ello, puesto que la comunicación pública en materia de auditoría es tanto para el beneficio de la entidad auditada como para el público en general.⁴⁵

⁴² Artículo 1.10. Código de práctica de auditoría 2015.

⁴³ Artículo 1.18. Código de práctica de auditoría 2015.

⁴⁴ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2020). Código de práctica de auditoría 2020. Disponible en: https://www.nao.org.uk/code-audit-practice/wp-content/uploads/sites/29/2020/01/Code_of_audit_practice_2020.pdf (Acceso: 15 de noviembre de 2020).

⁴⁵ Artículo 1.19. Código de práctica de auditoría 2020.

Asimismo, a los fines de una comunicación efectiva con la entidad auditada y las partes interesadas, se hace hincapié en la importancia de que el equipo de auditores se asegure poseer suficiente conocimiento sobre el marco regulatorio, legislativo y financiero del sector público auditado.⁴⁶

VII. Relaciones con la sociedad civil. Impacto de los reportes de la ONA

En su Reporte de Transparencia 2019-20⁴⁷, la ONA expresa que en dicho año financiero se recibieron más de 300 respuestas a una encuesta circulada al público en general, a los representantes parlamentarios, a funcionarios públicos, auditores y centros de estudios “think-tanks”.

Destaca así, que conforme lo reseñado por dichos actores, se pretende que la ONA produzca aún mayor conocimiento y sea más influyente.

En punto a su relación con el público en general y otras partes interesadas, la ONA afirma que es su deseo que el público en general conozca y utilice el trabajo que ella realiza en pos de la mejora de los servicios públicos.

La ONA reconoce que en la actualidad, las personas utilizan mayormente redes sociales y digitales para absorber información y comunicarse. No resulta sorprendente entonces que la entidad haya potenciado el uso de estas.

Se refiere así en el reporte que la ONA posee 140 000 seguidores en sus redes sociales y ha experimentado un aumento del 140 % de clics redireccionando a su sitio web desde LinkedIn y Twitter, en comparación con sus cifras de 2018.

Se añade que, como estrategia comunicacional, se recurre al uso de videos y animaciones cuando se busca promover mensajes importantes contenidos en sus reportes. Se destaca así, que en el período analizado,

⁴⁶ Artículo 1.20. Código de práctica de auditoría 2020.

⁴⁷ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2020). *Reporte de Transparencia 2019-20*. Julio de 2020. Disponible en: <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2020/07/National-Audit-Office-Transparency-Report-2019-20.pdf> (Acceso: 16 de noviembre de 2020).

se efectuaron más de 260 000 descargas de los reportes de su sitio web y que registró más de 780 000 visitas.

Asimismo, es dable mencionar que la prensa británica habitualmente cita los reportes del organismo como fuente periodística en sus artículos cuando denuncia las ineficiencias del Estado.⁴⁸

De este modo, y de la mano de los medios de comunicación masiva, la ONA coadyuva al ejercicio de control social del gobierno (“social accountability”) que lleva a cabo la sociedad civil.

Por otra parte, a fines de dar a conocer el impacto de su trabajo, la propia ONA publica dichos resultados con narrativa de estudio de casos.

En el Reporte Anual y Contable 2019-20 de la ONA⁴⁹ se dedica a ellos una sección titulada “Beneficios resultantes de nuestro trabajo”, en la que se abordan 14 ejemplos.

Así, se explica cómo a partir de la investigación de la ONA de 2018 sobre el programa de reclutamiento de la armada británica, el Ministro de Defensa efectuó cambios a este, admitiendo que dicho informe le ayudó a repensar los desafíos del programa vigente.

Del mismo modo, se brinda un detalle de los restantes 13 ejemplos ya referenciados, los cuales redundaron en ganancias de “valor por dinero” para las siguientes entidades: la Agencia Submarina del Ministerio de Defensa; el Ministerio de Educación; el Ministerio de Justicia, el equivalente británico al Consejo de la Magistratura; la Agencia de Propiedad Gubernamental; la Jefatura de Gobierno; el Ministerio de Medio Ambiente, Agricultura y Asuntos Rurales; el Ministerio de Desarrollo Internacional; el NHS; y la Oficina de Ingresos Públicos y Aduanas.

⁴⁸ Para un detalle de artículos periodísticos recientes, puede consultarse el sitio web del *Financial Times*, disponible en: <https://www.ft.com/stream/6a102644-617c-4ba7-b867-dc8a2e1048fo> y el sitio web de la BBC, disponible en: <https://www.bbc.com/news/topics/cwm1wgkv5pgt/national-audit-office> (Acceso: 16 de noviembre de 2020).

⁴⁹ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2020). *Reporte Anual y Contable 2019-20*. 23 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2020/06/nao-annual-report-accounts-2019-20.pdf> (Acceso: 16 de noviembre de 2020).

VIII. Relaciones con otros órganos de control externo. Relaciones de coordinación con otros agentes encargados de establecer responsabilidades

La ONA es parte de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (conocida por sus siglas en inglés como “INTOSAI”), también de la Organización Europea de Entidades Fiscalizadoras Superiores (conocida por sus siglas en inglés como “EUROSAI”) y del grupo de Auditores Generales del Commonwealth.

Adicionalmente, el C&AG es el Presidente del Panel de Auditores Externos de la Organización de las Naciones Unidas.⁵⁰

En punto a su relación con entidades encomendadas para establecer responsabilidades por irregularidades detectadas, corresponde destacar que el trabajo de la ONA es objeto de interés a los fines de la Ley de Ingresos Derivados de Actividad Criminal de 2002.⁵¹

El personal de ONA debe reportar toda duda razonable o evidencia de lavado de dinero y/o actividad de financiamiento de terrorismo identificada en el curso de sus tareas al Oficial de Reportes de Lavado de Dinero (conocido en inglés por sus siglas como “MLRO”).

Por su parte, el MLRO eleva dichos reportes a la Agencia Nacional del Crimen a través de una Denuncia de Actividad Sospechosa.⁵²

IX. Impacto del COVID-19 sobre las tareas de la ONA

A raíz del surgimiento y desarrollo de la pandemia del COVID-19, la ONA ajustó su programa de trabajo, otorgando especial atención a la auditoría de la respuesta gubernamental frente al coronavirus.

Así, focalizó su trabajo en el nivel de preparación del Estado para la pandemia, el gasto público destinado a la respuesta en materia de salud

⁵⁰ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2019). Presentación de la Oficina Nacional de Auditoría. Disponible en: <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2019/06/An-Introduction-to-the-National-Audit-Office.pdf> (Acceso: 14 de noviembre de 2020).

⁵¹ *Proceeds of Crime Act 2002*, c. 29. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents> (Acceso: 14 de noviembre de 2020).

⁵² Ob. cit. nota 25. Declaración de Joseph Da Silva.

y emergencia, y en las medidas gubernamentales destinadas a proteger a las empresas e individuos del impacto económico de la pandemia.⁵³

Como resultado de su labor durante los primeros meses de la pandemia, se publicaron los siguientes reportes: la respuesta del Reino Unido frente al COVID-19; la puesta en marcha del Servicio de Seguridad de Salud del Reino Unido (“NHS” por sus siglas en inglés) y el cuidado de adultos mayores; guía para los comités de auditoría y de análisis de riesgos sobre las auditorías financieras durante la pandemia; investigación sobre el aumento de ventiladores disponibles para el NHS en respuesta al COVID-19; investigación del esquema de préstamos “Bounce Back”; y la implementación de esquemas de apoyo al empleo en respuesta al COVID-19.⁵⁴

Asimismo, se detallan en su sitio web los temas relacionados a la pandemia sobre los cuales la ONA se encuentra trabajando actualmente, y proyecta publicar reportes entre el otoño europeo de 2020 y la primavera europea de 2021. Entre ellos se destacan: la provisión de equipo de protección personal al NHS y al sector de cuidado de adultos mayores; la investigación sobre el esquema de entrega gratuita de alimentos a la población escolar; el sistema de compras gubernamentales durante la pandemia; la protección y el apoyo a la población vulnerable durante el aislamiento; el alojamiento de las personas sin techo durante de la pandemia; las finanzas de los gobiernos locales frente a la pandemia; el apoyo a la educación de menores durante la pandemia; los servicios de testeo y rastreo del COVID-19; convenios con hospitales independientes; investigación sobre la preparación de potenciales vacunas para el COVID-19; actualización del reporte sobre seguimiento de gastos derivados del COVID-19; preparación del Estado para la pandemia; e investigación sobre la provisión de fondos gubernamentales a instituciones benéficas durante la pandemia.⁵⁵

⁵³ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2020). *COVID-19. Apoyo al Parlamento para entender la respuesta gubernamental a la pandemia del coronavirus*. Disponible en: <https://www.nao.org.uk/covid-19/> (Acceso: 16 de noviembre de 2020).

⁵⁴ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2020). *COVID-19. Publicaciones*. Disponible en: https://www.nao.org.uk/search/pi_area/covid-19/publication_type/reports/ (Acceso: 16 de noviembre de 2020).

⁵⁵ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2020). *COVID-19. Trabajo en*

Por otra parte, resulta relevante mencionar que, en septiembre de 2020, la ONA emitió un documento de seguimiento del gasto público derivado del COVID-19.⁵⁶ En el este se compila la información proveída por las diversas entidades gubernamentales del Reino Unido (información no auditada por la ONA), y se identifican los costos estimados de cada una de las medidas estatales anunciadas por la pandemia, y cuánto se ha gastado ya en cada una de ellas.

Se informa así que, respecto de las más de 190 medidas anunciadas hasta el 7 de agosto de 2020, se estima un gasto total de £210 billones, de los cuales £70 billones ya han sido gastados.⁵⁷

Por último, resta mencionar que la ONA continuó trabajando en sus demás programas medulares: la auditoría de 2019-20 de las cuentas de más de 400 entidades, sus evaluaciones de “valor por dinero” e investigaciones derivadas de gastos públicos relevantes.⁵⁸

X. Conclusiones

La entidad fiscalizadora superior del Reino Unido responde al modelo clásico anglosajón conforme el cual se realiza un control posterior de eficiencia -en tanto se trabaja sobre los balances de las entidades auditadas- mientras que el análisis de la responsabilidad que pueda resultar de las irregularidades detectadas recae sobre la judicatura.

progreso. Septiembre de 2020. Disponible en: https://www.nao.org.uk/search/pi_area/covid-19/publication_type/work-in-progress/ (Acceso: 16 de noviembre de 2020).

⁵⁶ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2020). *Seguimiento de gastos del COVID-19*. Disponible en: <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2020/09/COVID-19-cost-tracker-2020-09-08.pdf> (Acceso: 16 de noviembre de 2020).

⁵⁷ Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (2020). *Seguimiento de gastos del COVID-19*. Disponible en: <https://www.nao.org.uk/covid-19/cost-tracker/> (Acceso: 16 de noviembre de 2020).

⁵⁸ Davis, G. *Auditoría de la respuesta del gobierno al COVID-19*. Blog de la Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido. 23 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.nao.org.uk/naoblog/auditing-the-governments-response-to-covid-19/> (Acceso: 16 de noviembre de 2020).

Su trabajo se divide en 6 grandes áreas: 1) auditorías financieras; 2) reportes de “valor por dinero” para informar si las entidades auditadas logran valor por dinero, ello es, eficiencia, efectividad y economía en el uso de recursos; 3) investigaciones en los casos en que terceros o su personal identifican sospechas acerca del uso de recursos públicos; 4) apoyo al Parlamento en su labor de escrutinio del gasto público; 5) comunicación con el público y miembros del Parlamento y 6) trabajo internacional. Todo ello, se muestra atravesado por la noción de la importancia de la transparencia.

En lo que respecta a su estructura e independencia, la ONA es un órgano colegiado, independiente del gobierno, posee facultades para dictar sus propias reglas de conducción interna, tiene un rol principal en la preparación de sus códigos de práctica de auditoría, fondos propios y libertad para proponer su presupuesto.

Su órgano fiscalizador, la PAC, posee injerencia en el ciclo de aprobación de su presupuesto, en la designación y remoción de los miembros no ejecutivos de la ONA y en la fijación de la remuneración del auditor externo.

En punto a sus costos operativos, pareciera que estos se sitúan dentro de los márgenes de la razonabilidad, puesto que en el período analizado de últimos cinco años (ver apartado III), el porcentaje del presupuesto de la ONA respecto del presupuesto total de gastos del país se mantuvo en un 0,01 %.

Sus planes estratégicos presentan objetivos claros, y debe celebrarse que en la recientemente publicada “Estrategia quinquenal de la ONA. 2020-2025” se haya incluido

un minucioso detalle de indicadores de medición de logros respecto de sus prioridades estratégicas y recursos facilitadores.

En términos gastronómicos, los reportes de la ONA equivaldrían a la “especialidad de la casa”. Cumplen, a su vez, diversos propósitos.

Por una parte, sirven para llamar la atención del Parlamento hacia asuntos relacionados directa o indirectamente al gasto público, y son también el punto de partida de las investigaciones llevadas a cabo por la PAC.

Por otra parte, producen un acercamiento entre la ONA, los medios de comunicación y la sociedad civil.

Se refleja que la ONA posee una muy buena estrategia de comunicación, dado que se ocupa de publicitar sus propios reportes, los beneficios resultantes de su trabajo y su trabajo en curso de forma accesible al público en general, recurriendo incluso a videos y animaciones en

redes sociales, por estimar que este es el medio por el cual el público en general prefiere informarse. Incluso durante el tránsito de la pandemia del COVID-19, la ONA no desperdició la oportunidad para acercar al público explicaciones de cómo ajustó su plan de trabajo y cómo ello redundará en beneficios futuros.

Retomando el punto acerca del impacto de los reportes de la ONA, cabe destacar que frecuentemente la prensa británica cite los reportes de dicho organismo como fuente periodística en sus artículos cuando denuncia las ineficiencias del Estado.

Como consecuencia de este mecanismo, la ONA cumple un rol relevante en acompañar el ejercicio de control social del gobierno (“social accountability”) que lleva a cabo la sociedad civil. Este, en último término, será seguramente un índice notorio para medir la eficacia, eficiencia y economía del modelo de control externo inglés.

Deudas pendientes con el medio ambiente. Irregularidades detectadas por la AGN en relación con la ACUMAR y a programas ambientales entre los años 2006 a 2017

Rodrigo Arias, Yamila Verónica Pedrón y María
Julia Venslavicius

I. Introducción

La actividad del hombre en todas sus formas provoca impactos sobre el medio ambiente que producen el deterioro del hábitat humano y natural, lesionando la calidad de vida de sus habitantes y vulnerando, en forma actual y futura, derechos humanos elementales para su desarrollo.

Este deterioro provocado por la actividad misma del hombre en el medio ambiente, ha despertado el estado de alerta y preocupación en la comunidad internacional que derivó en que a lo largo de las últimas décadas se haya consagrado como un derecho fundamental de la humanidad, el derecho al medio ambiente sano y su consecuente necesidad y deber de los Estados de velar por su protección y mejoramiento.

En lo que respecta a su alcance, el término protección hace referencia no solo a los derechos y obligaciones enunciados en los diversos instrumentos jurídicos que respaldan la materia de estudio, sino también a los mecanismos de control y seguimiento allí previstos.

El objeto inicial de la protección del ambiente ha sido la conservación de los recursos tanto renovables como no renovables y la limitación de su explotación irracional, operando en la prevención y

reparación del daño causado por la contaminación y teniendo como objetivo principal generar economías sustentables que breguen por un desarrollo sostenible.

Para ello se parte de la idea central de que desarrollo y ambiente no pueden separarse, basándose en la administración prudente de los recursos mundiales disponibles, en las capacidades ambientales y en la rehabilitación de los medios degradados o explotados erróneamente. El desarrollo es sostenible cuando atiende las necesidades del presente sin comprometer la capacidad para que las generaciones futuras puedan atender sus propias necesidades.¹

En el estudio del presente capítulo, enfocaremos la cuestión ambiental en la respuesta que estatalmente se dio en nuestro país a la problemática sobre contaminación, inundaciones y superpoblación en la Cuenca² Río Matanza Riachuelo, y respecto a la satisfacción de las necesidades básicas de la población que habita en dicho territorio, el cual abarca catorce (14) municipios de la provincia de Buenos Aires (Lanús, Avellaneda, Lomas de Zamora, Esteban Echeverría, La Matanza, Ezeiza, Cañuelas, Almirante Brown, Morón, Merlo, Marcos Paz, Presidente Perón, San Vicente y General Las Heras) y nueve (9) comunas de la Ciudad de Buenos Aires (en especial, la Cuenca atraviesa toda la Comuna 8 y parcialmente las Comunas 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 10).³

¹ El concepto de desarrollo sostenible fue creado por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo de las Naciones Unidas en 1987 en el informe denominado “Nuestro Futuro Común” o “Informe Brundtland”: “Está en manos de la humanidad asegurar que el desarrollo sea sostenible, es decir, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias”.

² “Una cuenca es la unidad territorial en la cual el agua que cae por precipitación y/o el agua subterránea escurre hacia un cuerpo de agua común (río, lago, mar, etc.). Esta zona está delimitada por una línea divisoria de aguas que une los puntos más elevados del terreno, provocando que el agua escurra en un sentido u otro, alimentando de esta manera cuencas vecinas. Debe ser vista de forma tridimensional al integrar lo que sucede en su superficie, con las profundidades de su suelo y el entorno que se encuentra más allá de sus límites” (ver historia de la cuenca en <https://www.acumar.gov.ar/institucional/historia-cuenca/>).

³ Resolución ACUMAR N°1113/13 “Mapa de delimitación Topográfica de la Cuenca Hidrográfica del Río Matanza Riachuelo”, Fecha de sanción 21 de

En particular, analizaremos la figura de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada en la causa “Mendoza”⁴ y las resoluciones que sobre la problemática emitió la Auditoría General de la Nación (AGN), en su carácter de órgano de asistencia técnica autónomo en el ámbito del control externo del sector público Nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos.

Dichas resoluciones serán relativas a informes de auditorías y exámenes especiales que la AGN realizó entre los años 2006 y 2017, las cuales relevamos en el marco del Proyecto de Investigación que formamos parte –*Un ciclo de control presupuestario que asegure el examen de responsabilidades que se pudieran detectar a partir de la labor de la AGN*⁵– que tienen especial relación con el medio ambiente y el derecho a la salud, y que han adquirido relevancia mediática e institucional, todas ellas vinculadas con el desarrollo del Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo y la ACUMAR.

II. El derecho al medio ambiente sano

Para comenzar es imprescindible analizar a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de la protección del medio ambiente y cuál es la responsabilidad jurídica que pesa sobre el Estado –y los particulares– en relación con sus deberes constitucionales de protección de derechos elementales básicos para el desarrollo de las generaciones presentes y futuras.

La primera vez que la problemática aquí planteada fue puesta en la agenda internacional, ocurrió en la ciudad de Estocolmo en 1972 al llevarse a cabo la primera Conferencia sobre el Medio Humano en el

octubre de 2013, Publicada en el Boletín Nacional del 24 de octubre de 2013, texto disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-1113-2013-221349/texto>.

⁴ CSJN, Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios - Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza - Riachuelo” Fallos 331:1622, sentencia del 8 de julio de 2008.

⁵ Proyecto DECyT n° 1831, 2018-2020, Dirigido por la Dra. Fabiana Schafrik, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

marco de las Naciones Unidas. Allí se alertó sobre la creciente degradación ambiental mundial y sobre la “contaminación transfronteriza”, la cual supone que la contaminación no reconoce límites políticos o geográficos, sino que afecta a los países, regiones y pueblos más allá de su punto de origen.⁶

Dicha conferencia implicó un punto de inflexión y puntapié en el desarrollo de la política ambiental internacional siendo que a fin de 1972, la Asamblea General de las Naciones Unidas determinó, por medio de la resolución N° A/RES/2994 (XXVII), que el día 5 de junio sea considerado como el Día Mundial del Medio Ambiente instando *a los gobiernos y a las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas a que todos los años emprendan en ese día actividades mundiales que reafirmen su preocupación por la protección y el mejoramiento del medio ambiente, con miras a hacer más profunda la conciencia de los problemas del medio ambiente y a preservar en la determinación expresada en la Conferencia.*⁷

Posteriormente, convocadas también por las Naciones Unidas, se llevaron a cabo: la Conferencia sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), conocida como la “Cumbre para la Tierra”, que tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil, en 1992; la Conferencia de Desarrollo Sostenible de 2002 en Johannesburgo, Sudáfrica, y la Conferencia de Desarrollo Sostenible de 2012 de Río + 20 que se celebró en Río de Janeiro, Brasil. Dichos encuentros derivaron en nuevas Declaraciones, Agendas y Programas de acción por las cuales los Estados fueron profundizando el alcance de los principios, derechos y obligaciones que rigen en el Derecho Ambiental Internacional.

Esta necesidad de reafirmar el compromiso internacional en esta temática, puede verse también internalizada en pronunciamientos de los distintos Tribunales Internacionales. Al efecto, la Corte Internacional de Justicia en oportunidad de expedirse sobre la “Legalidad de la

⁶ Ver informe general sobre la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo llevada a cabo en Brasil en 1992 –conocida como “Cumbre para la Tierra” en ocasión de celebrar el vigésimo aniversario de la Cumbre de Estocolmo del 72, (informe disponible en <https://www.un.org/spanish/conferences/wssd/unced.html>).

⁷ Texto de la resolución disponible en sitio web [https://undocs.org/es/A/RES/2994\(XXVII\)](https://undocs.org/es/A/RES/2994(XXVII)).

amenaza o el uso de armas nucleares” en la opinión consultiva del 8 de Julio de 1996, reconoció que el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio en el que viven los seres humanos y del que depende su calidad de vida y su salud, e incluso el de las generaciones venideras. El deber de los estados de dedicar las políticas necesarias para su conservación y protección surge, con el correr de los años, como un imperativo urgente de atender, que asimismo pasa a formar parte de las normas internacionales relacionadas con el medio ambiente.⁸

En un sentido similar hizo lo suyo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva de noviembre 2017⁹ en la que se reconoció al derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, realizando una interrelación muy clara con los demás derechos humanos, afirmando que tanto el derecho a la vida como el de

⁸ Texto original en inglés *The Court recognizes that the environment is under daily threat and that the use of nuclear weapons could constitute a catastrophe for the environment. The Court also recognizes that the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment.* (International Court of Justice, Advisory Opinion of 8 July 1996, “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>).

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23. Fue requerida por la República de Colombia a fin de que la Corte se pronuncie sobre las obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, en particular se solicitó que el Tribunal determine “de qué forma se debe interpretar el Pacto de San José cuando existe el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afecten de forma grave el medio ambiente marino en la Región del Gran Caribe y, en consecuencia, el hábitat humano esencial para el pleno goce y ejercicio de los derechos de los habitantes de las costas y/o islas de un Estado parte del Pacto, a la luz de las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos” (texto disponible en sitio web https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm).

la integridad personal pueden resultar vulnerados cuando existe daño al ambiente.

Habiendo realizado un panorama de la situación a nivel global, en el caso de la Argentina con la reforma de la Constitución Nacional de 1994 se incorporaron tres artículos sumamente claves en esta materia: a) por un lado el artículo 41 por cuanto se reconoce el derecho al medio ambiente sano, b) por otro el artículo 43 sobre la acción de amparo para proteger el ambiente¹⁰, y c) por último el 75 inciso 22 al otorgar jerarquía constitucional a varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos –donde se consagra especialmente el derecho al medio ambiente sano¹¹– y darle jerarquía superior a las leyes a otros tratados, entre los cuales muchos de ellos versan sobre el ambiente.

Así, el artículo 41 estipula el derecho que poseen todos los habitantes de gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, con el consecuente deber de preservarlo.¹²

A su vez, aparece la obligación constitucional para quien realice algún daño al ambiente de recomponer –o volver a su estado anterior–, y la de las autoridades en velar por la protección de este derecho, la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y la información y educación ambientales.

¹⁰ Dentro de la Constitución Nacional también pueden encontrarse: a) artículo 75 inciso 17 sobre el derecho de los pueblos indígenas en participar en la gestión referida a sus recursos naturales; b) artículo 75 inciso 19 y 125 párrafo 2 sobre las menciones al desarrollo humano y c) artículo 124 párrafo 2 sobre el dominio originario que poseen las provincias de los recursos naturales.

¹¹ El artículo 12 inciso b) del “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” estipula el deber de los Estados en asegurar “el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente” a fin de garantizar el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; el artículo 1° del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” indica que para *el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales*.

¹² Aquí vemos que nuestra ley fundamental recepta y constitucionaliza el concepto de “desarrollo sostenible” creado en el ámbito internacional.

En cuanto al modo de exigirlo, el artículo 43 del texto constitucional incorporó en el segundo párrafo la posibilidad de que se pueda interponer la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, siendo los legitimados activos el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

Actualmente en nuestro país se encuentran vigentes una enorme cantidad de normas nacionales, provinciales y municipales sobre la materia.¹³ Entre algunas de las más relevantes podemos mencionar: a) Ley 26.33¹⁴ sobre “Presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos”: protege los bosques y los clasifica por su nivel de conservación, establece límites al desmonte y tiene en cuenta los intereses de las comunidades indígenas; b) Decreto 666/1997¹⁵ “Conservación de la fauna”: protege a la fauna silvestre y tiene en cuenta los distintos tipos de caza: deportiva, comercial, con fines científicos o educativos; c) Ley 26.639¹⁶ “Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial”: protege a los glaciares. Entre otras medidas, prohíbe la instalación de industrias y la liberación de contaminantes; d) Ley 26.815¹⁷ “Sistema Federal de Manejo del Fuego”: protege el medio ambiente de los incendios forestales y rurales en el todo el país; e) Ley 24.051¹⁸ “Residuos peligrosos”: los residuos peligrosos es la basura que puede causar daño a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general, es deber del Estado controlarlos; f) Ley 26.184¹⁹ “Energía eléctrica por-

¹³ Aconsejamos consultar la legislación nacional en materia ambiental disponible en <https://www.argentina.gob.ar/ambiente/normativa>.

¹⁴ Sancionada el 28 de noviembre de 2007, promulgada de Hecho el 19 diciembre de 2007.

¹⁵ De fecha 18 de julio de 1997. Nuevo enfoque a la reglamentación de la Ley 22.421 “Ordenamiento legal que tiende a resolver los problemas derivados de la depredación que sufre la fauna silvestre”, de 1981.

¹⁶ Sancionada el 30 de septiembre de 2010, promulgada de Hecho el 28 de octubre de 2010.

¹⁷ Sancionada el 28 de noviembre de 2012, promulgada el 10 de enero de 2013.

¹⁸ Sancionada el 17 de diciembre de 1991, promulgada de Hecho el 8 de enero de 1992.

¹⁹ Sancionada el 29 de noviembre de 2006, promulgada de Hecho el 21 de diciembre de 2006

tátil”: prohíbe la fabricación, ensamblado, importación y comercialización de pilas y baterías contaminantes.

Sin embargo, podemos identificar a la Ley 25.675²⁰ “Ley General del Ambiente” como una clara reglamentación del artículo 41 de la Constitución Nacional por cuanto como bien jurídico protegido se establecen *los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable* (conf. Artículo 1°).

Asimismo, la ley consagra y define los diez (10) principios²¹ que rigen en materia ambiental que *contribuyen a la consolidación de la especialidad, favorecen a su autonomía y se inscriben dentro de una política de búsqueda fundamental de la efectividad de este*²², que son: 1) de congruencia, 2) de prevención, 3) precautorio, 4) de equidad intergeneracional, 5) de progresividad, 6) de responsabilidad, 7) de subsidiariedad, 8) de sustentabilidad, 9) de solidaridad y 10) de cooperación.

En dicho texto normativo podemos también encontrar: la creación del Fondo de Compensación Ambiental²³ –destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales–; la evaluación del impacto ambiental²⁴; se prevé la educación²⁵ e información²⁶ ambiental; y la participación ciudadana.²⁷

²⁰ Sancionada el 6 de noviembre de 2002, promulgada parcialmente el 27 de noviembre de 2002

²¹ Conf. Artículo 4° de la Ley 25.675.

²² Cafferatta, N. A., “Principios de Derecho Ambiental”, publicado en: SJASJA 14/6/2006; JAJA 2006-II-1142; Cita Online: 0003/012624.

²³ Conf. artículo 34 de la Ley 25.675.

²⁴ Las obras que puedan causar un daño al ambiente, deben previo a su ejecución, realizar la evaluación de impacto ambiental. Conf. artículos 11, 12 y 13 de la Ley 25.675.

²⁵ Conf. artículos 14 y 15 de la Ley 25.675.

²⁶ Derecho de acceso a la información de todos los ciudadanos, y el deber de informar sobre calidad ambiental en relación con las actividades que desarrollan personas físicas o jurídicas públicas o privadas. Conf. artículos 16, 17 y 18 de la Ley 25.675.

²⁷ Conf. artículos 19, 20 y 21 de la Ley 25.675.

En este lineamiento, a finales de 2020 el Congreso de la Nación sancionó la Ley 27.592²⁸ –conocida como “Ley Yolanda”²⁹– donde se establece que todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación deberán recibir una capacitación obligatoria en materia ambiental, con perspectiva de desarrollo sostenible y cambio climático.

Con esta reseña que intentamos realizar de los últimos cincuenta (50) años tanto en el plano internacional como en el plano nacional, quisimos poner de relieve la evolución en el afianzamiento y profundización que las distintas generaciones han ido efectuando sobre el compromiso en la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Pese a que con la suscripción voluntaria de acuerdos e instrumentos internacionales en la materia, nuestro Estado se ha ido obligando a velar por el cumplimiento efectivo de los derechos vinculados al medio ambiente, lo cierto es que pudimos ver que también fue consolidando internamente su compromiso, a través del dictado de leyes nacionales o locales, lo cual nos lleva a coincidir con la afirmación de que estamos frente a un *verdadero Estado Ecológico de Derecho en el país*.³⁰

III. La Cuenca Río Matanza Riachuelo, ACUMAR y el Fallo “Mendoza”

La Cuenca Río Matanza Riachuelo (CRMR) se encuentra localizada al noreste de la provincia de Buenos Aires, abarca una superficie aproximada de 2.247 km², y es un área en la cual el agua de las precipitaciones forma una serie de arroyos³¹ que confluyen en un curso principal

²⁸ Sancionada el 17 de Noviembre de 2020, promulgada el 14 de diciembre de 2020.

²⁹ El nombre de la Ley es en homenaje a Yolanda Ortiz (1923-2019), la primera secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano de Argentina y de América Latina, designada durante el gobierno de Juan Domingo Perón en el año 1973.

³⁰ Falbo, A., *Derecho Ambiental*, La Plata: Librería Editora Platense, 2009, pág. 48.

³¹ Entre los cuales se encuentran el Rodríguez, Morales, Chacón, Cañuelas,

llamado Matanza en sus orígenes, y Riachuelo en su tramo final, descargando sus aguas en el Río de la Plata.³²

Alrededor de 5 800 000 millones de personas viven dentro de esta área en condiciones de vulnerabilidad social, lo que representa el 15 % de la población total de nuestro país, dando cuenta del severo impacto ambiental ocasionado por la alta densidad poblacional en una pequeña parte del territorio nacional.³³

En lo que respecta a las actividades productivas que se desarrollan, estas son la agropecuaria y la industrial, primordialmente abocadas al sector químico y petroquímico, a las alimenticias, las curtiembres, los frigoríficos, las galvanoplastias y las metalúrgicas.

Los orígenes de la contaminación de la CRMR se remontan a los últimos doscientos (200) años³⁴, ocasionada principalmente por los establecimientos industriales, los basurales a cielo abierto y los efluentes cloacales; generando un impacto en las personas que allí habitan y que se traduce en la falta de acceso al agua potable, al saneamiento cloacal, a la vivienda ni a la salud, tratándose de una de las áreas con mayores niveles de desempleo y pobreza.

Resulta oportuno recordar que el concepto de desarrollo sostenible entrelaza la inclusión social, el crecimiento económico y la protección ambiental en necesaria armonía³⁵, cuestión que debe ser tenida en cuenta al analizar la situación de la Cuenca.

Aguirre, Ortega, Santa Catalina, La Paja y Del Rey.

³² La Cuenca Río Matanza Riachuelo limita al norte con la cuenca del Río Reconquista y, al sur, con el sistema Samborombón-Salado. Mapas de la CRMR disponibles en <https://www.acumar.gob.ar/institucional/mapa/>.

³³ Características de la Cuenca Matanza Riachuelo, información disponible en <https://www.acumar.gob.ar/caracteristicas-cuenca-matanza-riachuelo/>.

³⁴ Los primeros saladeros instalados en la región arrojaban los restos sobrantes de los productos ganaderos al río por el año 1800. Para más información sobre la historia de contaminación y degradación de la Cuenca, así como los diversos intentos estatales por lograr el saneamiento, ver la Introducción del Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo disponible en <https://www.acumar.gob.ar/wp-content/uploads/2016/12/PISA-2010.pdf>.

³⁵ Di Paola, M.E. El Derecho Humano al Ambiente y la Agenda 2030, Publicado en Suplemento de Derecho Ambiental La Ley-Farn el 23 de noviembre de 2018.

Así las cosas, en 2004, frente a la alarmante situación de la CRMR, un grupo de vecinos por derecho propio y algunos en representación de sus hijos menores, invocando la afectación originada por la grave contaminación ambiental, inició una acción judicial contra cuarenta y cuatro (44) empresas y las tres jurisdicciones que atraviesan su territorio: la Nación, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

Esta causa posteriormente se transformó en una de las más trascendentes de nuestro país y de América Latina en materia de medio ambiente en tanto el 8 de julio de 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), luego de varias audiencias, presentaciones e informes, dictó la sentencia definitiva en los autos “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios - Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza - Riachuelo”³⁶, hallando a las demandadas –Nación, provincia de Buenos Aires y CABA– responsables de la prevención y recomposición ambiental de la Cuenca Matanza – Riachuelo.

Cabe aclarar que previo al dictado de la sentencia definitiva, se había creado en el año 2006 por Ley 26.168³⁷, como respuesta inmediata en el marco de la causa en trámite, la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), ente autónomo, autárquico e interjurisdiccional cuyos integrantes garantizan la representación del Poder Ejecutivo Nacional, de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En tal sentido, la CSJN puso en cabeza de ACUMAR la obligación en la ejecución del plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo con las respectivas responsabilidades ante el incumplimiento o la demora³⁸, y aunque su ley de creación le otorgaba ciertas facultades, deberes y obligaciones, en la sentencia se le indicó que todo el programa debía perseguir tres objetivos simultáneos consistentes en: 1) *La mejora de calidad de vida de los habitantes de*

³⁶ CSJN, Fallos 331:1622

³⁷ Sancionada el 15 de noviembre de 2006, promulgada el 4 de diciembre de 2006

³⁸ La responsabilidad por el incumplimiento o la demora en este consta de una multa diaria a cargo del presidente de ACUMAR, conf. Considerando 17, puntos I, II, III, IV, VI, VII, VIII, IX, Considerando 18.

la cuenca; 2) *La recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos)*; 3) *La prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción*.³⁹

Poco tiempo después, ACUMAR presentó el Plan Integral de Saneamiento Ambiental, receptando los tres objetivos simultáneos impuestos por la Corte, y que se desagregan en catorce (14) líneas de acción: 1. Sistema internacional de indicadores, 2. Sistema de información pública, 3. Fortalecimiento institucional, 4. Ordenamiento territorial, 5. Educación ambiental, 6. Plan sanitario de emergencia, 7. Monitoreo de calidad del agua y sedimentos y aire, 8. Urbanización de villas y asentamientos precarios, 9. Expansión de la red de agua potable y saneamiento Cloacal, 10. Desagües pluviales, 11. Contaminación de origen industrial, 12. Limpieza de márgenes y camino de sirga, 13. Saneamiento de basurales, 14. Programa Polo Petroquímico Dock Sud.⁴⁰

Se ha considerado que con la causa “Mendoza” quedó demostrado que fueron los grupos más pobres los que sufrieron el mayor grado de exposición a la contaminación y al peligro tóxico, y que la urbanización de las villas y asentamientos, la provisión del agua potable, de una red cloacal adecuada y de la suficiente red pluvial son esenciales para mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca.⁴¹

Como otros puntos destacables del pronunciamiento en análisis puede decirse: la atribución como juez de ejecución de la sentencia definitiva a un Juez Federal de Primera Instancia de Quilmes; la habilitación de la participación ciudadana; el deber de garantizar la información pública y el derecho a acceder a esta; y el control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan recaído en la Auditoría General de la Nación (AGN).

Sobre esta sentencia, el Dr. Horacio Corti advierte que la problemática de la Cuenca había superado las posibilidades de acción del sistema político que durante décadas se fue profundizando hasta adquirir el

³⁹ Conf. Considerando 17 punto I, CSJN, Fallos 331:1622.

⁴⁰ El PISA fue elaborado en 2009 y actualizado en 2016, su texto se encuentra disponible en <https://www.acumar.gob.ar/plan-integral/>.

⁴¹ Iturralde, M. A. y otros, “¿Acumar o Acunar el ‘sueño’ de la urbanización?” en *La causa “Mendoza”: la relocalización de las familias y el derecho a una vida digna. Las personas no son cosas*, Revista Institucional de la Defensa Pública de la CABA, Año 4, Número 6, diciembre de 2014, Buenos Aires, págs. 81-101.

carácter de estructural. De esta forma entiende que *los tribunales se encuentran habitualmente ante oportunidades, que pueden aprovechar o no. Son situaciones en las cuales el Poder Judicial es invitado a desarrollar creativamente la práctica jurídica y en algunas circunstancias excepcionales a generar saltos cualitativos en la cultura jurídica como un todo. Son situaciones que permiten distinguir a jueces y cortes conservadores, que tienen su mirada en el pasado y que deciden aportar su legitimación intelectual a las injusticias de la realidad social, de los jueces y cortes innovadores, que asumen el riesgo de participar en la creación del futuro de la sociedad de la que forman parte. Esto es justamente lo que sucedió con la Corte Suprema en el caso “Mendoza”*.⁴²

IV. La AGN, el control de ACUMAR y el Proyecto DECyT N° 1831, 2018-2020

En los sistemas democráticos representativos, la noción de control se asienta en la idea de que todo aquel que ejerce una determinada función pública debe rendir cuenta de sus actos. La idea de responsabilidad política lleva implícito el principio de control, que debe ser ejercido por un sujeto, individuo o institución distinta de aquel que gobierna y debe estar determinada por la ley con toda precisión, sin estos requisitos la responsabilidad es ineficaz y el resultado es el incumplimiento, alentado por la impunidad.

A los fines de instaurar un sistema que vele por el control de la ejecución del presupuesto nacional como medio para financiar y garantizar los derechos constitucionales con los cuales el Estado se ha comprometido, es que aparece la figura de la Auditoría General de la Nación, como organismo de asistencia técnica al Congreso en su labor de control externo del sector público nacional en lo que hace a sus aspectos patrimoniales, dotado con autonomía funcional, se vuelve interesante de analizar.

Se trata de otra de las novedades que trajo la reforma constitucional de 1994: la incorporación en el artículo 85 de la Auditoría General de la Nación, órgano de control de las cuentas públicas que había sido

⁴² Corti, H. “Editorial”, en *La causa “Mendoza”: la relocalización...*, pág. 7.

creado por Ley 24.156.⁴³ Puede sostenerse que la labor que realiza la AGN es crucial para el afianzamiento definitivo de nuestro sistema republicano en lo que atañe las finanzas públicas; cuestión inexorablemente necesaria para poder alcanzar los objetivos plasmados en el preámbulo de la Constitución Nacional.⁴⁴

Bajo la dirección de la Dra. Fabiana Haydeé Schafrik en el proyecto de investigación desarrollado en el marco de la convocatoria de la Facultad de Derecho de la UBA DeCyT, llamado *Un ciclo de control presupuestario que asegure el examen de responsabilidades que se pudieran detectar a partir de la labor de la AGN*⁴⁵, analizamos alrededor de ciento cuatro (104) informes⁴⁶ que la AGN realizó a distintos entes –alrededor de treinta y nueve (39)– durante el período comprendido entre los años 2006 a 2017 con especial énfasis en sus observaciones para poder luego contrastarlos con los procedimientos posteriores que se llevaron a cabo, a fin de dilucidar posibles responsabilidades.

Del análisis cuantitativo del proyecto se desprende que de los pedidos de información que solicitamos a los distintos entes en relación con los ciento cuatro (104) informes de la AGN relevados, ochenta y siete (87) dieron algún tipo de respuesta –siendo que solo en once (11) se pudo concluir que la información fue completa y detallada–, mientras que diecisiete (17) guardaron silencio.

A su vez, dentro de las ochenta y siete (87) respuestas, solo en cuarenta (40) los entes dan cuenta de haber realizado un seguimiento posterior a las observaciones y/o recomendaciones realizadas por la AGN, lo que representa una efectividad del seguimiento del 38.5 % sobre el total de los informes relevados.

Estas dificultades en la recolección de datos sobre el seguimiento y control de responsabilidad posterior de las auditorías nos llevaron

⁴³ Sancionada el 30 de septiembre de 1992, Promulgada parcialmente el 26 de octubre de 1992

⁴⁴ Informe final de Proyecto de Investigación - Programación 2018-2020, DECyT N° 1831.

⁴⁵ El objetivo del Proyecto UBA DECyT N° 1831 (2018-2020) información del proyecto disponible en http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_proyectos_vigentes_decyt_2018_schafrik.php.

⁴⁶ Del total de 2.663 informes relevados, incorporados en las memorias anuales de la AGN de los años 2006 a 2017.

a concluir, en el marco del proyecto de investigación DECyT N° 1831, que el sistema de control externo y de acceso a la información pública requieren de una mejora en lo que atañe al examen de responsabilidad de los auditados y de mayor apertura hacia la sociedad civil. Nótese que muchas de las respuestas brindadas por los entes que categorizamos como incompletas fueron asimilables a denegatorias en tanto direccionaban el pedido de la información a la AGN, o afirmaban que no se encontró información vinculada a los informes requeridos, o algunas negando incluso nuestra legitimación como requirentes para solicitar una respuesta.

Volviendo al objeto del presente capítulo, uno de los entes que la AGN auditó en varias oportunidades en el período 2006-2017 –alrededor de cien (100)– y que, por ende, fue objeto del proyecto de investigación, fue la Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo.

En lo que refiere al contexto histórico de este relevamiento, justamente en el año 2006 se creaba por ley Nacional la Autoridad de la Cuenca –que aseguraba el gobierno tripartito sobre la región entre la Nación, la provincia de Buenos Aires y la CABA–, y se encontraba en pleno trámite la causa “Mendoza”, con sus respectivas audiencias, sentencia y ejecución.

Tal como vimos en el acápite anterior, en el marco de la causa “Mendoza” la CSJN encomendó a la Auditoría General de la Nación como autoridad responsable de la importante misión de efectuar un *control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el plan de saneamiento de la cuenca* por cuanto el Tribunal consideró *de la mayor trascendencia en orden al alto significado institucional que importa la transparencia en el manejo patrimonial de la cosa pública*.⁴⁷

Continuando con el análisis cuantitativo, circunscribimos las aproximadas cien (100) auditorías que la AGN efectuó sobre ACUMAR desde 2006 a 2017 a solo veinte (20) para su análisis y estudio, habiendo utilizado como parámetro de selección aquellas que presentaban relevancia institucional, económica, ambiental, mediática o de grupos vulnerables.

⁴⁷ Conf. Considerando 18 punto, CSJN, Fallos 331:1622.

Dentro de algunas de las conclusiones más relevantes de los informes en estudio, podemos señalar lo advertido en las Resoluciones AGN 36/09⁴⁸, 19/10⁴⁹, 24/10⁵⁰, 146/10⁵¹, 211/10⁵², 6/14⁵³, 262/16⁵⁴; a saber:

1) la subejecución del presupuesto, 2) falencias en el control interno de los procesos de contratación; 3) la falta de implementación del servicio administrativo financiero ACUMAR; 4) la demora en la ejecución de gastos y pagos del servicio administrativo financiero; 5) la falta de instrumentalización del Fondo de Compensación Ambiental; 6) las obras no guardan una relación armónica en cuanto a su realización y

⁴⁸ Informe especial sobre asignación de fondos y ejecución presupuestaria de la Autoridad Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) al 31/12/07 y por el período 01/01/08 al 30/09/08, disponible en <https://www.agn.gob.ar/informes/ejecucion-presupuestaria-que-presenta-informacion-al-31122007-y-el-periodo-comprendido>.

⁴⁹ “Informe especial sobre la asignación de fondos y la ejecución presupuestaria de la ACUMAR; período enero 2009 a junio 2009”, disponible en <https://www.agn.gob.ar/informes/informe-especial-sobre-la-asignacion-de-fondos-y-la-ejecucion-presupuestaria-por-el>.

⁵⁰ “Informe especial sobre asignación de fondos y ejecución presupuestaria al 20 de junio de 2010, correspondiente a la ACUMAR”, disponible en <https://www.agn.gob.ar/informes/informe-especial-sobre-la-asignacion-de-fondos-y-la-ejecucion-presupuestaria-que-presenta>.

⁵¹ “Auditoría de Gestión ambiental en la ACUMAR sobre seguimiento de las recomendaciones y gestión llevada adelante por el ex comité ejecutor Matanza Riachuelo - CMR y ACUMAR” disponible en <https://www.agn.gob.ar/informes/plan-de-gestion-ambiental>.

⁵² “Informe especial sobre la asignación de fondos y la ejecución presupuestaria de la ACUMAR; período julio a diciembre de 2009” <https://www.agn.gob.ar/informes/asignacion-de-fondos-y-ejecucion-presupuestaria-o>.

⁵³ “Informes en el marco del convenio AGN - Autoridad Cuenca Matanza Riachuelo - (Acumar)” disponible en <https://www.agn.gob.ar/informes/estados-contables-intermedios-del-fideicomiso-fondo-de-compensacion-ambiental-al-30062013>.

⁵⁴ “Auditoría de control de gestión ambiental con relación a la implementación de líneas de acción del Plan Integral de Saneamiento Ambiental (Pisa) - Ordenamiento ambiental del Territorio y Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios; correspondiente al periodo Auditado de 2011 a primer semestre 2015” disponible en <https://www.agn.gob.ar/informes/ordenamiento-ambiental-del-territorio-urbanizacion-de-villas-y-asentamientos-precarios>.

ejecución; 7) las obras no mantienen un punto de equilibrio adecuado en relación con los plazos previstos en las planificaciones contractuales específicas para cada una; 8) existe una necesidad de optimizar los mecanismos de registro y publicación de la información financiera del organismo para garantizar su confiabilidad; 9) falta asegurar que del acceso público a los registros se obtenga información fidedigna para facilitar su seguimiento; 10) falta asegurar el acceso a la información pública respecto de las partidas presupuestarias asignadas para cada línea de acción; 11) falta de información para poder validar normativa y cumplimiento del plan de saneamiento; 12) no hay un proceso de relevamiento y producción de datos; 13) el nivel de ejecución presupuestaria de los programas es bajo en los últimos ejercicios; 14) Los plazos de las obras presentan atrasos significativos, o bien se encuentran vencidos; 15) Las rendiciones de cuentas no cumplen con los requisitos establecidos por la normativa vigente y se encuentran sin rendir un alto porcentaje de certificados de obra; 16) Falta de individualización de los fondos en cuentas específicas por cada acuerdo suscrito; 17) Detección de acuerdos firmados, cuyas obras están paralizadas o sin iniciar; 18) irregularidades en las contrataciones.

Por su parte, entre las recomendaciones más salientes que sobre el control de los programas que forman parte del Plan Integral de Saneamiento Ambiental (PISA) de ACUMAR que la AGN realizó, se pueden enunciar, conf. Resoluciones 184/12⁵⁵, 185/12⁵⁶, 186/12⁵⁷, 187/12⁵⁸: a) Instrumentar mecanismos para dotar de autonomía a

⁵⁵ “Asignación de fondos y ejecución presupuestaria de la Autoridad Cuenca Matanza Riachuelo (Programa 46)”, disponible en <https://www.agn.gob.ar/informes/asignacion-de-fondos-y-ejecucion-presupuestaria-de-la-autoridad-cuenca-matanza-riachuelo-1>.

⁵⁶ “Asignación de fondos y ejecución presupuestaria de la Autoridad Cuenca Matanza Riachuelo (Programa 50 y 86) disponible en <https://www.agn.gob.ar/informes/asignacion-de-fondos-y-ejecucion-presupuestaria-de-la-autoridad-cuenca-matanza-riachuelo-0>.

⁵⁷ “Verificación de la calidad, pertinencia y completitud de la información sobre el avance en el cumplimiento de los objetivos, de la acción de la ACUMAR” disponible en <https://www.agn.gob.ar/informes/verificacion-de-la-calidad-pertinencia-y-completitud-de-la-informacion-sobre-el-avance-1>.

⁵⁸ “Verificación de fondos y la ejecución presupuestaria, destinadas al plan integral de saneamiento ambiental (pisa) de la cuenca matanza riachuelo

la ACUMAR, constituir el Fondo (Ley 26.168, art. 9°) y proveer a la ACUMAR de personal y recursos; b) Elaborar el Plan Estratégico, con redefinición de plazos, recursos e indicadores; c) Diagnosticar los principales problemas de la cuenca (industrias, basurales, salud de la población); c) Desarrollar un plan de acciones de intervención directa, d) Implementar el Sistema de Información de la Cuenca Matanza-Riachuelo (SICUENCA) y un sistema de indicadores; d) Asumir un rol activo en la definición de los proyectos y de la adquisición de los predios propuestos por los municipios para llevar a cabo las relocalizaciones conforme lo establecido en las cláusulas del convenio marco, garantizando el cumplimiento de los compromisos asumidos; e) Restablecer criterios para dar prioridad en los procesos de relocalización a aquellas familias con riesgo sanitario, garantizando la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca. Cumplir con la liberación del camino de sirga en su totalidad; f) Llevar a cabo la compaginación de actuaciones en los expedientes de manera clara, lógica, relevante y pertinente facilitando su interpretación; g) Subsanan las demoras en los actos administrativos para dar celeridad a los procesos de relocalización; h) Reglamentar los procedimientos y competencias en el Manual de Procedimientos de Gestión de Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios de AYSA para aprobar y /autorizar los incrementos de plazos según la incidencia de la ampliación, a fin de dar uniformidad en los mecanismos de aprobación.

A continuación, se replican las conclusiones a las que arribáramos –a nivel macro– al solicitar pedidos de acceso a la información respecto a estas auditorías:

De las diez (10) respuestas brindadas por ACUMAR en relación con el seguimiento posterior de las conclusiones y recomendaciones antes referidas, podemos asimismo realizar las siguientes reflexiones:

a) solo en cuatro (4) casos se manifestó haber dado cumplimiento posterior, mientras que ello no sucedió en las restantes seis (6);

por el ejercicio cerrado el 31/12/2011”, disponible en <https://www.agn.gob.ar/informes/verificacion-de-fondos-y-la-ejecucion-presupuestaria-destinadas-al-plan-integral-de>.

b) en ninguno de los seguimientos se acreditó haber dado respuesta a la AGN;

c) ninguna de las respuestas fue completa;

d) cuatro (4) respuestas fueron parciales, y seis (6) fueron insatisfactorias.

Esto nos remite nuevamente a nuestra primera conclusiones sobre la necesidad de reforzar el sistema de control externo presupuestario, como así también el acceso a la información, a la claridad de los datos y a la posibilidad de poder determinar responsabilidades frente a la comprobación de incumplimientos o irregularidades.

Pudimos observar que en los informes de la AGN se habían detectado cuestiones que podrían configurar la responsabilidad de los funcionarios que tenían a cargo ejecutar los presupuestos en el marco del Plan Integral de Saneamiento Ambiental y que ciertamente necesitaban de un ajuste y reparación. Sin embargo, las pocas respuestas obtenidas por parte del ente auditado, no resultan concluyentes para analizar el grado de atención y seguimiento que se realiza sobre estos informes.

Haremos aquí una salvedad con lo acontecido con el Juzgado Federal de Quilmes que en primer término fuera designado por la CSJN para ejecutar la sentencia dictada en la causa “Mendoza”, y que llevó adelante dicha tarea hasta que en el año 2012 su titular fuera denunciando periodísticamente por supuestas irregularidades en el trámite de la ejecución. Ante dicho escándalo mediático, la Corte encomendó que de forma urgente la AGN verifique la existencia de anomalías o conflicto de intereses en las modalidades de contratación.⁵⁹ Aquí el rol del informe presentado por la AGN⁶⁰ fue sumamente esclarecedor en tanto posibilitó que la cuestión requerida por la CSJN fuera confirmada, lo que culminó con el apartamiento del juez en la ejecución de la causa.⁶¹

⁵⁹ CSJN, Causa “Mendoza”, medida para mejor proveer del 29 de agosto de 2012.

⁶⁰ Resolución AGN 183/2012 “Relevamiento especial en relación con contrataciones incluidas en el plan integral de saneamiento ambiental (PISA)” disponible en <https://www.agn.gob.ar/informes/relevamiento-especial-en-relacion-contrataciones-incluidas-en-el-plan-integral-de>.

⁶¹ CSJN, Causa “Mendoza”, medida para mejor proveer –apartamiento del juez de ejecución– del 6 de noviembre de 2012.

A modo de reflexión, el ex Presidente de la AGN, Leandro Despouy⁶² indicó que evidentemente *la temática ambiental no ha estado en la agenda nacional como tema prioritario, debido a la ausencia de políticas de protección y cuidado del ambiente, la falta de presupuesto para cumplir con los objetivos fijados en los programas y las normas nacionales ambientales y, en algunos casos, por las irregularidades detectadas en el manejo de los fondos públicos.*⁶³ Esto afecta de manera negativa el ambiente y la calidad de vida de la población.

V. ACUMAR en tiempos de pandemia

A comienzos de 2021, “el Consejo Directivo de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), encabezada por el presidente del organismo, Martín Sabbatella, aprobó el convenio de cooperación tripartito con INVAP y la Empresa Argentina de Soluciones Satelitales (ARSAT)”.⁶⁴ Un proyecto que tiene como finalidad la recepción, registro, integración, análisis y visualización de la totalidad de los datos generados por ACUMAR, sumado a los datos provenientes de nuevos equipos que serán provistos e instalados en todo el ámbito de la Cuenca.

Por otro lado, ACUMAR en su carácter de agente regulador y con competencia en materia medioambiental en marzo dictó la Resolución N° 45/2021⁶⁵ por la cual creó la Red Institucional, denominada “Red de Adecuación Ambiental de la Cuenca-RAAC”, que permitirá vincular a los establecimientos que requieran mejorar su desempeño ambiental para cumplir e incluso superar las exigencias normativas; con los re-

⁶² Despouy, Leandro, “Contaminación en la Cuenca Matanza Riachuelo - Una década al cuidado de los Fondos Públicos”, Informe Especial del Presidente de la Auditoría General de la Nación, disponible en <http://www.ubacytambiental.com.ar/archivos/doctrina%20documentos%20generales/agn%20especial%20matanza%20riachuelo.pdf>.

⁶³ Despouy, L., El Rol de la Auditoría General de la Nación en el Control de la Gestión Ambiental, Informe Ambiental Anual, FARN, 2015.

⁶⁴ Empresa de Investigaciones Aplicadas, INVAP (2021) “Firma del convenio de cooperación con ACUMAR y ARSAT” disponible en <https://www.invap.com.ar>.

⁶⁵ Boletín Oficial de la República Argentina (2021), RESOL-2021-45-APN-ACUMAR#MOP, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar>.

cursos de información, conocimiento, experiencias y asistencia técnica disponibles. Lo que se espera básicamente, como consecuencia del funcionamiento de la RAAC, es un mayor número de establecimientos que mejoren su desempeño ambiental, elaboren planes de adecuación efectivos, logren implementarlos adecuadamente, y puedan sostenerlos en el tiempo. En otras palabras, que las acciones realizadas tengan un impacto real tanto en las industrias contaminantes como en el tejido social afectado.

En la actualidad, el desarrollo de la Cuenca Matanza Riachuelo no es el esperado, después de 13 años del fallo de la Corte “Mendoza” el afluente aún presenta signos de contaminación. En este punto, debemos recordar la obligación asumida por ACUMAR y ordenada por la propia Corte Suprema en 2008, que consiste en mejorar la calidad de vida de los habitantes de la Cuenca, a través del saneamiento del medioambiente, agua, aire, la erradicación de basurales y el reordenamiento territorial, entre otras actividades.

Según el último informe de FARN (Fundación Ambiente y Recursos Naturales), “La calidad del agua del Riachuelo no ha mejorado, nuevos basurales clandestinos emergen hasta el día de hoy, y la población relocalizada apenas supera el 20 % de las soluciones habitacionales acordadas en 2010. Las industrias todavía liberan sustancias contaminantes al agua, emiten gases y humos tóxicos; los efluentes cloacales se vierten sin un tratamiento adecuado, las villas y asentamientos se expanden sin servicios urbanos básicos, al tiempo que el volumen de residuos aumenta de manera significativa sin contar con sistemas de gestión integral de residuos tal como ordenara la Corte”.⁶⁶

Paradójicamente, durante 2020 con una pandemia mundial en desarrollo y una caída económica en niveles históricos, los estándares de contaminación de la cuenca no se redujeron según lo establecido en la campaña 2020 por ACUMAR.⁶⁷ A contramano de los niveles de con-

⁶⁶ Fundación ambiente y recursos naturales, FARN (2020) “12 de años de postergaciones e incumplimientos en el saneamiento del Riachuelo” disponible en <https://farn.org.ar>.

⁶⁷ Ver informes trimestrales de Campaña de monitoreo 2020 realizamos por ACUMAR en el marco del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO) disponibles en https://www.acumar.gob.ar/wp-content/uploads/2016/12/Informe_calidad_agua_1er_T_2020.pdf. y en <https://www.acumar.gob.ar/>

taminación mundiales, los cuales han bajado de forma abrupta según informes del World Economic Forum⁶⁸ y Carbon Brief⁶⁹, de los resultados de la campaña 2020 de monitoreo elaborados por ACUMAR en el marco del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO), puede vislumbrarse que la contaminación del afluente Riachuelo mantiene cierta constancia.⁷⁰

En definitiva, ¿es este el camino que deben seguir los gobiernos en busca de una solución?

Según el economista y premio nobel 2017 Richar H. Thaler en su libro *Un pequeño empujón*: “cuando los incentivos están mal alineados, el gobierno debe intentar realinearlos para resolver el problema”.⁷¹ En el medioambiente se han propuesto dos amplios enfoques. El primero es gravar físicamente y multar a quienes contaminen, enfoque que actualmente se aplica en la Cuenca, pero que merece ciertos reparos en lo que atañe a su eficacia, teniendo en cuenta todo lo referido hasta aquí. El segundo es llamado “Sistema de límites e intercambios”. Este último, basado en principios del mercado, es cada vez más popular en el ámbito internacional. El protocolo de Kioto, elaborado para controlar los gases de efecto invernadero, contiene un mecanismo de intercambio para reducir las emisiones. Con esta estrategia, el gobierno debería legislar límites a la cantidad de desechos industriales volcados en el afluente, dejando que las empresas determinasen de qué forma alcanzar esos objetivos. De esta manera, las industrias que superen los límites pagarían una penalización y las que estuvieran por debajo

monitoreo-ambiental/informes/.

⁶⁸ World Economic Forum (2020) “COVID-19 ha lanzado a nuestro planeta un salvavidas para luchar contra el cambio climático” disponible en <https://es.weforum.org>.

⁶⁹ Carbon Brief (2020) “Analysis: Coronavirus set to cause largest ever annual fall in CO₂ emissions”. Disponible en <https://www.carbonbrief.org>.

⁷⁰ Asimismo, ver nota periodística de *Infobae*, “El Riachuelo en pandemia: controles ambientales suspendidos, viviendas sin entregar y las cifras de una contaminación que persiste” del 31 de enero de 2021 disponible en <https://www.infobae.com/politica/2021/01/31/el-riachuelo-en-pandemia-controles-ambientales-suspendidos-viviendas-sin-entregar-y-las-cifras-de-una-contaminacion-que-persiste/>

⁷¹ Richard H. Thaler y Cass R. Sunstein, *Un pequeño empujón*, Estados Unidos, Taurus, 2018.

del límite podrían vender los “créditos” de contaminación a empresas menos eficientes.

Al crear un mercado respetuoso al medioambiente, la estrategia de topes e intercambios de desechos ofrece a las industrias un incentivo para desarrollar y adoptar las tecnologías verdes más recientes. Junto a una política de créditos para la renovación de los bienes de capital se lograría un círculo virtuoso y continuo de progreso medioambiental e innovación.

VI. Algunas conclusiones y reflexiones

Explicado lo anterior, podemos advertir que existe un deber por parte del Estado argentino de garantizar el derecho a un ambiente sano para todos sus habitantes, que se deriva del robusto marco normativo de protección en la materia y de los compromisos asumidos internacionalmente a través de diversos instrumentos de derechos humanos.

Pese a ello, la Cuenca del Río Matanza-Riachuelo presenta signos de contaminación desde hace varios años, lo que motivó la intervención judicial para solucionar el problema, dando como resultado el paradigmático precedente “Mendoza” de la CSJN, por el cual el Tribunal estableció la responsabilidad del Estado nacional, de la provincia de Buenos Aires y de la CABA por la prevención y recomposición ambiental y puso en cabeza de ACUMAR la obligación de ejecutar el plan integral para el saneamiento de la cuenca.

La Auditoría General de la Nación, en su carácter de Entidad de Fiscalización Superior de nuestro país, coadyuva en la realización de este objetivo en tanto controla activamente la ejecución de los programas presupuestarios en cabeza de ACUMAR, detectando irregularidades y efectuando las recomendaciones pertinentes. Sin embargo, advertimos que el diseño del actual esquema de control requiere de una sustancial mejora en lo que atañe al seguimiento y posterior juzgamiento de las responsabilidades que pudieran originarse como resultado de la labor de este organismo. .

En nuestro país, ante la puesta en práctica de la auditoría gubernamental, los órganos dentro de la administración encargados de examinar la responsabilidad, en sus diferentes aspectos son: la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y la Oficina Anticorrupción (OA). En tanto, que también le compete al órgano extra poderes: Ministerio

Público de la Nación, Fiscalía de Investigaciones Administrativas y, en definitiva, al Poder Judicial de la Nación. En el diseño legal del circuito de control, no se ha esclarecido el modo de canalizar las presuntas irregularidades que detecte la Auditoría General de la Nación (AGN).

De modo que es factible concluir que es necesario encontrar la vía por la cual la AGN sea capaz de requerir por su cuenta el debido examen de responsabilidad ante las instancias judiciales correspondientes para que el producto de su trabajo no quede reducido a meras recomendaciones, en pos de hacer efectivos los derechos consagrados constitucionalmente.

Los DESC bajo la lupa. Auditorías de la AGN sobre programas relativos a educación, salud y alimentación entre los años 2006 a 2017

Irene Ávila y Belén Donzelli

I. Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (“derechos sociales” o “DESCA”) integran, la amplia lista de prerrogativas que son consideradas fundamentales y por esa razón, indivisibles, interdependientes, universales, inalienables y propias de la naturaleza humana.

Su reconocimiento, está incluido en la mayoría de los instrumentos internacionales, del orden universal y también regional, con un mayor grado de detalle o desarrollo. Entre ellos, sobresale el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹ (PIDESC), cuya interpretación se fue desarrollando a expensas de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

En el ámbito interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos (por sus siglas “CADH”), hace una mención general y solitaria al respecto de los DESCAs en el artículo 26 que dispone:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Esta situación, no importa una merma de su reconocimiento, en efecto tanto la Corte como la Comisión Interamericana, órganos de aplicación del Pacto San José de Costa Rica², se han hecho eco de las obligaciones que los Estados parte deben asumir en pos de la satisfacción de los DESCAs.

Más aún en el ámbito regional, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos³ en materia de derechos económicos sociales y culturales, conocido como Protocolo de San Salvador (en adelante “PSS”) puede ser considerado como un instrumento dirigido a profundizar el grado de tutela sustancial y procesal ya existente en la CADH en torno a los DESCAs.

Además y como se adelantó, existen otros instrumentos internacionales que han colaborado en la determinación de los alcances de estos derechos junto con las interpretaciones que han ido surgiendo de los órganos de control de aquellos.

Los derechos sociales, son asociados con aquellas prerrogativas cuya satisfacción procura garantizar condiciones materiales para la vida digna. Esto en el sentido de que además de contar con un valor en sí mismos se consideran un presupuesto fáctico e indispensable para el

² Adoptada el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

³ Este instrumento ha sido adoptado por la OEA en 1988 y entró en vigencia en 1999 cuando alcanzó la cantidad requerida de once Estados que lo ratifican. Su principal objetivo es ampliar los derechos económicos, sociales y culturales para consolidar en América el respeto a la integridad de las personas, tal como lo señala su Preámbulo. Para nuestro país fue aprobado en 2003.

desarrollo del resto de los derechos tal como en una muy feliz conceptualización el Tribunal lo expresó en el *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala*⁴, y lo reiteró en siguientes oportunidades.⁵

En el entramado normativo interno de nuestro país, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales se encuentran consagrados en el texto vigente de la Constitución Nacional. Sin embargo, no existe en ella un único artículo que los englobe, sino diversas cláusulas que los refieren y que se han ido integrando a expensas de diversas convenciones constituyentes.⁶

Una de las fuentes principales está dada por la incorporación de diversos instrumentos internacionales que han adquirido estatus constitucional en 1994. Como bien es sabido, en el artículo 75 inciso 22, se incluyeron una serie de instrumentos generales y particulares; universales y regionales que refieren a los derechos humanos.⁷ Entre ellos el PIDESC y la CADH, referidos más arriba.

⁴ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala)*, fondo reparaciones y costas, 19/11/1999, Serie C No. 63.

⁵ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo reparaciones y costas, 17/6/2005, Serie C N° 125, párr. 162 y sus citas; asimismo: párrs. 161, 163, 168, 172, 176, 221 y sus citas; en sentido análogo: *Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxá vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 29/3/2006, Serie C N° 146, párrs. 151/153.

⁶ En América Latina, el constitucionalismo social se expande entre 1950/1960 y se consolida en las reformas constitucionales posteriores a la recuperación democrática (1994). Según señalan Víctor Abramovich y Christian Courtis “En Argentina, la primera manifestación del constitucionalismo social fue la Constitución de 1949, derogada tras el derrocamiento del presidente Perón por la denominada “Revolución Libertadora”. La reforma constitucional de 1957 agregó a la restablecida Constitución de 1853-1860 algunas cláusulas sociales -en especial, el llamado artículo 14 bis o 14 nuevo- (...) la reforma constitucional de 1994 se embarcó decididamente en la tendencia del constitucionalismo social”. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Estudios del puerto, Buenos Aires, 2006, p.18.

⁷ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción

A partir de esta última reforma constitucional, se conformó lo que en la doctrina constitucional se dio en llamar “el bloque de constitucionalidad”. Germán Bidart Campos sostiene que *[p]or bloque de constitucionalidad puede entenderse, según cada sistema en cada Estado, un conjunto normativo que parte de la constitución, y añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución escrita. Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etcétera. El bloque de constitucionalidad así integrado sirve para acoplar elementos útiles en la interpretación de la constitución, y en la integración de vacíos normativos de la misma. En el derecho constitucional argentino después de la reforma de 1994 damos por alojados en el bloque de constitucionalidad a los tratados internacionales de derechos humanos a que hace referencia el art. 75 inc. 22.*⁸

Podríamos entonces decir que, el texto constitucional se enriquece de los derechos reconocidos propiamente en el articulado e incluye aquellos que emergen de los instrumentos referidos en el inciso 22 del artículo 75.

La constitucionalización de estos instrumentos de derechos humanos implicó además el uso –que comenzó siendo gradual– de la jurisprudencia de los tribunales y órganos de protección internacional, como “guía insoslayable” en la lectura del nuevo derecho constitucional.⁹

del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁸ Bidart Campos, G. (1997). *Manual de Constitución Reformada*. Bs. As., EDIAR, p. 276 y Cap. V n° 9.

Manili, P., “El bloque de constitucionalidad” en: Sabsay, D. (dir.), Manili, P. (coord.), “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial” (2010), Buenos Aires, Hammurabi, Tomo III.

⁹ 1992, al fallar en el caso “Ekmekdjian c. Sofovich”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación refirió que los órganos del Estado debían “guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH –uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1)” (considerando 21). La mencionada doc-

Estos instrumentos se refieren a todos los derechos que son considerados fundamentales. Es decir, recogen la completa clasificación temática que divide a las prerrogativas según puedan considerarse: civiles, políticas, económicas, sociales, culturales, ambientales.

Cada uno de ellos, tomados individual o grupalmente fue objeto de estudio por diversos instrumentos, algunos generales y otros particulares.¹⁰ De allí que también la auditoría o control sobre los niveles de compromiso y satisfacción de los países que han adherido a cada instrumento, en muchas ocasiones se entrecruzan, entre los órganos de control de los distintos instrumentos.

Desde otro ángulo, el reconocimiento de derechos viene siempre de la mano de la necesidad de reconocer mecanismos que hagan viable su consecución, pues no es suficiente con afirmar su existencia, si aquellos no pueden ser realizados en la práctica. Tampoco es suficiente que esos derechos sean accesibles para algunos e inalcanzables para otros. Ello, en tanto una de las tantas características que se pregona de los derechos humanos en general es, su universalidad.

No es esto una novedad, en el ámbito nacional ya lo había dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación allá por 1957, en el famoso pre-

trina de la CSJN se consolidó, en 1995 a través del caso “Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación”.

¹⁰ Una vieja discusión, ya superada, establecía un distingo fundamental y jerárquico entre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto de los Civiles y Políticos. Ahora bien, es dable mencionar que la Declaración Universal de Derechos Humanos no hace ninguna distinción entre estos derechos, sino que la tensión surgió en el contexto de la intensificación de las tensiones de la guerra fría. Los países liberales, con economías de mercado, solían hacer más énfasis en los derechos civiles y políticos. Mientras que los países socialistas, destacan la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales. De allí que, por razones de política internacionales, se negociaron por separado por un lado, el PIDESC y por otro, el PIDCP, para que los países pudieran adherir a aquel que mejor conviniera con su cultura y régimen organizacional. Afortunadamente, esta separación taxativa ha quedado en el olvido. En efecto en “los últimos decenios, los tratados de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, han integrado todos los derechos” (Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/AreESCRfundamentallydifferentfromcivilandpoliticalrights.aspx>).

cedente “Siri”, con cita de Joaquín V. González (...) *no son, como puede creerse, “las declaraciones, derechos y garantías”, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto.*¹¹

El reconocimiento por parte de un Estado de cualquier clase de derechos le genera la consecuente obligación básica de lograr su satisfacción. Lo antedicho significa que, al reconocimiento de derechos deben aunarse otras acciones de los Estados con miras a lograr su real garantía. A su vez, estas acciones pueden ser de tipo negativo (abstención) o de tipo positivo (realización).

Esto es lo que en derecho internacional de los derechos humanos se denomina como las Obligaciones Generales de los Estados: respetar, garantizar y proteger, todo ello resguardando siempre el principio de igualdad y no discriminación.¹² En el ámbito interamericano, estas obligaciones generales se encuentran consagradas en los artículos 1 y 2 de la CADH y, cuando se trata de derechos sociales la interpretación de estos deberes debe estar en correlativa sintonía con las que surgen del artículo 26 de la Convención y aquellas derivadas específicamente del PIDESC, según veremos *infra*.

¹¹ CSJN, “Siri, Ángel”, sentencia del 27 de diciembre de 1957; citando a Joaquín V. González en: “Manual de la Constitución argentina”, en *Obras completas*, vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr., además, núm. 89 y 90.

¹² Podríamos decir, de acuerdo con la vasta doctrina en materia de derechos humanos que: la obligación de respeto importa no solo que el Estado reconozca los derechos sino también que ni aquel ni sus agentes los violen (se trata aquí de una obligación negativa o, lo que es lo mismo, un deber de abstención); la obligación de garantía en cambio exige una actuación positiva tendiente a adoptar las medidas necesarias que asegure el goce efectivo de los derechos. La obligación de protección implica el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

En el ámbito interamericano, estas obligaciones generales emanan de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y desde el primer fallo resuelto por la Corte Interamericana se las interpretó (ver: Velázquez Rodríguez vs. Honduras, 29 de julio de 1988).

En lo referido a la obligación de garantizar se abre un campo muy grande que es el deber de los Estados de adoptar medidas para hacer reales los derechos. El correlato de este reconocimiento es la posibilidad de que cualquier persona pueda peticionar ante una conculcación de sus derechos. Víctor Abramovich, dice al respecto: *El sistema jurídico dota a esos derechos sociales de mecanismos y procedimientos que funcionan como un sistema de garantías*.¹³

Dada la naturaleza prestacional que acompaña a los derechos sociales, normalmente su garantía ha sido menospreciada, desde un plano comparativo con los derechos civiles y políticos. En la medida que su consecución práctica depende de la adopción por parte de los Estados de medidas de acción positiva. Ello, se vincula con la clasificación que encuadra a los DESCAs entre los derechos de tipo programático en contraposición con los derechos operativos, cuya exigencia es inmediata dónde quedan incluidos los derechos civiles y políticos.

Podríamos señalar como un triunfo el hecho de que las discusiones en torno a la exigibilidad de los derechos sociales, se encuentren zanjadas. No hay derechos de primera, segunda o tercera generación en un sentido jerárquico.¹⁴ Son aplicables aquí, las elucubraciones efectuadas por Cass Sunstein, en su estudio sobre la Constitución estadounidense al afirmar que “estos derechos (los no enunciados explícitamente) son compromisos constitutivos; tienen un lugar especial en el sentido de que tienen amplia aceptación y no pueden ser eliminados sin un cambio fundamental en su interpretación social”.¹⁵

Recapitulando, los DESCAs son derechos fundamentales y, como tal deben ser garantizados por parte de aquellos estados, como el argentino, que han asumido un compromiso de tipo internacional. Este deber de garantía se traducirá no solo en obligaciones positivas (de hacer) sino también, en obligaciones negativas (no hacer).

¹³ Abramovich, V. y Pautassi, L. (comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p.1.

¹⁴ Antonio Cancado Trindade se refiere a esto como “la fantasía de las generaciones de derechos”. “Derechos de solidaridad”, en Cerdas, Cruz –Nieto Loaysa (comp.), *Estudios básicos sobre derechos humanos*, Tomo I, pp. 64-65.

¹⁵ Sustain, C., *Las cuentas pendientes del sueño americano. Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*. Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2018, p. 77.

Ahora bien, es necesario partir de la base de que todos los derechos tienen un costo¹⁶, su protección efectiva y su garantía muchas veces implica la asunción de gastos. De allí que, históricamente no haya sido sencillo determinar el alcance de las obligaciones de un Estado y, haya sido tedioso el camino recorrido hasta zanjar la discusión acerca de su exigibilidad. A nivel doctrinal mucho se ha discutido acerca de la justiciabilidad de los derechos sociales. El dilema radica puntualmente en conocer el alcance de la obligación de garantía que recae sobre los Estados. En una encrucijada que hoy se considera superada, se partía de la base de asociar los derechos sociales con medidas prestacionales y, por ende, costosas; en contraposición de los derechos civiles y políticos a los que se emparentaba con medidas de abstención y gratuitas. Lo cierto es que hoy sabemos que no existen derechos de costo “cero”.

Es en este escenario que muchos de los Estados parte de los instrumentos internacionales anteponen la situación económica y financiera del respectivo país para justificar el incumplimiento de sus deberes. A la par de ello, se observa una triste tendencia que da cuenta de que la ampliación de las funciones estatales al compás del reconocimiento de derechos no necesariamente se tradujo, en la realización concreta de esos derechos. Es decir, se puede observar que los Estados han asumido al respecto de los derechos –en particular, los sociales– una forma de actuación desorganizada, muy ligada a la discrecionalidad con la instauración de políticas de tipo focalizado.¹⁷

II. Obligaciones estatales en materia de DESCAs

Tanto el PIDESC como el Protocolo de San Salvador establecen que todos los Estados parte se comprometen a *adoptar medidas hasta el*

¹⁶ Holmes, S. y Sunstein, C.R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

¹⁷ Un panorama completo sobre distintas concepción y consecuencias del reconocimiento de los derechos sociales en la teoría constitucional puede verse en Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 346/398.

máximo de sus recursos disponibles para lograr de manera progresiva la plena efectividad de los DESC.

Esto significa, que en materia de derechos sociales, el Estado está obligado a realizar todos los esfuerzos que sean necesarios para que sus habitantes gocen plenamente de estos derechos.

De acuerdo con la interpretación efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸ (en adelante, Comité DESC) –órgano encargado del seguimiento, control y aplicación del PIDESC– en la Observación General N° 3, el compromiso de “adoptar medidas” asumido por los Estados no queda condicionado ni limitado en sí mismo por ninguna otra consideración y, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Al respecto, indicó que tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto. La afirmación que antecede importa, la proyección de políticas públicas con miras a que a través de aquellas, los derechos sean efectivos para todos los ciudadanos.¹⁹ Esta obligación debe ser conjugada con el deber de no regresividad.

El concepto de progresiva efectividad importa el reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Varias interpretaciones se desprenden de esta afirmación: “en primer lugar, el derecho internacional reconoce la imposibilidad, por parte del Estado, de satisfacer de manera inmediata

¹⁸ Comité DESC. Observación General N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 14/12/1990.

¹⁹ Podríamos categorizar, para lo que aquí importa, a las políticas públicas en materia de derechos sociales según estén destinadas a apoyar a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad y riesgo social, cuyo objetivo es la integración social. Asimismo, las políticas públicas de bienestar que son aquellas que se caracterizan por el reconocimiento garantizado de derechos sociales a través de servicios y beneficios públicos tanto universales como selectivos que se distribuyen con criterios de equidad e igualdad de oportunidades sociales.

y en toda su extensión todos los elementos que integran el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, no menos cierto es que de aquí se desprenden dos criterios que deben guiar la interpretación del accionar del Estado en cada caso concreto: 1) existe la obligación de adoptar medidas concretas, y 2) deben utilizarse el máximo de los recursos disponibles. El concepto de “adoptar medidas”, si bien reconoce que la total efectividad de los derechos puede ser alcanzada en forma paulatina, impone a los Estados la obligación de implementar, en un plazo razonablemente breve a partir de su ratificación, actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la totalidad de las obligaciones (OG N° 3, punto 2).²⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta que el cumplimiento de la obligación de progresividad exige de parte del estado la expedición de normas y el desarrollo de prácticas que favorezcan que los individuos puedan disfrutar realmente del derecho respectivo.²¹ Existe, según este Tribunal, una obligación del Estado de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos, la cual implica que debe organizar todo su aparato gubernamental en procura del compromiso que asumió al suscribir el PIDESC.²²

La progresividad debe ser analizada sin obviar la obligación estatal de asegurar un contenido mínimo de los derechos, “el primer principio que integra este estándar es precisamente la obligación de los Estados de actuar en forma positiva a fin de garantizar el nivel esencial de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en los Pactos y Tratados internacionales, en especial el PIDESC (art. 2.1)

²⁰ Pautassi, L., *La medición de derechos en las políticas sociales* Compilado por Víctor Abramovich y Laura Pautassi, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2010, Cap. I, p. 23.

²¹ Casos “Castillo Petruzzi y otros”, 30/5/99, Serie C, N° 52, párr. 207; “Durand y Ugarte”, Serie C, N° 68, 18/8/00, párr. 137; “Cantoral Benavides”, Serie C, N° 69, 18/8/00, párr. 178; “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”, Serie C, N° 94, 21/6/02, párr. 213, entre muchísimos otros.

²² Casos “Velásquez Rodríguez”, 29/7/88, Serie C, N° 4, párr. 165-166; “Godínez Cruz”, 20/1/89, Serie C, N° 5, párr. 174, 175 y 176; “Bámaca Velásquez”, 25/11/00, Serie C, N° 70, párr. 210; “Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Tevredo Tarsano vs. Perú)”, 31/1/01, Serie C, N° 71, párr. 109; etc.

y para el sistema interamericano, en el Protocolo de San Salvador (art. 1). Esencialmente se trata de una obligación mínima pero ineludible, de contenido universal, que apunta a asegurar la satisfacción de por lo menos niveles básicos de cada uno de los derechos e incluye obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado”.²³

La obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos implica para un Estado que al disponer las medidas para su cumplimiento, si ello implica de algún modo restringirlo, no podría afectar su contenido mínimo. Por ello, toda restricción de los DESC debe ser sometida al control de razonabilidad de tal modo de comprobar si se ha respetado el contenido esencial del derecho regulado.

Aquí, como se puede observar a simple vista, se entrecruzan varias obligaciones del Estado: no solo la relativa a asegurar el contenido mínimo, sino de modo indirecto asegurar la utilización del máximo de los recursos disponibles y asegurar la progresividad en su satisfacción (o no regresividad). El Estado “está jurídicamente obligado a garantizar el contenido mínimo de los DESC y no puede escudarse en la falta de recursos disponibles para justificar su accionar si este induce a un sector de la población por debajo del estándar mínimo de protección de este derecho”.²⁴

De lo antedicho se desprende que, frente a los DESC el Estado estará obligado no solo a abstenerse de violar, sino a implementar una actuación que garantice su goce en condiciones de igualdad. En palabras de Curtis y Abramovich: *es claro que para poder gozar efectivamente de muchos derechos sociales son necesarias no solo prestaciones o acceso a servicios, sino ciertas condiciones institucionales: así, el derecho a la salud impone la existencia de hospitales o centros de salud; el derecho a la educación impone la existencia de escuelas; el derecho a la seguridad social supone organismos que acrediten las jubilaciones y pensiones; el derecho a la vivienda supone organismos que lleven adelante la política*

²³ Pautassi, L., *La medición de derechos en las políticas sociales* Compilado por Víctor Abramovich y Laura Pautassi, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2010, Cap. I, p. 16

²⁴ Pautassi, L., *La medición de derechos en las políticas sociales* Compilado por Víctor Abramovich y Laura Pautassi, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2010, Cap. I, p. 18.

*de vivienda; los derechos sindicales suponen la existencia de un registro de los sindicatos. Nada impone que el Estado se haga cargo de toda la actividad destinada a satisfacer el aspecto prestacional de los derechos sociales, pudiendo delegar esta función en instituciones no estatales (...). Sin embargo, el Estado es el garante final de esos derechos (...).*²⁵

Ciertamente, aunque los DESCAs supongan por parte del Estado la consecución de obligaciones de respeto y protección, se los identifica en mayor medida con las obligaciones de garantía. La formulación de políticas públicas sociales, constituyen una forma de cumplimiento de este deber y requiere del Estado la redistribución de la riqueza, destinada a solventar servicios dirigidos –principalmente– a aquellos que no pueden procurarse por sí mismos el acceso a esos derechos, de aquí que tradicionalmente se asocie también a los derechos sociales con el valor de la solidaridad.²⁶

Llegado a este punto, no existe en la bibliografía una definición consensuada de políticas sociales, sin embargo tomando como premisa la naturaleza propia de los derechos sociales que procuran garantizar, es plausible afirmar que la política social es una *herramienta primordial usada por el Estado para la maximización del bienestar social*.²⁷ Toda política social es aquella en la que el Estado, a través de su actividad encara alternativas, mecanismos destinados a garantizar derechos sociales. De esta definición se sigue, nuevamente, que en materia de políticas sociales la perspectiva de efectividad se centra en el reconocimiento de derechos humanos de la población y la clara vocación estatal dirigida a un objetivo a mediano o largo plazo y que tienda hacia la cohesión social en el sentido de contribuir a la construcción de sociedades más incluyentes, en las que aquellos que presentan dificultades para ejercer sus derechos fundamentales reciban el apoyo para alcanzarlos desde el Estado.

²⁵ Abramovich, V. y Curtis, C., *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Estudios del Puerto, 2006, p. 25.

²⁶ De Lucas, J., *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1993.

²⁷ Abrahao de Castro, J. (2009). *Política Social: Algunos Aspectos Relevantes para Discusao. Concepcao e Gestao da Protecao Social Nao Contributiva no Brasil*. UNESCO.

Sin la pretensión de agotar la cuestión, definidos los derechos sociales y zanjada la cuestión acerca de su exigibilidad, al ser incorporados al texto constitucional nacional, nuestro país se obliga a respetarlos, protegerlos y garantizarlos. Esta triple conjunción supondrá una actuación negativa y positiva. En su faz positiva, la disposición de políticas públicas sociales, es la principal consecuencia. Estas acciones estatales tienen un cierto margen sobre el cual deberán mantenerse: la prohibición de discriminación, el aseguramiento de niveles mínimos o esenciales inmediatos; la tendencia de progresividad y no regresividad.

III. Gestión y control de políticas públicas en materia de DESCAs

Como ya se ha adelantado, uno de los instrumentos internacionales más relevantes en materia de control de efectivización de los derechos humanos enunciados en la CADH es el Protocolo de San Salvador. Además de ser una fuente interpretativa de los DESCAs, nos proporciona con su artículo 19 una herramienta clave para el control de la actividad pública tendiente a satisfacer los derechos consagrados en la Convención Americana. Mediante la ratificación de este instrumento, los Estados parte se obligan a presentar informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo.

En consecuencia, para cumplir con sus obligaciones internacionales, cada Estado parte debe ser capaz de elaborar y analizar información de gobernanza pública a los fines de medir grados de cumplimiento de derechos. La tarea no es sencilla, y si bien como ya se ha dicho, la discusión en torno de los mecanismos de medición de efectividad de DESCAs no resulta un tema del todo novedoso en la agenda de derecho, lo cierto es que los Estados del continente todavía no han podido definir mejores formas de monitorear su efectivización.²⁸

²⁸ Al respecto, Laura Pautassi sostiene: “El punto inconcluso a la fecha es precisamente haber concentrado los esfuerzos en la definición de indicadores específicos para el conjunto de derechos sociales. Nuevamente, si bien se reconocen importantes avances en torno a cada derecho, algunos con mayor desarrollo como el caso del derecho a la salud o a la educación, no se han

En primer lugar, este compromiso internacional nos lleva necesariamente a estudiar el cumplimiento de los derechos humanos desde la actividad financiera que desarrolla el Estado²⁹, planteándose –entre otros– los siguientes interrogantes: *¿El estado asigna suficientes recursos para el efectivo cumplimiento de los DESC? ¿Desarrolla esta actividad de una forma eficiente? ¿Existe una gestión transparente de los fondos públicos destinados a satisfacer estos derechos?* Y en segundo lugar, nos permite repensar el cumplimiento de los DESC desde una faz cualitativa, evaluando progresividad en el desarrollo e implementación de políticas públicas tendientes a revertir situaciones de desigualdad, a la luz del artículo 26 de la CADH.

Un grado de análisis no sustituye al otro, y solo realizando un estudio integral (cuantitativo y cualitativo) se posibilita información completa acerca de cuán comprometido se encuentra un Estado a los fines de lograr de forma progresiva los objetivos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular los del PSS.

Es en este punto que cabe hacer una mención especial al desarrollo incipiente pero sostenido de los análisis de gasto público con perspectiva de género. En los últimos años, fueron las organizaciones de la sociedad civil las que impulsaron el estudio de los presupuestos públicos a partir del impacto diferenciado que tienen las políticas públicas en relación con los distintos géneros. Se trató de incorporar, entre otras

consensuado metodologías específicas que definan la utilización de indicadores que además vayan más allá de su uso circunstancial en la preparación de los informes periódicos que los Estados deben enviar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) para dar cuenta de las medidas adoptadas y del progreso –o retroceso– obtenido en la plena realización de los derechos incluidos en el Pacto”. Pautassi, P. (2010); “Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición”. en Abramovich, V. y Pautassi, L. (comps.) *La medición de Derechos en las Políticas Sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

²⁹ Esto no es un tema menor, “en Argentina y Latinoamérica hablar de financiamiento público y gasto social es hablar de una verdadera encrucijada, la misma que enfrenta la gobernabilidad y posiciones ideológicas eclécticas o transformadoras, la misma que debe decidir la reconstrucción nacional, la recuperación e impulso de las economías regionales y la reintegración social”. Bertossi, R. F., *Algunas reflexiones en torno a Políticas Sociales*, Buenos Aires, EDIAR, 2001, p. 25.

herramientas, etiquetados de gastos que permitieran monitorear las políticas tendientes a revertir esa desigualdad estructural.³⁰ Estas iniciativas constituyen un análisis transversal de las acciones estatales, y si bien su objetivo es puntualmente fomentar el progresivo cumplimiento de derechos de mujeres y disidencias, su incorporación puede significar una herramienta de vital utilidad para la profundización del monitoreo de cumplimiento de todos los DESCAs.

El control de la actividad pública y especialmente del gasto público resulta de suma relevancia en dos niveles: tanto para los Estados como para la sociedad civil.³¹ Para los Estados, ya que permite no solo mo-

³⁰ En este sentido, Corina Rodríguez Enríquez sostiene: “Incorporar al análisis de las políticas económicas la dimensión de la equidad de género permite potenciar su entendimiento, así como evaluar más acertadamente sus impactos reales”. Centro Interdisciplinario para el estudio de políticas públicas. Documento de trabajo N° 66 “Gastos, tributos y equidad de género. Una introducción al estudio de la política fiscal desde la perspectiva de género”.

³¹ En efecto, los mecanismos de control se han ido robusteciendo a partir de la participación de la ciudadanía. Al respecto, Guillermo O’Donnell ha construido el concepto tradicional de “*accountability*” horizontal y vertical (O’Donnell, Guillermo, “Accountability horizontal”, *paper* sobre texto presentado en la conferencia “Institutionalizing Horizontal Accountability”, Viena, junio 1997). Hoy día, a esta clasificación tradicional de los sistemas de control debe agregarse la noción de “*accountability social*” que se sustentaría en la participación ciudadana, de los individuos pero, también de las organizaciones de la sociedad civil (Peruzzotti, E., “Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas”, Ed. Temas, 2002, p. 32).

En este sentido, Oscar OSZLAK citando a Amartya Sen advierte: “...no es concebible la participación de la sociedad civil en el diseño, puesta en marcha y evaluación de las políticas estatales, a menos que esta haya sido empoderada; 2) que el empoderamiento implica que el ciudadano conoce sus derechos individuales y los colectivos, la forma en que se puede obtener la garantía de su ejercicio y la capacidad de análisis de información pertinente, así como su capacidad de agencia, o sea, de ser o hacer aquello que se tiene razones para valorar; y 3) que aún empoderado, el ciudadano valora la participación política y tiene voluntad para ejercerla” (Oscar Oszlak, en “Estado abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública”; trabajo presentado en el panel “Gobierno Abierto en Iberoamérica: promesas y realizaciones”, XVIII Congreso Internacional del CLAD, Montevideo, 2013. Disponible online en el siguiente enlace: <http://www.oscaroszlak.org.ar/images/articulos-espanol/Estado%20abierto.pdf>).

nitorear los avances y retrocesos en la materia, sino que constituye la materia prima básica y necesaria para la reformulación de las políticas públicas. Por otro lado, que la sociedad civil cuente con datos específicos y comparados acerca de políticas vinculadas a los DESCAs robustece el principio republicano de gobierno, en tanto hace parte a la ciudadanía de las decisiones de gobierno que terminan afectando sus derechos fundamentales.³²

En la Argentina, la Constitución Nacional encomendó el control externo del sector público nacional al Poder Legislativo. A esos fines, el Congreso cuenta con la Auditoría General de la Nación, organismo encargado de opinar y examinar el desempeño y la situación general de la administración pública. La norma que la regula es la Ley de Administración Financiera N° 24.156, creándose y estableciendo como su función el control posterior de la gestión presupuestaria, económica y financiera, entre otras. En lo que aquí nos interesa, su artículo 118 en sus incisos a) y b) dispone que son sus funciones:

a) *Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en relación con la utilización de los recursos del Estado, una vez dictados los actos correspondientes;*

b) *Realizar auditorías financieras, de legalidad, de gestión, exámenes especiales de las jurisdicciones y de las entidades bajo su control, así como las evaluaciones de programas, proyectos y operaciones. Estos trabajos podrán ser realizados directamente o mediante la contratación de profesionales independientes de auditoría;*

De esta manera, la Auditoría General de la Nación, en su carácter de controlador administrativo o técnico³³ puede configurarse como un actor relevante en el monitoreo de las políticas públicas orientadas a garantizar DESCAs. Este organismo tiene entre sus funciones realizar un control tanto financiero como de gestión de políticas, lo que posibilita un entendimiento global y técnico acerca de cómo el Estado desarrolla su plan de gobierno y lo ejecuta.

³² Uprinmy, R., *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, en “El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI” Siglo Veintiuno Editores, 2011.

³³ Schafrik, F., “La creación de la Auditoría General y su incidencia en el mejoramiento externo del presupuesto”. Buenos Aires, Eudeba, 2012. Cap. XI. p. 190.

Si bien este organismo posee grandes limitaciones en tanto sus informes no son vinculantes ni cuenta entre sus facultades la sancionatoria ni la legitimación activa para perseguir la responsabilidad penal de funcionarios³⁴, sus informes pueden ser fundamentales para evaluar el grado de cumplimiento del Estado de los DESCAs. Esto, sumado a los mecanismos que la CADH prevé entre sus artículos para la protección de los derechos que allí se enuncian, debería convertir a los informes de la AGN en insumos indispensables para la persecución de la efectiva realización de derechos humanos.

En el año 2018, el Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales previstos en el PSS realizó su informe de observaciones y recomendaciones finales a la República Argentina. Aquel se centró en el análisis de avances y retrocesos respecto al primer agrupamiento de derechos, que comprende el derecho a la seguridad social, a la salud y a la educación.

Si bien en este informe se felicitó preliminarmente a la Argentina por haber dado cumplimiento al deber de informar en torno al grado de cumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 19 del PSS, el Grupo de Trabajo (en adelante GTPSS) realizó observaciones preocupantes en relación con la efectivización de DESCAs en el país. Cabe resaltar que existe un punto en común entre todos los derechos estudiados en ocasión del informe, que es la falta de información sistematizada que permita realizar un análisis certero acerca de la satisfacción de los derechos contenidos en el Protocolo.³⁵

³⁴ Es posible acercarse a la cuestión a través de la lectura de la vasta producción académica de la Directora del Proyecto, Fabiana Schafrik. Es posible mencionar: *La Auditoría General de la Nación en la Constitución de la República Argentina*, Revista de Derecho de la Hacienda Pública, Vol. IX - 2017, de la Contraloría General de la República de Costa Rica, pp. 84-97.

También: *¿Agoniza el control de las cuentas públicas? Una breve reflexión acerca del funcionamiento de la Auditoría General de la Nación*, La Ley, Columna de Opinión, 24 de febrero de 2009.

³⁵ En este sentido, cabe señalar que en el año 2008 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado el documento “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, mediante el cual se desarrollaron estrategias y propuestas para que los Estados parte pudieran cumplir de manera acabada con la obligación derivada del artículo 19 del Protocolo de San Salvador. Mediante

Para ejemplificar la situación, observamos que en relación con el derecho a la seguridad social, el Estado no proporcionó información sobre los recursos del Presupuesto Nacional asignados a tales fines. Respecto al derecho a la Salud, el GTPSS observó que no se brindaron datos suficientes sobre indicadores de proceso y resultados para la valoración de las capacidades institucionales. Lo mismo sucede en relación con el derecho a la educación y a la igualdad y no discriminación: la falta de indicadores desagregados no permitió realizar una evaluación concluyente sobre diversos puntos estudiados por el Grupo.³⁶

A esta problemática debemos agregar que si bien el Informe de Observaciones y Recomendaciones se finalizó en 2018, gran parte de la información brindada para su confección data de los años 2010 a 2016, lo cual imposibilita monitorear la evolución y el estado actual de distintos derechos.

A raíz de estas observaciones podemos concluir que el Estado Argentino actualmente no cuenta con una metodología certera para la medición de cumplimiento de DESCAs. Pero esta situación, lejos de desanimarnos, no hace más que obligarnos a profundizar el estudio de la materia, proponer y repensar nuevas y mejores formas de análisis para el monitoreo de efectivización de estos derechos.

Es por ello que en este trabajo hemos intentado poner bajo la lupa la labor desarrollada por la AGN en los informes de auditoría de la administración pública nacional. Ello, puesto que en el marco del proyecto de investigación dirigido por la Dra. Fabiana H. Schafrik, se realizó un exhaustivo relevamiento acerca del posterior seguimiento efectuado por los entes públicos a las recomendaciones y observaciones formuladas por la AGN. En materia de DESCAs, el análisis permitió visualizar que estos informes pocas veces han sido recepcionados por las distintas dependencias estatales como insumos técnicos para el mejoramiento de sus capacidades institucionales. A continuación,

sugerencias y propuestas metodológicas, el documento postula como objetivo del sistema de indicadores no solo la supervisión internacional, sino también la evaluación de los Estados y las Organizaciones de la Sociedad Civil de la aplicación del Protocolo. Documento disponible en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/indicadoresdesc08sp/indicadoresindice.sp.htm>

³⁶ Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador “Observaciones y recomendaciones finales a la República Argentina”, mayo 2018.

se expondrán algunos de los informes analizados, en relación con el estado actual de los DESCA en la Argentina.

III.A. Programas de educación

En materia de educación, el GTPSS resaltó los siguientes puntos de consideración en los indicadores de educación secundaria: reducidas tasas de escolarización en el segundo ciclo de nivel secundario, altos niveles de *sobreedad* y repetición escolar, sumados a la elevada tasa de abandono y niveles de desempeño (evaluados a partir del programa APRENDER) por debajo de los niveles básicos. También realizó observaciones acerca de la falta de indicadores específicos sobre educación bilingüe para las poblaciones indígenas, así como también sobre otros grupos como las personas con discapacidad y población afrodescendiente.

Nuestro texto fundamental consagra el derecho a la educación en su artículo 14, al establecer que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de enseñar y aprender. Este derecho también se ve positivizado como objetivo en los artículos 41, 42, 75 incisos 17 y 19, y artículo 125.³⁷ Su efectivización y regulación es responsabilidad del Gobierno Federal y los Gobiernos Provinciales, en tanto ambos niveles de gobierno tienen la obligación de gestionar el derecho y garantizar su pleno goce. A nivel federal, la denominada “cláusula del progreso” del artículo 75 inciso 19 establece como atribución del congreso nacional dictar leyes de organización y base de la educación, garantizando gratuidad y equidad de la educación pública estatal. Por otro lado, las provincias conservaron las facultades de gestión y financiamiento de sus sistemas educativos.

La Carta Magna incorpora –también– el derecho en análisis mediante la inclusión en su artículo 75 inciso 22 de los instrumentos de derecho internacional con jerarquía constitucional. De esta manera, se convirtieron en directrices para la garantía del derecho a la educación, entre otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el

³⁷ Romano, S. J.; Larrañaga, K. y Freedman, D., “El derecho a la educación y el gasto público”, Documento de trabajo, inédito.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

La principal preocupación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la materia ha sido que los Estados parte garanticen a sus habitantes la gratuidad de la educación primaria, y progresivamente la secundaria y universitaria. La Observación General n° 13 adoptada por el Comité DESC desarrolla el contenido del derecho establecido en el artículo 13 del PIDESC.

En palabras del Comité DESC³⁸, si bien la aplicación precisa y pertinente de los requisitos dependerá de las condiciones que imperen en un determinado Estado Parte, la educación en todas sus formas y en todos sus niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas:

- Disponibilidad: debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte, lo que depende de muchos factores, como por ejemplo, el contexto de desarrollo en el que actúan.
- Accesibilidad: las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado parte, constanding de tres dimensiones:
 - No discriminación: la educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos.
 - Accesibilidad material: la educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia).
 - Accesibilidad económica: la educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior; mientras que la enseñanza primaria debe ser gratuita para todos, se pide a los

³⁸ Comité DESC, Observación General N° 13, “El derecho a la educación”, 8/12/1999.

Estados Parte que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

- **Aceptabilidad:** la forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, también para los padres.
- **Adaptabilidad:** la educación ha de tener flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

Además, estipula en su punto 43 que si bien el pacto dispone la gradualidad en la garantía de derechos y reconoce las limitaciones de recursos disponibles, existen obligaciones inmediatas como la no discriminación y la obligación de tomar medidas para lograr la plena aplicación del artículo 13.

De esta manera, los Estados parte no pueden sortear la obligación inmediata e insoslayable de incorporar a sus provisiones presupuestarias recursos suficientes para garantizar que el acceso a la educación no sufra barreras discriminatorias por razones étnicas, sociales, culturales, económicas, etc.

En cumplimiento con la manda constitucional, el Congreso Nacional ha sancionado diversas leyes destinadas a garantizar gratuidad y fundamentalmente equidad en la educación pública. La principal es la Ley Nacional de Educación, la cual establece que el Estado Nacional debe fijar las políticas y estrategias educativas, asegurar el cumplimiento de los principios, objetivos finales y provisiones de la ley a través de la planificación, ejecución, supervisión y evaluación de políticas, programas y resultados educativos. Indica, asimismo, que tiene la obligación de asistir técnica y financieramente a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para asegurar el funcionamiento del sistema educativo.

No obstante este gran respaldo normativo que el derecho a la educación cuenta en nuestro país, y a pesar de que la gratuidad escolar es un hecho hace décadas, su acceso se encuentra limitado en virtud de desigualdades estructurales vinculadas a otros derechos. Trascender el concepto de igualdad formal en materia educativa resulta urgente a la hora de advertir que no todos los niños y niñas habitantes del país se encuentran en igualdad de condiciones para su escolarización. Falta

de medios de transporte y material didáctico, capacitaciones a docentes, problemas de infraestructura son solo algunas de las deudas en materia de educación a saldar por el Estado.

Frente a estas problemáticas, que coinciden con algunas de las oportunamente señaladas por el GTPSS (la deserción escolar, la repitencia y la sobreedad en población secundaria) el Estado ha formulado hace años un programa específico denominado “PROMEDU - Programa de apoyo a la política de mejoramiento de la equidad educativa”. Actualmente, esta política pública se encuentra desarrollando su cuarta edición. Se trata de un programa de financiación a través de préstamos internacionales del Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante, BID) en apoyo a las políticas educativas estatales, cuyas líneas de acción consisten en la realización de obras de infraestructura escolar, apoyo a la movilidad en población secundaria, provisión de libros, fomento de los centros de actividades juveniles y formulación de un planes de enseñanza matemática primaria. De esta manera, el Estado se obliga mediante la firma de un contrato con la mencionada entidad financiera a ejecutar y rendir cuentas del préstamo obtenido.

El préstamo otorgado por el BID en el marco de la segunda edición del programa consistía en el desembolso de USD 547,5 millones, destinados principalmente al mejoramiento de las condiciones de enseñanza en el país, así como la adecuación de la infraestructura escolar y el fortalecimiento de la capacidad institucional de las jurisdicciones.

La segunda edición del programa ha sido auditada por la AGN en el año 2015, siendo el período analizado el comprendido entre los años 2011 y 2013. El informe analizado advirtió cumplimientos parciales de las metas poblacionales previstas por el préstamo, demoras en la provisión de productos, servicios y actividades, demoras en los procesos de adquisición de insumos, subejecución y reducidos grados de eficacia en el cumplimiento de metas físicas financieras. Cabe destacar que uno de los puntos que mereció más observaciones por parte del organismo fue el referente a los sistemas de información y control de gestión, que revelaron no ser efectivos a la hora de indicar cumplimientos de metas y monitoreos de las actividades desarrolladas por el programa.

En efecto, observamos que los deficientes sistemas de información y procesamiento de datos inciden directamente en el normal desarrollo de las políticas públicas, siendo una de las principales causas de otras problemáticas que se desencadenan a partir de la demora en la obtención de datos sobre ejecución y rendición de cuentas. Por ejemplo, en

el caso del PROMEDU II, las demoras en los procedimientos administrativos de gestión de circuito de pagos terminaron teniendo como consecuencia sub-ejecuciones financieras.³⁹ La AGN también observó carencias de listados de contratos de escuelas beneficiadas, imprecisas cuantificaciones de metas de coberturas de escuelas, indicadores de metas físicas no comprensivos, entre otras.

De esta manera, observamos cómo deficiencias del tipo informáticas y digitales de cuantificación e indicación de metas y objetivos pueden producir la afectación de derechos humanos fundamentales como en este caso, el derecho a la educación y su pleno acceso. Cabe resaltar que las consecuentes sub-ejecuciones financieras detectadas como resultados de estos problemas son en definitiva incumplimientos de los Estados Nacionales a sus compromisos internacionales asumidos.⁴⁰

Una vez formuladas las observaciones y recomendaciones por la AGN en sus auditorías anuales, se realiza una comunicación al organismo pertinente –en este caso, el Ministerio de Educación–, brindándole la posibilidad de efectuar un descargo. Esta dinámica claramente está orientada a que el control externo posterior pueda generar una revisión y reformulación del trabajo anual de programas y proyectos. Sin embargo, el diálogo y el reconocimiento de falencias tanto en materia de procedimiento administrativo como de eficacia en las políticas públicas no es la regla en la administración pública. Y de ello fue prueba el exhaustivo análisis que se realizó en ocasión del proyecto de investigación ya mencionado. Con un reducido número de organismos que dieron respuesta o seguimiento posterior a los informes de auditoría, los organismos más vinculados a la efectivización de los DESC no fueron la excepción.

Si bien el Ministerio de Educación fue uno de los pocos entes que efectuaron un descargo a las auditorías de la AGN relevadas, muchas

³⁹ Tal como fue reconocido en el descargo efectuado por el Ministerio de Educación respecto de las observaciones realizadas por la Auditoría General de la Nación en su Informe n° 50/15.

⁴⁰ Aquí cabe recordar que mediante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2.1 los Estados parte convinieron el compromiso de adopción de medidas, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de recursos que se dispongan, para lograr progresivamente la efectivización de los derechos en el pacto consagrados.

de sus respuestas consisten en explicaciones que pocas veces reconocen los problemas presentados en el desarrollo del proyecto. Sin embargo, respecto a las observaciones sobre las falencias del sistema informático de información, el mencionado Ministerio explicó que se pretendía culminar el programa con un nuevo sistema para el año 2014, y en efecto, en 2014 se implementó un sistema no cuantitativo de información.

Llegado este punto es preciso advertir que el proceso de informatización y tecnologización de la administración pública es muy novel. Recién en el año 2016 el Poder Ejecutivo dispuso el Plan de Modernización del Estado, siendo uno de sus grandes objetivos la gestión documental, para así posibilitar la obtención de información estadística de trámites y gestión de desempeño.⁴¹ Si bien el impacto de la digitalización de la administración pública nacional recién podrá ser medido en el tiempo, sus resultados prometen ser alentadores a la hora de contar con datos certeros y accesibles para la evaluación de los programas y proyectos relativos a los DESC.

Por otro lado, en el año 2012 se había dictado la resolución n° 1041 que aprobaba las líneas de acción formuladas por la Red Federal de Información Educativa. En el anexo de esta resolución se sentaban las bases para la formulación de un Sistema Integral de Información Educativa. En el descargo formulado a las observaciones de la AGN, el Ministerio explicó que se pretendía culminar el año 2014 con el pleno funcionamiento de un sistema de información no cuantitativo. Sin embargo, si bien se ha dado un gran paso en el camino de la digitalización de datos en la materia, hasta la actualidad los sistemas de información siguen requiriendo mejoras en las herramientas para obtención de indicadores en educación.⁴² Cabe agregar que la índole eminentemente federal de la materia obliga a los Estados a prestar especial atención en la mejora de canales de comunicación e información digitales.

⁴¹ Corvalán, J. G., “Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial” *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. Vol. 8, N° 2, 2017.

⁴² Buchbinder, N.; McCallum, A. y Volman, V., “El estado de la educación en Argentina”. *Observatorio Argentino por la Educación*. Informe Anual, Septiembre 2019.

III.B. Programas de alimentación

En septiembre de 2019 el Congreso Nacional sancionó una nueva ley de emergencia alimentaria y nutricional, prorrogando hasta el año 2022 el decreto n° 108/2002. La fecha de dictado de este decreto da la pauta de que el Estado Nacional Argentino acarrea una deuda de larga data en materia de alimentación y nutrición, que no ha podido ser saldada con el dictado de leyes y decretos de emergencia, y que requiere la planificación estratégica de soluciones y abordajes urgentes.

En 1994 la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos al texto constitucional positivizó el derecho a la alimentación. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25.1 establece: *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios* (el subrayado nos pertenece). Este derecho no resulta una excepción a la eminente naturaleza transversal de los derechos humanos. Parece imposible pensar la efectiva garantía de derechos como a la salud y a la educación sin una correcta y suficiente alimentación de los sujetos de derecho, en especial desde la infancia.

En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño también receptada por el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna reconoce el derecho del niño al goce del más alto grado de salud, fijando la obligación de los Estados partes de adoptar medidas para combatir enfermedades y malnutrición mediante el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de la contaminación del medio ambiente.⁴³

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 11.2 también reconoce el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre y la consecuente obligación de los Estados de mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos y asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades.

⁴³ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 24 inc. 2.c.

A fin de fijar las principales cuestiones de importancia en relación con este derecho, el Comité DESC emitió la Observación General N° 12, en la que señaló que *el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Es también inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos.*⁴⁴

El Comité DESC⁴⁵ considera que el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende lo siguiente:

- la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada;
- la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos

En un país rico en materia prima como la Argentina, la seguridad alimentaria entendida como el acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para la satisfacción de las necesidades alimentarias y las preferencias para llevar adelante una vida activa y sana⁴⁶, debería ser un hecho.⁴⁷ Sin embargo, las reiteradas prórrogas

⁴⁴ Comité DESC. Observación General N° 12: El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 12 de mayo de 1999, párr. 4.

⁴⁵ Comité DESC. Observación General N° 12: El derecho a la educación, 12/05/1999.

⁴⁶ Directrices Voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional. FAO. 2004.

⁴⁷ La FAO refiere en su Folleto Informativo n° 34 sobre “El derecho a la alimentación adecuada”: “La denegación del derecho a la alimentación NO es el resultado de la falta de alimentos en el mundo. Podría pensarse que se deniega a las personas el derecho a la alimentación porque no hay suficientes alimentos para todos. No obstante, según la FAO, el mundo produce suficiente cantidad de alimentos para alimentar a toda su población. La causa básica del hambre y la desnutrición no es la falta de alimentos sino la falta de acceso a los alimentos disponibles. Por ejemplo, la pobreza, la exclusión social y la discriminación suelen menoscabar el acceso de las personas a los alimentos, no

de la ley de emergencia nos indican que lejos de alcanzar el objetivo de equidad en la distribución de alimentos, el país no ha logrado –hasta el momento– una política alimentaria integral.

Lo cierto es que desde el advenimiento de la democracia, todas las políticas públicas en alimentación y nutrición tuvieron un enfoque eminentemente de focalizado⁴⁸ y de contingencia.⁴⁹ Desde el Plan

solo en los países en desarrollo sino también en los países económicamente más desarrollados, donde hay alimentos en abundancia. Pero en el largo plazo los Estados tienen que tratar de facilitar una producción sostenible de alimentos a fin de garantizar la disponibilidad de alimentos para las generaciones futuras, considerando factores como el crecimiento de la población, el efecto del posible cambio climático y la disponibilidad de recursos naturales”.

⁴⁸ Las políticas focalizadas se contraponen con las de tipo universal. En esta línea, “Es posible afirmar que durante los años 90, la tendencia estatal, de intervención subsidiaria, dio lugar a políticas de tipo focalizado (Vinocur y Halperin: 2004, p. 53). Las dificultades que presentó la implementación y el poco éxito de estas aunado al aumento de la pobreza y la profundización de la crisis económica desde el año 2000 en adelante, mostró la necesidad de contar con un Estado que garantice derechos (Vinocur y Halperin: 2004, pp. 13/14, 18, 22). De esta manera, si bien el traspaso fue paulatino, lo cierto es que el cambio de paradigma fue claro e incontrovertible: “el Estado ha de coadyuvar en el acceso universal de derechos”. Asistimos a una etapa en la que la tendencia es proyectar y gestionar programas de mayor alcance o de alcance universal, bajo la premisa de que la mejor focalización es la de universalizar, ya que “las políticas sociales universales tienden a prevenir situaciones de privación: son proactivas; mientras que las políticas focalizadas solo actúan una vez que la privación ha sucedido: son reactivas (Fundación CIESO, p. 1)”. (Donzelli, B. “Ciudadanía Porteña ¿con todo derecho? Los Resultados de la Implementación de la Ley 1878 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, desde 2007 a 2013, Críticas y Construcciones”, Suplemento de Derecho Administrativo, La Ley, 2015).

En lo que aquí importa, las políticas sociales de tipo focalizado “Se caracterizan por estar enfocadas hacia públicos específicos, los llamados “grupos-meta” o “población objetivo”, definidos por ejemplo por nivel de ingreso o vulnerabilidad social” (Donzelli, B., “Ciudadanía Porteña ¿con todo derecho? ...” *op. cit.*).

⁴⁹ Schafrik, F., “La satisfacción de los derechos en el marco federal”, publicado en la revista de *Derecho Público* – Suplemento intitulado “Los derechos económicos, sociales y culturales”, editado por Rubinzal Culzoni, 2017, pp. 137-160.

En similar sentido: *La descentralización de la satisfacción de derechos en los gobiernos locales y los recursos públicos*, Año 24, 126, enero-febrero 2016. Publicación oficial de la Academia Brasileira de Direito Tributário. ABDT, pp. 357-376.

Alimentario Nacional de 1984 y sus sistemas complementarios de emergencia, pasando por las chequeras de bonos, los ticket canasta, los comedores comunitarios y los saqueos en períodos de crisis institucional, la historia del derecho a la alimentación en la Argentina está signada por una profunda desigualdad en la distribución de recursos, que dificulta que los sectores más vulnerables accedan a una alimentación adecuada y suficiente.

En ese contexto, en el año 2002 se declaró mediante un Decreto de Necesidad y Urgencia la Emergencia Alimentaria Nacional, que mediante sucesivas prórrogas legales se mantiene vigente hasta el día de la fecha. La mayor importancia del decreto residió en la potestad que le otorgó al Poder Ejecutivo para reasignar partidas presupuestarias con el fin de financiar el Programa de Emergencia Alimentaria, y las sucesivas prórrogas por ley han permitido incrementos de los créditos presupuestarios y actualizaciones trimestrales.

Con un fuerte contenido asistencial dada la crisis económica e institucional desatada en 2001, en el año 2003 se sancionó la ley n° 25.724 “Programa de Alimentación y Nutrición Nacional”. El programa estuvo destinado a cubrir requisitos nutricionales de niños hasta la edad de 14 años, embarazadas, personas con discapacidad y ancianos desde los 70 años en situación de pobreza. En principio la política pública tendió a articular todos los programas existentes hasta el momento destinados a la alimentación y nutrición de la población. La metodología más utilizada para la operatividad de esta ley y del decreto de emergencia fue la entrega de bolsones y cajas de alimentos a población vulnerable, así como también la elaboración de programas de educación nutricional. Paulatinamente se comenzó a implementar el uso de tarjetas de débito para la adquisición autónoma de alimentos por parte de las familias beneficiarias.⁵⁰

El GTPSS en sus observaciones a la Argentina, felicitó al país por la inclusión de una amplia gama de derechos humanos en su Plan

También:- *La descentralización de la satisfacción de derechos en los gobiernos locales y los recursos públicos*, Diritto e Pratica Tributaria Internazionale, DPTI N° 2/2015.

⁵⁰ Intervenciones de política alimentaria en 25 años de democracia en la Argentina. Maceira, D. y Stechina, M., *Revista cubana de salud pública*, 2010.

Nacional de Acción en Derechos Humanos 2017-2020, pero alentó a la inclusión del derecho a la alimentación en este.⁵¹ Resulta así interesante señalar que nuestro país se encuentra en deuda al respecto del derecho bajo análisis. En efecto, en la formulación de políticas públicas de amplio espectro en derechos humanos se advierte como necesario la inclusión de abordajes en materia de derecho a la alimentación y nutrición, siendo este sumamente transversal y clave por su interrelación con otros derechos. En este contexto, la AGN realizó una auditoría de gestión de transferencia de fondos nacionales al Programa de Seguridad Alimentaria, en su actividad n° 7 Comedores Alimentarios. El ente auditado fue el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, en el período comprendido entre 2009 y 2012. El programa evaluado consistía en financiamientos a organizaciones de la sociedad civil (en adelante OSC) para llevar a cabo proyectos alimentarios y productivos. Instrumentado bajo una operatoria en el marco del PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), recursos nacionales eran transferidos al Programa para luego realizar desembolsos a las OSC.

En el marco de la ley 23.396 (Acuerdo Marco entre la Argentina y el PNUD) la ejecución del programa debía ajustarse obligatoriamente a lo estipulado en el “Manual de Gestión de Proyectos ejecutados por el Gobierno”, entre cuyas disposiciones se encontraban definiciones de procedimientos presupuestarios. El manual también preveía instancias de monitoreo, seguimiento y control de los desembolsos.

Pese a estas directivas y pautas claras definidas con anterioridad a la puesta en marcha del programa, el organismo de control externo detectó en su auditoría varios problemas en su desarrollo. En primer lugar, señaló que los modos de intervención previstos por la política pública eran eminentemente de emergencia. De esta manera observamos que la AGN no se limita al control contable o meramente administrativo de la actividad pública, sino que además realiza una evaluación en materia de gestión y eficiencia de políticas públicas que puede resultar muy útil a la hora de medir la efectivización de DESC. En este caso, el ente remarcó entre sus primeras observaciones que el abordaje

⁵¹ Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador “Observaciones y recomendaciones finales a la República Argentina”, mayo 2018.

del programa, lejos de fomentar el desarrollo de las OSC se limitaba a acciones asistenciales.

Por otro lado, la AGN detectó la falta de instrumentos idóneos para la definición de objetivos y la evaluación de resultados. Encontró al reglamento operativo no actualizado en materia de criterios de elegibilidad y publicidad de convocatorias a posibles OSC beneficiarias. Una vez más advertimos importantes falencias en cuanto a sistemas de información financiera y control de gestión, una constante que se repite en la mayoría de las auditorías relevadas, impidiendo la obtención de datos confiables y su posterior procesamiento, derivando en la no garantía de derechos humanos fundamentales.

Como ya se ha explicado, posterior a la resolución que aprueba el informe de auditoría, los organismos auditados tienen la posibilidad de efectuar descargos y comentarios a los puntos observados por la AGN. En este caso, si bien el Ministerio de Desarrollo efectuó el correspondiente descargo, fue llamativamente breve y poco explicativo de las falencias y problemáticas detectadas en el informe. Cabe resaltar que el organismo también detectó graves falencias edilicias y de infraestructura particularmente en los comedores del sector NEA. En el relevamiento ya mencionado a distintos informes de la AGN y el seguimiento posterior de entes auditados se incluyó la auditoría en el ámbito de la provincia de Jujuy sobre la aplicación de fondos federales por transferencias (ejercicio 2005) correspondientes a los programas “Programa Social Nutricional” y “Plan Nacional de Seguridad Alimentaria”. En este informe, si bien la provincia de Jujuy era la auditada, el trabajo de la AGN abarcó desde la recepción de fondos hasta su rendición. Allí se observaron demoras entre la aprobación de proyectos y el efectivo envío de fondos, generando alteraciones en compras de alimentos. La rendición de cuentas no fue la excepción, el ente detectó retrasos e irregularidades en ellas. También se detectó una concentración excesiva de fondos en la capital provincial en desmedro de los restantes departamentos.

Con posterioridad a la auditoría ni la provincia de Jujuy ni el Ministerio de Desarrollo Social formularon descargo alguno. Cabe agregar que en el marco del proyecto de investigación se requirió al Ministerio informar cómo había dado seguimiento a estas observaciones, respondiendo este que no se encontraron registros de seguimientos y cursos de acción a lo auditado por la AGN. Lamentablemente, este tipo de respuestas se repitió en varias comunicaciones que los entes

estatales formularon en relación con los pedidos de información cursados por el equipo de investigación.

III.C. Programas de salud

A diferencia del derecho a la educación, nuestra Constitución Nacional no enuncia de forma explícita el derecho de los ciudadanos a la salud. Podemos inferir su existencia de la lectura del artículo 14 bis cuando establece: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable”. En este contexto, la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el año 1994 importó un gran avance en la constitucionalización del derecho en nuestro ordenamiento. Sin embargo, también en la década del 90 nuestro país sufrió reformas en su sistema de salud, originando y perpetuando problemáticas que hoy en día siguen constituyendo un flagelo para la población que debe acudir a sus prestaciones.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales enuncia en su artículo 12 el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, estableciendo luego las obligaciones de los Estados para lograr tal fin, específicamente la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y de servicios médicos en caso de enfermedad. Para intentar elaborar una conclusión acerca de si nuestro país cumple o no con su obligación internacional, es menester efectuar un breve análisis del sistema que organiza el acceso a la salud.

Según el Comité DESC las obligaciones del Estados sobre el disfrute y garantía del derecho a la salud incluye brindar a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.⁵²

Por otra parte, también según dicho Comité, el concepto del *más alto nivel posible de salud*, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, entendiéndose como un derecho al disfrute

⁵² Comité DESC, Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 8. Véase asimismo el párrafo 11.

de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.⁵³

El derecho a la salud –en todas sus formas y niveles– abarca los cuatro estándares de derechos humanos⁵⁴, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado parte:

- *Disponibilidad*: cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.
- *Accesibilidad*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas, a saber: no discriminación (los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos), accesibilidad física (los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en

⁵³ Comité DESC, Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 9.

Desde la adopción de los dos Pactos Internacionales de las Naciones Unidas en 1966, la situación mundial de la salud se ha modificado de manera espectacular, al paso que el concepto de la salud ha experimentado cambios importantes en cuanto a su contenido y alcance. Se están teniendo en cuenta más elementos determinantes de la salud, como la distribución de los recursos y las diferencias basadas en la perspectiva de género. Una definición más amplia de la salud también tiene en cuenta inquietudes de carácter social, como las relacionadas con la violencia o el conflicto armado. Es más, enfermedades anteriormente desconocidas, como el virus de la inmunodeficiencia humana y el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA), y otras enfermedades, como el cáncer, han adquirido mayor difusión, así como el rápido crecimiento de la población mundial, han opuesto nuevos obstáculos al ejercicio del derecho a la salud, lo que ha de tenerse en cuenta al interpretar el artículo 12. (Comité DESC, Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud [artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], párr. 10).

⁵⁴ Comité DESC, Observación General N° 14, *op. cit.*

especial de los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidad y las personas con VIH/SIDA), accesibilidad económica/asequibilidad (los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos y los pagos de dichos servicios deberán basarse en el principio de la equidad a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos) y, por último, el acceso a la información (comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud).

- *Aceptabilidad*: todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, sensibles a los requisitos de género y el ciclo de vida, y deberán ser concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.
- *Calidad*: además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

La Argentina cuenta con una organización en materia de salud compuesta por tres subsistemas que coexisten e intentan garantizar una amplia cobertura para los ciudadanos: el público, el privado y el de la seguridad social, integrado por las obras sociales. Este último, ligado a la relación laboral del beneficiario y a los sindicatos, tiene como modalidad financiera los aportes y contribuciones sobre los salarios. Pero para el caso de las personas que se encuentran desempleadas o en condiciones de informalidad, el sistema prevé la asistencia gratuita. De esta manera, muchas personas en el país dependen del sistema público y, por lo tanto, del Estado para satisfacer sus necesidades de asistencia sanitaria, número que se incrementa en épocas de crisis y de niveles altos de desempleo.

Como ya adelantamos, en la década del 90 se implementaron reformas que importaron el otorgamiento de nuevas competencias en la materia a las provincias, pero sin una revisión previa de la capacidad económica de ellas para sostener las prestaciones y garantizar efectivamente el acceso a la salud. Constitucionalmente cada provincia obtuvo plena autonomía para la organización de su sistema de salud, lo que generó heterogeneidades y complejidades en las prestaciones públicas.⁵⁵

Del mismo modo que en materia alimentaria, en plena crisis social e institucional se dictó el decreto n° 486/2002 que declaró la emergencia sanitaria nacional. Entre los motivos que fundamentaron su dictado podemos encontrar la gravísima coyuntura, los altos niveles de pobreza, y la crisis que afectaba “el mercado de salud”. Casi 20 años después, y tras sucesivas prórrogas legales del decreto, si bien la realidad social ha cambiado, el Estado se sigue valiendo de este estado de emergencia para enmarcar su política sanitaria.

Con posterioridad, la enunciación legal de este derecho constitucional se ha desarrollado ampliamente en las últimas décadas, mediante el dictado de leyes específicas que buscan proteger, prevenir y dar tratamiento a diversas condiciones de salud. Estas normas han creado programas nacionales como el de salud sexual y procreación responsable (ley n° 25.673), planes como el de abordaje de consumos problemáticos (ley n° 26.934), Institutos Nacionales (ley n° 26.534, ley n° 27.177), y se ha avanzado en la discusión de temas vinculados a la bioética y la autonomía de la voluntad (ley n° 26.864). Sin embargo, la efectiva concreción institucional y administrativa ha ido tropezando con los problemas que la organización federal plantea. Este cuadro se agrava aún más si advertimos que los fondos Nacionales destinados a la garantía de este derecho se sub-ejecutan año tras año.⁵⁶

⁵⁵ Abramovich, V. y Pautassi, L., “El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, Salud Colectiva. Buenos Aires, 2008”.

⁵⁶ Centro de Economía Política Argentina (CEPA) “Los efectos de la subejecución en el derecho a la salud” 2017. Disponible en <https://www.centrocepa.com.ar/informes/187-los-efectos-de-la-subejecucion-en-el-derecho-a-la-salud.html>

Enmarcada la situación del sistema de salud argentino, podemos analizar con mejores herramientas las observaciones y recomendaciones realizadas por el GTPSS, las cuales parecen a todas luces preocupantes. En primer lugar, el Grupo advirtió que para el año 2010 el 36 % de la población no estaba cubierta por ningún tipo de servicio, no pudiendo analizar información más reciente por no haber recibido datos sobre la evolución de los últimos años. Para el mismo año, se detectaron bajos niveles de acceso al agua potable y al saneamiento, así como también altas tasas de mortalidad infantil hacia el año 2012. También se remarcó la alta tasa de embarazo no deseado, advirtiendo que el acceso a los métodos anticonceptivos era solo para mujeres que no contaban con obras sociales o prepagas.

Una vez más, se vuelve a repetir el patrón ya sumamente preocupante en la administración pública y que impide realizar un control de efectividad de políticas públicas tendientes a efectivizar DESCAs: las deficiencias en la elaboración de información. Observamos cómo si bien el informe del Grupo fue elaborado en 2018, los datos aportados por el Estado Argentino solo permitieron efectuar un estudio parcial del estado de situación de los DESCAs, y específicamente del derecho a la salud. Es decir, el órgano del sistema internacional de derechos humanos encargado de elaborar informes de progreso de los Estados parte se vio imposibilitado de realizar conclusiones respecto al grado de cumplimiento de la Argentina con los derechos enunciados en el PIDESC.

El principal problema de la salud en la Argentina entonces no parece ser normativo, sino institucional: los órganos encargados de ejecutar políticas públicas tendientes a garantizar pleno acceso a la salud tienen severas deficiencias tanto organizativas como informáticas, máxime considerando el amplio y heterogéneo espectro de sistemas provinciales existentes en la actualidad.

En el relevamiento antes mencionado, se tomaron dos informes de auditorías como muestras para estudiar cómo el Estado Nacional ejecutó programas relativos al fortalecimiento institucional de la salud. Estas fueron sobre el “Proyecto de funciones esenciales de salud pública –FESP II– gestión. Abarcando el período comprendido entre el 01/01/2007 y el 31/12/2010” y el “Proyecto de funciones esenciales de salud pública - FESP II. Abarcando el período comprendido entre el 2011 (inicio) y diciembre de 2015”. Cabe resaltar que la creación de este programa surgió de una iniciativa del Gobierno Nacional junto con los Ministerios de Salud provinciales, reunidos en el Consejo Federal

de Salud (COFESA), con el objeto de desarrollar soluciones federales al problema ya planteado de la heterogeneidad y complejidad del sistema.

Entre los objetivos de este programa de fortalecimiento institucional podemos encontrar la ampliación de cobertura de programas priorizados de salud pública, la reducción de la exposición de la población a los factores de riesgo asociados con enfermedades colectivas, el mejoramiento del rol de rectoría y el ambiente regulador del sistema de Salud Pública Nacional y el mejoramiento de infraestructura. Estos ambiciosos objetivos serían financiados por préstamos del Banco Interamericano de Reconstrucción y Fomento (BIRF), el primero por USD 200 000 000 y el segundo por USD 461 000 000.

Tanto en la primera como en la segunda auditoría, la AGN advirtió distintas falencias que puso de resalto en su informe: en el primer período del programa se señaló la no existencia de registros completos sobre actividades de capacitación, remarcando que el Ministerio solo aportó información de actividades por la mitad de los fondos destinados a tal fin. Por otro lado, se comprobaron impactos desiguales por provincias en el Programa Nacional de Sangre, incumplimientos de sus metas físicas y una vez más, pocos avances respecto a los sistemas de registración y consolidación de datos. Estos problemas en los sistemas de información tuvieron por consecuencia falencias en la coordinación para la recepción de datos: los indicadores no fueron capaces de reflejar el aporte del FESP a cada programa individual.

En la segunda auditoría relevada, el organismo de control no solo volvió a advertir una gran dificultad para el seguimiento de indicadores y escasa claridad en su esquema, sino que también encontró que el nivel de monitoreo de los programas del FESP II había disminuido respecto a la primera edición del proyecto. Más preocupante aún, determinó la existencia de una baja ejecución presupuestaria, con cumplimientos promedio de actividades en todo el país de un 59 %. A esta problemática se le sumó un profundamente desigual cumplimiento de metas y objetivos entre las provincias del país.

Como se aprecia en las observaciones, la AGN detectó importantes falencias que no permitieron realizar análisis conclusivos de la gestión y desarrollo del proyecto financiado por el BIRF. Un factor a considerar, en este punto, es que el FESP no previó un mecanismo para mesurar los propios resultados. Ello aun cuando estuviera destinado al mejoramiento de las capacidades institucionales de programas de acciones en salud pública.

Al momento de realizar los correspondientes descargos a los informes de auditoría, el Ministerio de Salud elaboró una respuesta pormenorizada a las observaciones y recomendaciones formuladas por la AGN: invocó el dinamismo del campo de la salud y su consecuente necesidad de redefinición constante de objetivos, reconoció sub-ejecuciones (aunque por montos distintos a los auditados) y justificó los desiguales resultados por provincias en las competencias a ellas otorgadas por la Constitución. Sin embargo, el órgano de control no consideró que estas respuestas fueran hábiles para modificar el sentido de su informe, por lo tanto mantuvo sus observaciones.

IV. Conclusiones

La medida de la dignidad humana depende de la calidad de los derechos a los que las personas acceden. Desde esta perspectiva, el reconocimiento normativo es un buen inicio, pero cuánto más importante es que la reglamentación de los derechos resulte adecuada para lograr su real consecución.

La República Argentina ha reconocido diversos derechos al compás de las reformas constitucionales. A esa acción le siguen una serie de compromisos internacionales que asumió y cuyo desacato podría acarrear su responsabilidad en la órbita regional y universal.

Los derechos sociales, DESCAs, forman parte del entramado normativo y constitucional de la Nación y por su naturaleza dependen —en gran medida— de las acciones estatales que aseguren su disfrute.

Según los expertos, “los derechos tienen poco que decir sobre las políticas públicas, y que la ambigüedad de las normas que los consagran impide derivar de ellos marcos o guías orientadoras para su formulación. Además, consideran que la pretensión de derivar de los derechos reglas orientadoras o criterios de fiscalización, conlleva el riesgo de atar a las políticas sociales a esquemas rígidos, propios del mundo de lo jurídico, que no permiten responder a las variables coyunturas y obstaculizan la acción pública eficaz”.⁵⁷ Ahora bien, pese

⁵⁷ Abramovich, V. y Pautassi, L. (comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 8.

a ello, las acciones se deben encuadrar dentro de un marco normativo *más o menos* encorsetado. El Estado se obliga a garantizar el contenido mínimo de los derechos, que estará dado de acuerdo con la interpretación que los diversos órganos de control internacional han brindado y luego, a través de políticas públicas está conminado a avanzar en los niveles y alcance de la satisfacción, por aplicación del principio de progresividad y no regresividad.

La Constitución Nacional en su texto actual se destaca no solo por la incorporación del plano internacional a la esfera nacional —a través de la nómina de instrumentos incluidos en el artículo 75, inciso 22— sino por la creación de la Auditoría General de la Nación como órgano de control externo.

De acuerdo con el relevamiento efectuado en el marco de la exhaustiva investigación que en este Proyecto se encaró, pudimos advertir la existencia de distintas políticas adoptadas por el Estado argentino (en este apartado analizamos las referidas a los derechos a la salud, a la alimentación y a la educación). Nos hemos focalizado en el escrutinio realizado a través de los informes de auditoría y a grandes rasgos es posible entrever que el camino por recorrer sigue siendo arduo. “La inquietud por definir las mejores formas para verificar y monitorear el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) no es novedosa, y si bien ha motivado numerosa producción académica, técnica, mandatos de los sistemas de protección internacional de derechos humanos, aún no se ha logrado el suficiente desarrollo, aunque presenta grados de avance diferenciados según regiones”.⁵⁸

En efecto, creemos que un axioma básico del análisis de políticas sociales radica en la consecución de métodos y herramientas que permitan evaluar sus logros (efectos), pero también sus retrocesos. Ello por cuanto la producción de información, es un presupuesto para la vigilancia del grado de efectividad de los derechos

Sobre estas bases, el presente capítulo analiza los informes llevados adelante por la AGN en el período comprendido entre los años 2006-2017 acerca del monitoreo de las políticas públicas en materia de salud,

⁵⁸ Pautassi, L., “La medición de derechos en las políticas sociales”, Compilado por Víctor Abramovich y Laura Pautassi, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2010, Cap. I, p. 1.

alimentación y educación. Los resultados no son alentadores, por cuanto se observa una falencia en materia de producción de datos y elaboración de información acerca de las políticas públicas que tienen como objetivo garantizar DESCAs.

A partir del relevamiento y posterior estudio de las auditorías de la AGN, se advirtieron no solo debilidades en los sistemas de informatización y sub-ejecuciones presupuestarias, sino también falta de definición de metas y objetivos de los programas nacionales. Estas deficiencias dificultan la medición del impacto de las políticas públicas y, en consecuencia de ello, también se obstaculiza la formulación de nuevos abordajes que pudieran resultar a mediano y largo plazo más eficientes para combatir las problemáticas existentes. De esta manera, el monitoreo de los DESCAs además de servir de indicador de cumplimiento de los compromisos internacionales que asumió el Estado, proporciona una base fundamental para la eficiencia de los esfuerzos estatales en la garantía de los derechos.

Similares problemas encontramos en el análisis de las auditorías en materia de alimentación y nutrición. La situación del acceso a la alimentación saludable en el país no es tanto más alentadora que la del derecho a la educación. Se ha observado que, entre los años 2017 y 2018, el país ha sufrido un incremento del déficit alimentario, asistencia alimentaria y protección social.⁵⁹ La ausencia de una política pública integral, ha repercutido en la profundización a lo largo del tiempo de la situación de vulnerabilidad de aquellos que dependen de la asistencia del Estado, los mayores perjudicados son los niños, niñas y adolescentes. Como es sabido, un buen desarrollo nutricional desde la niñez es la base del acceso a las oportunidades entre los niños, niñas y adolescentes

Las auditorías de la AGN nos permitieron advertir que es preciso encontrar mejores mecanismos de monitoreo y fundamentalmente de comunicación y colaboración entre las jurisdicciones, en pos de lograr una mayor homogeneización del derecho a la salud en la totalidad del territorio. Sin lugar a dudas, el contexto de emergencia que la Pandemia

⁵⁹ “Barómetro de la deuda social de la Infancia. Informe de avance 2018. La privación más urgente en la infancia: déficit alimentario y protección social” Observatorio de la Deuda Social Argentina - UCA, 2018.

de Covid-19 generó en el país da cuenta de la necesidad de fortalecer los lazos federales en materia de salud, para así lograr abordajes más eficientes e integrales en defensa de la salud de todos los habitantes del territorio.

En esta nueva década, podemos concluir que ya no resulta suficiente con afirmar la existencia y exigibilidad de los DESCAs. Tampoco basta con mencionar el acceso a los derechos como objeto de políticas públicas formuladas por los Estados. Hoy en día resulta urgente la formulación de metodologías eficaces en el monitoreo de estas políticas, para hacer de los principios de progresividad y no regresividad una realidad. Como ya hemos advertido, el estudio autocrítico de las acciones estatales tendientes a garantizar DESCAs produce un círculo virtuoso en el que las observaciones pueden nutrir la formulación de nuevos abordajes a las problemáticas en derechos humanos.

En ese sentido, la Auditoría General de la Nación es un organismo que puede resultar estratégico en esta tarea. Siendo su composición eminentemente técnica y variada respecto a orientaciones políticas, podría consolidarse como uno de los principales órganos encargados del monitoreo de cumplimiento de DESCAs. Sin lugar a dudas, el desarrollo de la medición y examen de desempeño de la administración pública podría lograr que la Argentina se encontrara un paso más cerca de honrar sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

**A la sombra del fallo “Verbitsky”.
Dos auditorías sobre programas
referidos al sistema penitenciario
federal**

Federico Manuel Gonzalez y Juan José Albornoz

La crítica que solía hacerse al sistema penitenciario, en la primera mitad del siglo XIX [...] indica un postulado que jamás se ha suprimido francamente: es justo que un condenado sufra físicamente más que los otros hombres [...] Se conserva, pues, un fondo “suplicante” en los mecanismos modernos de la justicia criminal...¹

I. Introducción

En el presente trabajo analizaremos el estado de situación del sistema penitenciario federal argentino y su relación con el presupuesto público, a la luz de las observaciones y recomendaciones efectuadas por la Auditoría General de la Nación (en adelante, AGN o “la Auditoría”) en algunos de sus informes que fueron seleccionados a instancias del proyecto de investigación DECyT 1831 intitulado *Un ciclo de control*

¹ Foucault, M., *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, 2da. Edición, 6ta. Reimpresión, traducido por Aurelio Garzón del Camino. Buenos Aires, Siglo XXI 2015, pág. 25.

presupuestario que asegure el examen de responsabilidades que se pudieran detectar a partir de la labor de la AGN.

Para ello, centraremos nuestro desarrollo en cuatro ejes distintos:

En primer lugar, dedicaremos un apartado preliminar al plexo normativo que fija los estándares penitenciarios mínimos que debería asegurar el Estado y que encuentra su fuente en diversos instrumentos de derechos humanos, en la Constitución Nacional, en las Constituciones Provinciales e incluso en la Ley de Ejecución Penal de la Nación.

En el segundo eje repasaremos la jurisprudencia más relevante sobre el tema, para identificar las principales anomalías que motivaron diversas presentaciones judiciales en defensa de los derechos de las personas privadas de su libertad en nuestro país; señalando con especial énfasis al caso “Verbitsky”² como un hito bisagra en la materia, ya que se trató de un litigio estructural que tuvo favorable acogida por nuestro máximo tribunal y que sirvió de puntapié inicial para que las jurisdicciones locales comenzaran a receptar positivamente las acciones de *habeas corpus correctivos* con el objeto de rever las condiciones de detención en la que se encontraban los reclusos.

En esos dos ejes tomaremos como base lo trabajado por María Eugenia Bianchi y Juan José Albornoz en “Las cárceles y el presupuesto. La situación en Estados Unidos de América y la Argentina a la luz de los litigios estructurales” publicado en la revista institucional de la Defensa Pública de la CABA en la edición dedicada a Derechos Humanos y Restricciones Financieras.³

En tercer lugar, nos abocaremos al estudio pormenorizado de dos informes realizados por la AGN extractados de las memorias correspondientes a los años 2011 y 2016 de dicho organismo, sobre la ejecución de programas presupuestarios relacionados al tema que nos convoca: por un lado, el programa N° 16 denominado “Seguridad y rehabilitación del interno” y, por otro, el programa N° 18 llamado “Política e infraestructura penitenciaria”.

² Recurso de hecho en autos “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, sentencia del 3 de mayo de 2005. Ver Fallos 328:1146.

³ *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Año 7, Número 11, junio de 2017.

Finalmente, dedicaremos una sección a la situación carcelaria actual, en la que veremos las cuestiones que aún quedan por resolver y los desafíos que planteó la pandemia del virus COVID-19.

II. Régimen normativo. La protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad en establecimientos carcelarios dentro del ordenamiento argentino

El artículo 18 de la Constitución Nacional, en su parte pertinente, sienta una pauta general⁴ pero de claro contenido prescriptivo al disponer: *las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a modificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.*

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que *tal postulado, contenido en el capítulo concerniente a las declaraciones, derechos y garantías, reconoce una honrosa tradición en nuestro país ya que figura en términos más o menos parecidos en las propuestas constitucionales de los años 1819 y 1824 a más de integrar los principios cardinales que inspiran los primeros intentos legislativos desarrollados por los gobiernos patrios en relación con los derechos humanos. Aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la cláusula tiene contenido operativo. Como tal impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral.*⁵

El constituyente introdujo así una pauta de orientación de la actividad estatal para el funcionamiento del sistema penitenciario, a saber, el principio de *humanidad de la ejecución de las medidas privativas de la libertad* o el *derecho a condiciones carcelarias dignas*, que acarrea consecuencias jurídicas, dado que no constituyen solo un programa a

⁴ Así lo entendió la CSJN en Fallos 327:5658.

⁵ Fallos 318:2002; énfasis añadido.

plazo indefinido o un proyecto, sino que es una exigencia ineludible, operativa, ley fundamental que se convierte en un deber inexcusable y que se suma al conjunto de condiciones jurídicas y materiales para que la privación de libertad pueda considerarse legítima.⁶

Dicha cláusula constitucional es reproducida a lo largo de casi la totalidad de las Constituciones Provinciales las que en su gran mayoría ahondan en detalles, es decir, fijan estándares más específicos que la Constitución Nacional.⁷

Por otro lado, las condiciones de dignidad y habitabilidad con las que deben contar las cárceles, sean estas de detención o cumplimiento de condenas, se extienden a las comisarías en caso que deban alojar transitoriamente a los detenidos.⁸

A este precepto se debe agregar lo establecido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional conforme lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 de nuestra ley fundamental. Entre ellos encontramos la Declaración

⁶ En ese sentido ver la resolución del 20 de abril de 2010 en la causa *Mestrín, María Fernanda; Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus*, Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de la ciudad de Mar del Plata. Para analizar la evolución de las penas ver Foucault, Michel *Vigilar y Castigar, op. cit.*

⁷ La primera aclaración que debemos efectuar es que a excepción de la provincia de Tucumán, las restantes constituciones provinciales dedican al menos una de sus cláusulas a las prisiones; ya sea a su finalidad, a las condiciones que deben cumplir o a las garantías que se deben asegurar a las personas allí alojadas que se encuentran privadas de su libertad. Artículo 30 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, art. 31 de la Constitución de Catamarca; art. 44 de la Constitución de la Pcia. de Córdoba; art. 10 de la Constitución de Corrientes; art. 27 de la Constitución de Chaco, art. 51 de la Constitución de Chubut; arts. 24 y 29 de la Constitución de la provincia de Entre Ríos; art. 18 de la Constitución de Formosa; art., 20 de la Constitución de Jujuy; arts. 14 y 15 de la Constitución de La Pampa; art. 26 de la provincia de La Rioja; arts. 23 y 24 de la Constitución de la Pcia. de Mendoza; art. 15 de la Constitución de Misiones; arts. 70 y 72 de la Constitución de Neuquén; arts. 18 y 23 de la Constitución de Río Negro; art. 21 de la Constitución de Salta, arts. 31 y 39 de la Constitución de la provincia de San Juan, art. 44 de la Constitución de San Luis; art. 28 de la Constitución de Santa Cruz, art. 57 de la Constitución de la provincia de Santiago del Estero y arts. 38 y 39 de la Constitución de Tierra del Fuego.

⁸ En ese sentido ver Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 313.

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en su artículo XXV refiere expresamente que *[t]odo individuo que haya sido privado de su libertad [...] tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad*⁹, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 10 –en su parte pertinente– dice que *[t]oda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*¹⁰ y, por último, la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 5 reconoce el derecho a la integridad personal e incorpora varias previsiones referidas a quienes se encuentran privados de su libertad.¹¹

Debemos tener en cuenta que el incumplimiento de las previsiones antes mencionadas por parte del Estado Argentino podrían dejarlo incurso en responsabilidad internacional.¹²

Sumado a lo anterior, se deben tener en cuenta las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, aunque aquellas carezcan de la misma jerarquía que los tratados de derechos humanos, ya que se han convertido en el estándar de pautas para el tra-

⁹ Asimismo, ver arts. IX, X, XVIII, XXV y XXVI.

¹⁰ Ver también arts. 2, 3, 6.2, 4, 5 y 6, 9, 10, 14, 15.

¹¹ En efecto, el art. 5º dispone: “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

¹² En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en más de una oportunidad respecto a la responsabilidad del Estado argentino en materia de derechos de las personas privadas de su libertad. Para mayor información, ver el cuadernillo de jurisprudencia actualizada al 2020 de la Corte IDH, disponible *online* en:

<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo9.pdf> [fecha de consulta, 24/03/2021].

tamiento de personas privadas de la libertad a nivel internacional y nacional, como lo señaló la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios de sus precedentes que mencionaremos más adelante.¹³

Asimismo, no hemos de soslayar los Principios Básicos elaborados por la Organización de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos^{14,15}, el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión¹⁶, la Regla 13.5 de 1997 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad¹⁷, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)¹⁸, la Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes

¹³ Para un análisis más detallado ver Rivera Beiras, I., “La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria” Volumen I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, 2ª edición actualizada, pp. 135 y ss. A su vez, para profundizar en el análisis de las Reglas para el Tratamiento de los Reclusos, nos remitimos al trabajo de los Dres. Bianchi y Albornoz “Las cárceles y el presupuesto...”, *op. cit.*

¹⁴ Aprobado por la Asamblea General, resolución 45-111 del 14 de diciembre de 1990.

¹⁵ Que disponen que “con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

¹⁶ Principio sexto, Asamblea General Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1998 que prescribe que: “Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o tratos crueles o penas crueles, inhumanas o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificativo para la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

¹⁷ Indica: “No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad”.

¹⁸ Disponen que: “Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria –social, educacional, profesional, psicológica, médica y física– que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano”.

y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes.

Antes de concluir con el análisis del plexo normativo aplicable a la cuestión carcelaria, cabe mencionar la ley 24.660¹⁹ que regula lo atinente a la ejecución de la pena privativa de la libertad en la República Argentina²⁰, ya que esta norma refleja varios de los estándares incluidos en los instrumentos internacionales antes referidos, principalmente los que surgen de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de la ONU, incorporándolos como normativa interna.

Las disposiciones de esta ley resultan aplicables tanto a las personas condenadas como a las procesadas, siempre y cuando –en este último caso– no se contradiga el principio de presunción de inocencia del que gozan y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad.²¹

Su artículo primero, en sintonía con la Constitución Nacional y las constituciones provinciales, establece que la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto.

A su vez, estipula que las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circuns-

¹⁹ Ver texto actualizado en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm> [fecha de consulta: 24/03/2021].

²⁰ El legislador nacional estableció que la Nación y las provincias procederán, dentro del plazo de un año a partir de la vigencia de esa ley, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarse con las disposiciones contenidas en la ley 24.660 (cfme. Art. 228). Estas disposiciones han tenido una favorable acogida en la normativa de la provincia de Buenos Aires, que también reformó su norma penitenciaria, al sancionar la ley 12.256 a través de la cual adecua los estándares en gran parte a las pautas nacionales.

²¹ Ver artículo 11 de la Ley 24.660.

tancia, y que las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado, a la evolución del régimen progresivo y a las disposiciones de la ley (cfme. art. 8 de la ley y que encuentra su correlato en la regla 6.1 de las *reglas mínimas*).

Por otro lado, se incluye como criterio objetivo que los establecimientos destinados a procesados no podrán alojar condenados (cfme. art. 179 en consonancia con las Constituciones de las provincias de Catamarca, Chaco, Entre Ríos, Jujuy, Misiones, Salta, San Juan, Santa Fe, Santiago del Estero y Tierra del Fuego).

En cuanto al régimen penitenciario, refiere que aquel debe asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos. Para ello se deben implementar medidas de prevención, recuperación y rehabilitación de la salud y atender especialmente las condiciones ambientales e higiénicas de los establecimientos (cfme. art. 58).

Respecto al número de internos, la ley regula que cada establecimiento deberá estar preestablecido y no se lo excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento. Todos los locales estarán siempre en buen estado de conservación. Su ventilación, iluminación, calefacción y dimensiones guardarán relación con su destino y los factores climáticos (cfme. art. 59).

En lo relativo al alojamiento nocturno del interno, en lo posible, será individual en los establecimientos cerrados y semiabiertos (cfme. art. 62).

La alimentación del interno estará a cargo de la administración; será adecuada a sus necesidades y sustentada en criterios higiénico-dietéticos (cfme. art. 65).

En lo atinente al trabajo, este constituye un derecho y un deber del interno. Es una de las bases del tratamiento y tiene positiva incidencia en su formación (cfme. art. 106).

También se incorporaron previsiones sobre el derecho a la educación y a la salud (cfme. arts. 133 y 143).

III. La cuestión carcelaria a la luz de la Jurisprudencia. El deber del Estado de garantizar los derechos de las personas privadas de su libertad. Énfasis en los argumentos presupuestarios

Tal como se verá en los párrafos siguientes, la sobreabundancia de normas positivas referidas a los estándares básicos que el Estado

argentino debe proveer a los reclusos no es suficiente *per se* para garantizar efectivamente sus derechos fundamentales. Se requiere de la implementación y ejecución de políticas públicas por parte de las autoridades competentes para concretar en la realidad estos pisos mínimos e infranqueables. Aun así, su existencia no es inocua, ya que coadyuvarán a la tarea de la judicatura que, como veremos a continuación, se ha visto constreñida en más de una oportunidad a velar por su cumplimiento.

En este acápite referiremos sucintamente algunos pronunciamientos jurisprudenciales que, a nuestro entender, resultan de gran importancia para comprender la magnitud de la problemática carcelaria en nuestro país; observando que en algunos casos se trató de litigios de tipo estructural.²²

III.1. Caso “Defensor del Pueblo”²³

El Defensor del Pueblo de la Nación inició una acción de amparo contra la provincia de Río Negro, argumentando que la Cárcel de Encausados de la ciudad de General Roca adolecía de graves anomalías que afectaban derechos reconocidos en los arts. 18 y 23 de la Constitución de la Provincia, 18, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los arts. 5°, incs. 2°, 4°, 5° y 6° del Pacto de San José de Costa Rica, los arts. 7° y 10 del

²² Sobre el particular, Bianchi & Albornoz –con cita de Owen Fiss– refieren: *podríamos definir la noción de litigio estructural o complejo, como aquel proceso jurisdiccional en el cual un juez o Tribunal –frente a la demanda de un individuo o un grupo– confronta a la burocracia estatal en relación con el contenido concreto que cabe asignarle en un determinado tiempo y lugar a un derecho fundamental constitucionalmente garantizado, asumiendo la tarea de reestructurar una determinada organización administrativa para eliminar las amenazas que representan las políticas institucionales vigentes.* Ver Bianchi, M. E. y Albornoz, J. J. en “Notas sobre los litigios estructurales”; revista institucional de la Defensa Pública de la CABA, Año 7, número 11, pág. 323.

²³ Cámara 3ª de Apelaciones en lo Criminal de General Roca, provincia de Río Negro, sentencia del 25 de agosto de 1995, LL 1996-A-747.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ley 23.313) y el art. 16.1 de la Convención Contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Ley 23.338).

Entre las irregularidades que sustentaron la acción se pueden señalar, en lo que atañe al alojamiento: que se encontraban personas procesadas junto con aquellas que poseían sentencia firme; convivían sin discriminación de edades, situación procesal ni clasificación de acuerdo con su adaptabilidad; que algunos internos carecían de la atención médica específica a sus respectivas dolencias; que a excepción de los pabellones destinados al alojamiento de mujeres, los demás pabellones carecían de mantenimiento, como ser: a) falta de iluminación de los pasillos lo que implicaba un grave riesgo para la seguridad de los internos y el personal policial; b) la precariedad de las instalaciones eléctricas de las celdas que se encontraban iluminadas por una lamparita alimentada mediante un cableado externo que pendía del techo.

Las ventanas del establecimiento carecían, en su mayoría, de vidrios y, a fin de atenuar el frío y el viento, las aberturas eran cubiertas por los internos con cartones, telas, goma plumas, papeles, mantas y otros materiales inflamables que por su consistencia bloqueaban el ingreso de luz natural.

Los baños carecían de iluminación, solo prestaban el servicio de agua corriente fría, los sanitarios se encontraban obstruidos y revelaban un estado general de abandono.

En cuanto al equipamiento, cabe señalar que las celdas carecían de colchones, los internos no contaban con provisión periódica de ropa blanca, frazadas u otros elementos similares para paliar las duras condiciones climáticas imperantes en la Ciudad de General Roca durante la temporada invernal.

Lo que era aún más grave era el visible estado de deterioro del muro perimetral, de los corredores y garitas que eran utilizadas por el personal policial de vigilancia.

En general, la infraestructura del establecimiento era lúgubre y presentaba visibles deterioros como resultado de los daños sufridos durante los motines ocurridos en el año 1994.

El tribunal al constatar las pésimas condiciones edilicias del establecimiento concluyó: *sin temor a equívocos, que contrariando la manda constitucional provincial del art. 23, la Alcaldía de esta ciudad, no es sana, ni limpia, ni constituye centro de enseñanza, readaptación y trabajo, ni ayuda a la recuperación integral del detenido. Las deplora-*

bles condiciones anteriormente enunciadas respectos de los pabellones 1, 2, 3 y 4, importa un rigor innecesario que mortifica a quienes allí se encuentran internados.

Asimismo aclaró: no escapa a nuestro conocimiento la crítica situación económica por la que atraviesa el país y la provincia, no lo es menos que la entidad de las normas constitucionales afectadas, imponen seriamente restablecer el servicio conculcado con carácter de urgente.

Debido a ello la Cámara 3ª de Apelaciones en lo Criminal de General Roca ordenó al Gobernador de la Provincia que proveyera a la Cárcel de Encausados –en el término de 30 días–: a) de los medicamentos y materiales necesarios; b) de elementos y artículos de limpieza e higiene personal adecuados a las necesidades de la actual población carcelaria; c) camas, colchones y frazadas.

Asimismo lo instó a reponer, dentro del mismo plazo, los vidrios rotos y faltantes; así como también le otorgó un plazo de seis meses para llevar a cabo las obras y trabajos de reparación de la red cloacal, del sistema eléctrico y del servicio de agua caliente.

Además, ordenó que en el plazo de 1 año dotase a la Alcaldía de la infraestructura material y humana necesarias para albergar en forma separada a menores procesados, de los condenados, como así también para segregar varones y mujeres mayores de edad.

Por último, aclaró que el cronograma antes descrito debía ser estrictamente observado, en tal sentido advirtió: *el cumplimiento de lo ordenado [...] deberá concretarse en los términos indicados, bajo aperebimiento de disponer la libertad de cada uno de los detenidos o su prisión domiciliaria con la debida custodia policial, de acuerdo a la afectación de derechos que se trate y según resulte aconsejable en cada caso.*

III.2. Caso “Badín”²⁴

El litigio se inició como una acción de daños y perjuicios contra el Estado, en la cual los familiares de varios detenidos que fallecieron a raíz de un incendio en la cárcel de Olmos accionaron contra la provincia

²⁴ Fallos 318: 2002.

de Buenos Aires, puesto que era su responsabilidad el mantenimiento del establecimiento en condiciones edilicias propicias para albergar a un número de internos que, según lo alegado, superaba ampliamente su capacidad.

Previo a resolver la cuestión de fondo la Corte señaló: *un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas, proscribiendo toda medida “que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija” (art. 18 de la Constitución Nacional). Tal postulado, contenido en el capítulo concerniente a las declaraciones, derechos y garantías, reconoce una honrosa tradición en nuestro país ya que figura en términos más o menos parecidos en las propuestas constitucionales de los años 1819 y 1824 a más de integrar los principios cardinales que inspiran los primeros intentos legislativos desarrollados por los gobiernos patrios en relación con los derechos humanos. Aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la cláusula tiene contenido operativo. Como tal impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral. La seguridad, como deber primario del Estado, no solo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario” (considerando 3º).*

Por su parte, en el considerando 9º la Corte subrayó que las comprobaciones de la causa *no encuentran justificativo en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las consecuentes excesivas poblaciones penales [...] de la unidad de Olmos y refirió: las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquella (art. 5º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (el destacado es propio).*

A partir de este precedente, podríamos decir que se afianzó la doctrina del Tribunal según la cual una vez que existe un reconocimiento de un derecho fundamental en el plexo normativo interno, el Estado queda compelido a asegurar su vigencia para lo cual, indefectiblemente deberá prever la necesidad de asignar las pertinentes partidas presupuestarias a fin de afrontar los gastos públicos que ello conlleve.²⁵

III.3. Caso “Gallardo”²⁶

La controversia tuvo su origen en una demanda individual, iniciada por un recluso que alegó la seria afectación de su derecho a la salud dadas las precarias condiciones de higiene y salubridad del establecimiento en el cual se encontraba cumpliendo la pena.

Si bien la sentencia emitida por la Corte no se refiere específicamente a la cuestión presupuestaria, esta se encuentra implícitamente abordada, pues existen numerosas referencias a los servicios mínimos que debería prestar el Estado a los reclusos –servicios que evidentemente requieren erogaciones periódicas–, al tiempo que se reitera a las autoridades que las *imposibilidades genéricas o supuestos obstáculos de infraestructura* no los relevan de su estricto cumplimiento.

Asimismo, en la sentencia, el máximo tribunal hizo hincapié en que la conducta del Estado no solo lesiona los derechos constitucionales de sus habitantes, sino que constituye una violación a los compromisos asumidos por la República Argentina con la comunidad internacional.

III.4. Caso “Defensor Oficial”²⁷

En el presente caso el Defensor Oficial ante los Juzgados Federales de la provincia de Jujuy interpuso un habeas corpus por las personas procesadas con prisión preventiva que se encontraban en el Escuadrón 53 de la Gendarmería Argentina y en la Alcaldía Federal de dicha Provincia.

²⁵ En ese sentido, Corti, Horacio, *op. cit.*, pág. 696.

²⁶ Fallos 322:2735.

²⁷ Fallos 327:5658.

Denunció el agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones de detención de sus asistidos, con base en que se encontraban detenidos en instalaciones no adecuadas, donde se veían privados de los derechos y beneficios que acuerda la Ley 24.660.

Fundó su pretensión en que la detención de sus representados se veía agravada por las condiciones de hacinamiento en que se hallaban alojados, en celdas de escasas dimensiones donde se agrupaban hasta cuatro y cinco internos, sin la suficiente ventilación, luz y condiciones de higiene, esparcimiento y alimentación.

No obstante que esta situación de hecho fue acreditada mediante copiosa prueba, tanto el Juez Federal de primera instancia de la provincia de Jujuy, como la Cámara Federal de la provincia de Salta, denegaron la petición del frente actor.

Ante tal resultado, el Defensor Oficial se alzó en recurso extraordinario federal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación haciendo suyos los fundamentos del Procurador Fiscal subrayó que *si bien es cierto que no es tarea de los jueces –y escapa a sus posibilidades reales– resolver por sí mismos las falencias en materia edilicia que determinan la superpoblación carcelaria, sí lo es, velar porque el encarcelamiento se cumpla en forma acorde con los parámetros que establecen las leyes y las normas constitucionales, y ordenar, dado el caso, el cese de los actos u omisiones de la autoridad pública que, medido con arreglo a esas pautas, impliquen agravar ilegítimamente la forma y las condiciones de ejecución de la pena.*

Aclarado ello, pasó revista de las normas que establecen los estándares mínimos que el Estado debe respetar. En primer lugar señaló que el artículo 18 de la Constitución Nacional sienta una pauta general, pero de claro *contenido prescriptivo*.

A ello añadió que la Ley 24.660 dispone que el número de internos de cada establecimiento deberá estar preestablecido y no se lo excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento, asimismo que todos los locales estarán siempre en buen estado de conservación y su ventilación, iluminación, calefacción y dimensiones guardarán relación con su destino y factores climáticos, que los establecimientos deberán disponer de suficientes y adecuadas instalaciones sanitarias y proveerán al interno de los elementos indispensables para su higiene, y que al interno se le proveerá de ropa suficiente para su cama individual, la que será mudada con regularidad.

Indicó, también, que en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos se establece específicamente que los locales destinados a los reclusos y especialmente aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de higiene, habida cuenta el clima, particularmente en lo que concierne al volumen del aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación y que las instalaciones sanitarias deberán ser adecuadas para que cada recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente (cfme. reglas 10 y 12, respectivamente).

Por tales motivos, la Corte concluyó que mantener a un grupo de seres humanos en condiciones de hacinamiento como las descritas, constituye, por sí mismo, un trato degradante contrario a la dignidad humana que se intensifica, todavía más, cuando se combina con las falencias en materia de luz, ventilación, higiene, lugares donde dormir, alimentación y atención médica (contrarios al artículo 9º de la ley 24.660, 18 y 33 de la Constitución Nacional, 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

III.5. Caso “*Verbitsky*”²⁸

Fue iniciado ante el Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires como un *habeas corpus* correctivo y colectivo por el entonces director del Centro de Estudios Legales y Sociales (por sus siglas, CELS), en resguardo de los derechos de las personas privadas de su libertad en dicha jurisdicción. El demandante reclamó por las condiciones de hacinamiento e insalubridad en las que se encontraban los reclusos

²⁸ Fallos 328:1146. A partir de este precedente las jurisdicciones locales han receptado de manera positiva los *habeas corpus* correctivos en distintas ocasiones. Se puede encontrar un seguimiento de la cuestión carcelaria y el sistema penal en:

<https://www.cels.org.ar/web/category/carcelesysistemapenal/> [fecha de consulta: 25/03/2021].

que cumplieran sus condenas en establecimientos penales y comisarías superpoblados.

Luego de transcurrir por todas las instancias locales sin tener una favorable acogida, el caso llegó en queja a la Corte. Los magistrados, por mayoría, hicieron lugar a la pretensión del frente actor y revocaron la sentencia dictada por el máximo tribunal provincial, fijando pautas para solucionar la situación de los detenidos y reclusos de la provincia de Buenos Aires, que involucraron el accionar de los tres poderes de ese Estado.

Conforme lo dispuesto por la CSJN, los autos fueron remitidos a la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, que luego de diversas medidas –y transcurridos casi dos años y medio de ejecución– dictó sentencia el 19 de diciembre de 2007.²⁹

En su resolución, los jueces locales aclararon que *no atañe a [esa] Corte diseñar una política carcelaria provincial o definir los pormenores de su ejecución en orden a su mérito o conveniencia* y que tampoco era su misión *avocarse al tratamiento de asuntos puntuales que están bajo la esfera de conocimiento –y sujetos a la decisión– de los jueces de las instancias inferiores, en uso de la independencia que les confiere la Constitución.*

No obstante ello recalcaron que *la problemática planteada en autos compromete de modo masivo bienes jurídicos altamente sensibles, susceptibles de tutela en el marco del sistema supranacional de protección de derechos humanos y, también, de acarrear la responsabilidad del Estado nacional en caso de lesión o desconocimiento* y que *la complejidad que exhibe [su] objeto, caracterizado por la multiplicidad de detenidos y establecimientos penales y policiales, el carácter crónico y multicausal de la superpoblación carcelaria y de las deficientes condiciones de detención en general, la dilación de los procesos y la convergencia de responsabilidades de varios órganos de los distintos poderes públicos, exige arbitrar medidas que escapan a los moldes del litigio clásico, a fin de asegurar la vigencia de determinados estándares*

²⁹ Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, P. 83.909 – “Verbitsky, Horacio representante del Centro de Estudios Legales y Sociales s/ *Habeas corpus*. Rec. de casación. Rec. extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley”, sentencia del 19 de diciembre de 2007.

mínimos para toda persona alojada en establecimientos policiales y en las cárceles de la Provincia (Art. 18, C.N.) y hacer posible el seguimiento regular de su evolución.

Asimismo subrayaron que el propio Tribunal había *formulado reiterados pedidos a los Poderes Ejecutivo y Legislativo en materia presupuestaria, a los fines de satisfacer necesidades indicadas como prioritarias e imprescindibles para el normal funcionamiento de la justicia, y en lo que aquí interesa, al aseguramiento de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.*

En ese acto la Suprema Corte provincial dio por concluido el trámite regular del hábeas corpus, en lo concerniente a los apartados 3 (según el cual esa Corte, a través de los Jueces competentes, debía hacer cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos) y 7 (en cuanto a la adecuación de las normas relativas a la prisión preventiva y excarcelación) de la sentencia dictada el 3 de mayo de 2005 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Además requirió al Poder Ejecutivo Provincial que en el término de noventa días hábiles presentara un plan operativo integral tendiente a normalizar de modo definitivo las disfuncionalidades edilicias de los lugares de detención y la provisión de servicios elementales.

Asimismo reiteró al Gobernador provincial, al Vicegobernador en su calidad de Presidente del Senado y al Presidente a cargo de la Cámara de Diputados, la exhortación formulada en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para que se adecue la legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.

Según señalan los autores de *la agenda de derechos humanos sin lugar para las personas privadas de libertad en Argentina*³⁰ el 5 de mayo de 2008, en el marco de la ejecución del caso “Verbitsky”, el Gobierno Provincial presentó ante la Suprema Corte el requerido “Plan Edificio y de Servicios” que, básicamente, consistía en un cronograma para la construcción de nuevos penales y para la ampliación de las uni-

³⁰ Borda, R., Kletzel, G., Litvachky, P., Museri, A., Nebbia, J. y Pol, L., “La agenda de derechos humanos sin lugar para las personas privadas de libertad en Argentina” en CELS “Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009”, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2009, pp. 229-279.

dades existentes a fin de generar 4.200 nuevas plazas, propuesta que además de ser criticable en términos políticos, resultaba *prima facie* insuficiente para solucionar la cuestión de fondo porque, aun cuando efectivamente se realizase en tiempo y forma, únicamente serviría para solucionar el hacinamiento respecto de la población carcelaria actual, más no contemplaba la proyección en el futuro incremento de la sobrepoblación carcelaria que en el marco de las actuaciones se estimó en el 20 %.

El programa habría sido elaborado sobre la premisa –errónea– de que la población privada de la libertad se mantendría estable durante el plazo de su ejecución, obviando la tendencia creciente que mostraban los datos colectados.

Asimismo, el programa no tuvo en consideración que a raíz de la restricción del sistema de excarcelaciones, resultaba razonable prever un incremento en el número de reclusos en los años venideros.

El Tribunal criticó además la falta de revisión de la legislación provincial y las prácticas represivas, en tanto expresó: *es sabido que la forma en que se define un problema determina el tipo de acciones que se eligen para solucionarlo. Dado que el gobierno considera que la sobrepoblación carcelaria responde exclusivamente a una cuestión de infraestructura edilicia, su plan se circunscribe a promover la construcción de nuevos establecimientos carcelarios, sin problematizar el nivel de encarcelamiento en la provincia que [...] continúa siendo elevado en relación con la media nacional.*

Por último subrayó que: *otro de los aspectos preocupantes del Plan es que no se utilizan estándares claros para determinar las plazas penitenciarias. Las referencias a pautas objetivas que determinen qué es lo que se considera un cupo penitenciario son más que escasas: se habla de un espacio de 6 m² por detenido, pero solo para los detenidos en pabellones colectivos.*³¹

No podemos dejar de señalar que el 23 de febrero de 2010 ante la denuncia de incumplimiento efectuada por el CELS la CSJN ordenó poner en conocimiento a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires a fin de que tome intervención a la luz del pronunciamiento dictado en diciembre de 2007.

³¹ Ob. *op. cit.* pp. 241 y 242.

III.6. Caso *Gutierrez*³²

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 19 de febrero de 2015, revocó la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal que había dejado sin efecto la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que hizo lugar al habeas corpus correctivo presentado por un condenado que alegó estar sometido a un ilegítimo agravamiento de la condena.

El peticionante denunció que su integridad física y su salud se encontraban amenazadas frente a la imposibilidad de respuesta efectiva en caso de siniestros. Según relató, la demora habitual en el mecanismo de apertura de las puertas del módulo en el cual estaba alojado, impedía la evacuación del edificio frente a eventuales emergencias. Finalmente, adujo que la unidad penitenciaria carecía de un servicio adecuado y seguro para el traslado de internos.

A fin de remediar esa situación, el Juzgado de Instrucción otorgó al Servicio Penitenciario Federal (en adelante, SPF) un plazo de siete días hábiles para que: i) con colaboración de todos los organismos que fuera menester para la mejor evacuación del tema, iniciara tareas de estudio y análisis para estructurar un sistema reglamentado que asegurase la dramática disminución del tiempo de respuesta en las emergencias suscitadas en el pabellón celular 2° del Módulo V de la Unidad n° 2 del SPF –por ser el motivo de la acción, sin perjuicio de la recomendación de que estas se hicieran extensivas al resto de los pabellones– y efectuara una rendición quincenal de los avances que se fueran materializando; ii) con el debido asesoramiento de especialistas en la materia, trabajara sobre el tema de la sujeción de los internos durante los traslados, implementara un sistema que permitiera atender a los diversos perfiles de los internos que son trasladados y; iii) capacitara al personal afectado a los traslados para el correcto abordaje en caso de siniestros que pudieran sufrir los vehículos, debiendo informar periódicamente del resultado de esos avances.

³² “Gutiérrez, Alejandro s/ causa N°11.960”, Recurso de Hecho –CSJ 713/2010 (46-G)–, Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 19 de febrero de 2015.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó el pronunciamiento de primera instancia pero, ulteriormente, ambas sentencias fueron revocadas por la Sala II de la Cámara de Casación Penal que consideró que el alcance de las medidas dispuestas por los jueces intervinientes desnaturalizaban la acción de *habeas corpus*, excediendo sus alcances.

Disconforme con tal criterio, el accionante interpuso recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, agraviándose del restrictivo alcance otorgado a la vía procesal elegida.

La Corte al revocar la sentencia de Casación entendió que ese Tribunal: *soslayó indebidamente que, en casos como el presente, el cese de la situación irregular estructural que ilegítimamente agrava la detención de las personas puede no alcanzarse mediante el mero requerimiento a las autoridades penitenciarias para que se abstengan de realizar una conducta determinada sino que, por el contrario, para poner fin a este estado de cosas, también puede resultar necesario exigir la adopción, por parte “de las autoridades penitenciarias, de conductas positivas de realizar reformas sistémicas. De este modo, el fallo consagra una concepción del alcance de la garantía fundamental del habeas corpus, y de las correlativas facultades judiciales para proveer, en ese marco, un remedio a las situaciones que ilegítimamente agravan las condiciones de detención de las personas, que no se condice con el que le ha otorgado la jurisprudencia de este Tribunal en la materia en cuanto ha sostenido que “es tarea de los jueces, ... velar porque el encarcelamiento se cumpla en forma acorde con los parámetros que establecen las leyes y las normas constitucionales, y ordenar, dado el caso, el cese de los actos u omisiones de la autoridad pública que ... impliquen agravar ilegítimamente la forma y las condiciones de ejecución de la pena” (Fallos: 327:5658, énfasis agregado) y, en consonancia con ello, que “cuando una política es lesiva de derechos ... siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, –6– CSJ 713/2010 (46-G) RECURSO DE HECHO Gutiérrez, Alejandro s/ causa n° 11.960 cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política solo en la medida en que los lesiona” (Fallos: 328:1146, considerando 27 del voto de la mayoría). Por este motivo, el fallo debe ser también descalificado en la medida que, mediando el defecto de motivación antes señalado, se configuró”.*

sin justificación válida, un apartamiento a esta clara jurisprudencia del Tribunal en la materia (arg. Fallos: 329: 4931, entre muchos otros) que generó una indebida restricción al alcance otorgado a la acción de habeas corpus que posee clara raigambre constitucional.

III.7. Acordadas de la CSJN sobre el Centro de Detención Judicial del Tribunal

Además de la jurisprudencia relevada en los puntos que anteceden, entre los que también cabe mencionar los casos “Jóvenes alojados en el Centro de Recepción de Lomas de Zamora” del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires³³ y “Mestrín” de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de la Ciudad de Mar del Plata³⁴ – ambos analizados por Bianchi y Albornoz en su trabajo “Las cárceles y el presupuesto”³⁵–, existen acordadas de la Corte Suprema relativas al Centro de Detención Judicial (Unidad nro. 28), que está emplazado en el Palacio de Justicia en virtud de un convenio aprobado en el año 1981, celebrado entre la propia Corte y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

El denominador común de estos acuerdos es el interés del Tribunal por dar una solución a la práctica del alojamiento de internos por tiempos prolongados en la Unidad 28, que por sus características edilicias resulta inapta a tales fines, ocasionando la vulneración de los derechos de quienes permanecen allí, a veces incluso en condiciones de hacinamiento.

³³ Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, causa 38.517 de autos “Jóvenes alojados en el Centro de Recepción de Lomas de Zamora s/recurso de casación (art. 417 CPP), sentencia del 9 de marzo de 2010

³⁴ Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, causa 14.355 de autos “Mestrín, María Fernanda; Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, sentencia del 20 de abril de 2010.

³⁵ Bianchi y Albornoz, *op. cit.*, pp. 385-387.

Acordada N° 12/12³⁶

El acuerdo se originó a instancias de una presentación realizada por el entonces Procurador Penitenciario de la Nación, quien hizo saber al Tribunal los resultados de un relevamiento efectuado en el precitado centro de detención, por haber constatado la permanencia de los detenidos por períodos mayores 24 horas en condiciones inapropiadas y en infracción la legislación vigente.

A su vez, según refirieron los ministros, la información aportada daba da cuenta de la falta de mantenimiento de las instalaciones y sus preocupantes condiciones de higiene y seguridad; enfatizando que dicho centro no posee la infraestructura acorde para el alojamiento de personas por tiempo prolongado. Sin perjuicio de ello, los magistrados indicaron que la estancia nocturna de los internos era algo que ocurría de manera habitual y no como excepción, debido a la falta de cupo en otros complejos unidades penitenciarias nacionales provinciales, retrasos en los traslados, alojamiento transitorio por razones de seguridad y demoras en las diligencias judiciales.

Por tales motivos, los Jueces acordaron que el traslado de detenidos al Centro de Detención Judicial debía limitarse al máximo, manteniéndose solo en aquellos casos en los cuales la presencia de los internos resultara estrictamente indispensable para la realización de las diligencias ordenadas por los tribunales cuya disposición se encontraran.

A su vez, establecieron que los magistrados debían procurar restringir –en la medida de lo posible– la aplicación de las disposiciones relativas al alojamiento nocturno de internos, con expresa remisión a las acordadas 32/85 y 57/86 y dispusieron que la Subdirección de Seguridad del Tribunal intervenga en la inspección periódica del centro de detención en cuestión.

En esa línea, solicitaron a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional de la Capital que informara acerca del estado en que se encontraba la ex Unidad 22, ubicada en la calle Viamonte 1477

³⁶ CSJN, acordada N° 12/12 del día 3 de julio de 2012. Ver el buscador online de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, disponible en el siguiente enlace: <https://www.csjn.gov.ar/sentencias-acordadas-y-resoluciones/acordadas-de-la-corte-suprema>.

(sede del precitado Tribunal) a los fines de prever la eventual ampliación de la Unidad 28.

Por último, requirieron al Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal que ponga en conocimiento de todo obstáculo que impida cumplir con la obligación de mantenimiento y conservación del lugar, proponiendo medidas para su solución.

Acordada N° 3/13³⁷

Un año después de emitida la Acordada 12/12, los magistrados se reunieron nuevamente, convocados por la alarmante situación del centro de detención del Tribunal.

En esa oportunidad, solicitaron al Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación que arbitrara las medidas necesarias para que –con la mayor urgencia– quedaran liberados los espacios ocupados por las dependencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional de la Capital Federal y, a su vez, disponga la ejecución de las obras de adecuación de la ex-Unidad 22 para su rehabilitación; todo ello, con comunicación periódica al Tribunal de las resoluciones que haya adoptado como consecuencia de lo allí dispuesto.

Finalmente, requirieron al SPF que tomara intervención a los efectos de brindarle al Consejo de la Magistratura el apoyo técnico al respecto.

Acordada N° 33/13³⁸

Debido a que la práctica sistemática de alojamientos prolongados en el Centro de Detención Judicial de la Corte persistía, pese al dictado de las dos acordadas antes referidas, el Procurador Penitenciario Nacional volvió a presentarse ante el Tribunal con el objeto de que se revea la cuestión.

En esa oportunidad, los magistrados señalaron que la razón principal de las estadías prolongadas tenía su origen en la falta de cupo de los establecimientos carcelarios a los que debían ser restituidos los internos, bajo riesgo de poner en peligro su integridad física. En el mismo sentido, enfatizaron que, por lo general, el pernocte por orden judicial ocurría por el tiempo necesario para cumplir una diligencia y

³⁷ CSJN, acordada N° 3/13 del 26 de marzo de 2013.

³⁸ CSJN, Acordada N° 33/13 del 24 de septiembre de 2013.

que la Unidad 28 concentraba a todos los internos que no pernoctaban en otras alcaldías, por lo que todos quedaban allí a la espera de cupo.

Luego, explicaron que el problema no podía ser solucionado por el Tribunal sin la activa participación del Servicio Penitenciario Federal, quien hasta ese momento había guardado silencio respecto de los obstáculos que le impedían cumplir con la obligación de mantenimiento y conservación de las instalaciones, resaltando la situación de vulneración de los derechos de los detenidos que ello conlleva. También refirieron que ni el Consejo de la Magistratura ni el precitado SPF habían adoptado medidas tendientes a rehabilitar la ex Unidad 22.

Sin perjuicio de ello, la Corte dispuso ciertas mejoras edilicias en la unidad con intervención de las autoridades penitenciarias del establecimiento, mediante la adquisición de materiales varios que por ellas le fueron requeridos, lo cual fue aprobado de manera excepcional por los magistrados. Asimismo, según surge del texto del acuerdo, ordenaron la contratación de un nuevo sistema de ventilación.

En virtud de todo lo anterior, los jueces hicieron saber al Director Nacional del SPF que adopte –y comunique al Tribunal– las medidas eficaces fin de evitar el pernocte de internos por más de una noche en el Centro de Detención Judicial Unidad 28– y garantizar las debidas condiciones de detención, a cuyo efecto se le otorgó el plazo de treinta (30) días hábiles, bajo apercibimiento de decretar de oficio las medidas que correspondan.

Ello se puso en conocimiento de las autoridades del Centro de Detención Judicial y de las cámaras y magistrados con competencia en materia penal de la Capital Federal.

Acordada N° 43/16³⁹

Tres años más tarde, la Corte volvió a emitir una acordada relativa al Centro.

En sus considerandos, los ministros refieren a diversas medidas adoptadas como respuesta a las presentaciones que realizara la Procuración Penitenciaria y la Procuración de Violencia Institucional de la Nación, que daban cuenta del “exagerado tiempo” que los deteni-

³⁹ CSJN, Acordada N° 43/16 del 27 de diciembre de 2016.

dos permanecían en la Unidad 28 y de las condiciones de hacinamiento en las que se encontraban.

Luego de ello, expresaron que para resguardar la dignidad humana de quienes eran alojados en el Centro de Detención resultaba necesario insistir en que el poder administrador adoptara *–con la mayor urgencia–* las medidas que permitieran poner fin a la problemática referida.

Por todo lo expuesto, los jueces requirieron al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que tenga bien implementar medidas concretas en el marco de sus competencias para dar solución a la situación de las unidades carcelarias, por tener directo impacto en el Centro de Detención Judicial.

A su vez, convocaron a los funcionarios de la Subsecretaría de Gestión Penitenciaria, dependiente de la Secretaría de Justicia a una mesa de diálogo con el fin de evaluar la adopción de otras medidas que pudieran contribuir a la solución del problema.

Acto seguido, intimaron al SPF para que adopte con urgencia, y comunique al Tribunal, medidas eficaces para evitar el pernocte en el Centro de Detención Judicial; a fin de que garantice las condiciones dignas de detención de las personas allí alojadas transitoriamente, así como la adecuada conservación y mantenimiento de esa unidad y la permanente disponibilidad de móviles para trasladar de inmediato a los encausados, una vez que cumplan la actividad procesal para la que fueron convocados.

Luego, exhortaron a los magistrados con competencia en materia penal de la Capital Federal a que:

a) siempre cuando el acto procesal lo permita en virtud de las normas vigentes, implementen el sistema de videoconferencias para la realización de las audiencias de que se trate;

b) que el traslado de detenidos al Centro de Detención Judicial se limite al máximo, solo para los casos en los cuales la presencia de aquellos sea estrictamente indispensable para la realización de las diligencias ordenadas por los tribunales a cuya disposición se encuentren, precisando en las citaciones judiciales el horario en que se llevaría a cabo el acto respectivo;

c) que restrinjan *–también al máximo–* la aplicación de las disposiciones relativas al alojamiento nocturno de encausados.

Por último, dispusieron que la Subdirección de Seguridad intensifique la inspección en el Centro de Detención Judicial, oportunamente dispuesta por acordada n° 12/12, los fines de informar quincenalmente

al Tribunal sobre las condiciones de detención, el tiempo de permanencia de los detenidos en dicho centro y su estado de conservación.

Acordada N° 8/17⁴⁰

Pese a todas las medidas adoptadas en las acordadas antes mencionadas, los problemas con el Centro de Detención Judicial persistieron.

Ello se desprende del dictado de la Acordada 8/17 en la que los magistrados dispusieron la reubicación de los tribunales con competencia penal ubicados en el Palacio de Justicia y ordenaron la reubicación del Centro de Detención Judicial –unidad 28– en razón de la necesidad de que funcione en un ámbito cercano al aquellos, a fin de no alterar las condiciones de traslado de los detenidos.

En consecuencia, la Corte hizo saber al MJyDH su voluntad de dejar sin efecto la cesión a ese Ministerio del uso del espacio ubicado en la planta baja del referido Palacio. Lo anterior, según el convenio que ambos organismos celebraron y que fue aprobado por resolución del Tribunal de 1981.

Para fundamentar la voluntad de rescindir la cesión del espacio ocupado por el Centro de Detención Judicial, los Ministros señalaron que las circunstancias habían variado sustancialmente desde el momento en que fue formalizado el mencionado convenio y agregaron que a pesar de contar con prácticamente la misma estructura, desde entonces había aumentado exponencialmente la cantidad de detenidos que quedan alojados en esa unidad en condiciones inapropiadas y que la situación tendía a agravarse con el transcurso del tiempo.

Asimismo, explicaron que debido al plan de regeneración urbana llevado a cabo por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en el entorno al Palacio de Justicia, cuyos objetivos son la restricción del tránsito vehicular, el aumento del espacio peatonal, la disminución de las molestias ambientales y la puesta en valor del espacio público, indudablemente dificultaría la circulación de los móviles del SPF por la zona.

En consecuencia, delegaron la superintendencia del Centro de Detención Judicial en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional de la Capital Federal hasta tanto se produjera el efectivo traslado de dicha unidad.

⁴⁰ CSJN, acordada N° 8/17 del 20 de abril de 2017.

Por último, intimaron al SPF a que garantice condiciones dignas de detención a las personas alojadas transitoriamente en el CDJ y la adecuada conservación y mantenimiento de esa unidad, aclarando que ello se hallaba bajo su exclusiva responsabilidad.

III.7.1. Los problemas persistentes del Centro de Detención Judicial

Sin perjuicio de todas las medidas adoptadas por la Corte –referidas en este acápite–, lo cierto es que los jueces del máximo tribunal no lograron poner fin a la alarmante situación del Centro de Detención del Tribunal.

En efecto, la cuestión volvió a estar en tela de juicio en una sentencia del mes de marzo de 2019 dictada por la Cámara Nacional del Crimen⁴¹ en una acción de habeas corpus colectivo, luego que se dispusiera el traslado extraordinario de 100 internos del CDJ al Complejo Penitenciario Federal de la CABA que tampoco tenía capacidad para recibir nuevas incorporaciones, por lo que tuvo que sacrificarse el patio que se utilizaba como gimnasio y lugar de recreación de los reclusos, dando lugar al nuevo “Pabellón 53”.

En su fallo, los camaristas refieren a la paupérrima situación penitenciaria y al estado de emergencia en el que se encuentra el sistema carcelario, producto del aumento sostenido de los internos alojados, con la consecuente sobrepoblación y hacinamiento⁴²; señalando que

⁴¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala 6. expte. 9785/2019. Disponible *online* en el siguiente enlace: <https://ppn.gov.ar/institucional/noticias/2135-cupo-maximo-definitivo-de-la-unidad-28>

⁴² En el considerando V los magistrados refieren que, respecto al año 2015, la población carcelaria sufrió un incremento del 30,2 % y que al 13 de febrero de 2019 se registraban 13.574 personas privadas de su libertad en todo el país. De ellas, 8.472 estaban alojadas en el área metropolitana y el Gran Buenos Aires. En esa misma fecha la Unidad 28 albergaba a 169 detenidos. Asimismo, y según constaba en una acción acumulada al expediente, el 20 de febrero de ese año una de las celdas de esa dependencia –cuya capacidad sería de 8 a 9 personas– era habitada por entre 28 y 36 personas. Por otro lado, de 48 Unidades de Traslado, solo funcionaban adecuadamente 8, utilizadas *para todo el país*.

resultaba evidente *que aun sopesando las deficiencias estructurales y los escasos recursos a los que se enfrenta la institución penitenciaria, desde la judicatura debe instarse al cumplimiento de los estándares que fijan las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos y, en concreto, las Acordadas de la Corte Suprema Justicia de la Nación nro. 12/12; 3/13; 33/13; 43/16 y 8/17.*⁴³

En lo que atañe específicamente a la Unidad 28, explicaron que *En la Alcaldía del Palacio de Justicia los espacios de alojamiento colectivo son de 24 metros cuadrados; se conoce que cada uno de ellos alberga, generalmente, unas 25 personas. Los cálculos son demasiado sencillos y extremadamente alarmantes: menos de un metro por interno y más de cien personas para compartir dos baños. Frente a ello, es claro que la alimentación y atención médica que se dispensa en el lugar resulta insuficiente.*⁴⁴

Por tales motivos, confirmaron parcialmente el pronunciamiento del juez de grado y, entre otras cosas, hicieron saber a la Directora del Centro que:

a) se abstenga de recibir internos de otra jurisdicción.

b) En relación con los internos que estén anotados a disposición de los magistrados de competencia nacional y federal con asiento en la CABA, deberá acompañarse al momento de su ingreso a la Unidad 28 un auto fundado del juez que autorice el pretendido pernocte –siempre que no supere las 24 horas– y aclararon que, bajo ninguna circunstancia, el número total podría superar los 40 internos, hasta que se determine definitivamente el cupo de aquellos que pasarían la noche en la unidad;

c) deberá abstenerse de recibir internos remitidos por fuerzas de seguridad que no sean puestos a disposición de jueces locales y estos hayan dispuesto su ingreso.

A la par de todo lo anterior, ordenaron la realización de un informe técnico que determine el cupo máximo definitivo de la Unidad 28, tanto para alojamiento diario en tránsito como para pernocte e hicieron saber al Sr. Director del Servicio Penitenciario Federal y al Director del Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos

⁴³ Ver considerando V.

⁴⁴ Ver considerando VII.

Aires, que en el término de 180 debían reacondicionar el Pabellón 53 para que reestablezca su función como gimnasio y espacio recreativo.

Por último, y respecto a lo que nos convoca, hicieron saber a los Sres. Ministros de Justicia y Derechos Humanos y del Interior, Obras Públicas y Vivienda que *de manera inmediata afecten las partidas presupuestarias necesarias para poner en marcha las obras que amplíen la capacidad del alojamiento carcelario y los medios de traslado, comunicando mensualmente los avances a esta Cámara para su tratamiento en la Comisión de Cárceles y por su función de superintendencia de la Unidad 28, sobre la que gravitan tales reformas.*

IV. Las cárceles federales auditadas. Informes de la AGN sobre la ejecución de los programas presupuestarios N° 16 y 18 - Proyecto DECyT N° 1831

Siguiendo el trazo de las responsabilidades que el Estado tiene en cuanto al resguardo de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad que son alojadas en establecimientos carcelarios –donde mencionamos obligaciones de hacer por parte de sus tres poderes–, dedicaremos este apartado al análisis de dos informes realizados por la AGN⁴⁵ sobre la ejecución de programas presupuestarios que tienen directa relación con la materia y que fueron relevados en ocasión del ya mencionado Proyecto de Investigación DECyT N° 1831.

Se trata de los Programas N° 16, denominado “seguridad y rehabilitación del interno”, y 18, llamado “política e infraestructura penitenciaria”.

Respecto al primero de ellos, la Unidad Ejecutora es la Dirección General del Régimen Correccional que depende del Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal. Las acciones sustantivas del programa se concentran en el ámbito de la ejecución de la pena privativa y restrictiva de la libertad, que tiene por finalidad lograr que el interno

⁴⁵ Sobre el actuar de la Auditoría General de la Nación en el control externo presupuestario ver Schafrik, Fabiana “La creación de la Auditoría General y su incidencia en el mejoramiento externo del presupuesto”, Buenos Aires, Eudeba, agosto de 2012.

condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social y promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.⁴⁶

En cuanto al Programa 18, tiene por objeto completar y renovar la infraestructura carcelaria y penitenciaria del sistema de Justicia Federal a fin de adecuarla a las demandas exigidas por cada región y a los requerimientos de la legislación local e internacional. En particular, se propone atender las necesidades del Fuero Federal en materia de alojamiento de personas que se encuentran a disposición de la Justicia Penal en el interior del país, en jurisdicciones donde actualmente no existen establecimientos penales o bien los existentes no reúnen las condiciones mínimas necesarias para su funcionamiento.⁴⁷

Su Unidad Ejecutora es la Secretaría de Justicia del MJyDH, que en materia penitenciaria tiene como principal objetivo asistir al Ministro en la administración y funcionamiento del Servicio Penitenciario Federal en la elaboración de la política penitenciaria, en materia de ejecución penal, y en las políticas y programas relativos a la readaptación social. También interviene en la formulación de propuestas para el diseño del plan de construcción de obras penitenciarias, de readecuación de instalación y ampliación de los establecimientos carcelarios federales, en coordinación con las unidades competentes del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda. Finalmente, entiende en la formulación del plan de mantenimiento de instalaciones de

⁴⁶ Respecto a las características del programa, sus metas físicas y actividades específicas para el ejercicio 2013, ver el informe de la Auditoría General de la Nación aprobado por Resolución AGN N° 150/11; pp. 10-14. Disponible online en el siguiente enlace:

<https://www.agn.gob.ar/informes/auditoria-de-gestion-programa-16-seguridad-y-rehabilitacion-del-interno-periodo-010214> [fecha de consulta: 22/03/2021].

⁴⁷ Respecto a las características del programa y sus objetivos para el ejercicio 2008, ver el informe de auditoría aprobado por Resolución AGN N° 150/11, pp. 3-7, disponible *online* en:

<https://www.agn.gob.ar/informes/programa-18-politica-e-infraestructura-penitenciaria> [fecha de consulta: 22/03/2021].

los establecimientos carcelarios y unidades dependientes del Servicio Penitenciario Federal.⁴⁸

IV.1. Auditoría de Gestión en el Ámbito del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos sobre el Programa 18 durante el ejercicio 2008 - Informe aprobado por Resolución AGN N° 150/2011

El objeto de la auditoría fue evaluar la gestión desarrollada por el entonces Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos –a través de la Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios dependiente de la Secretaría de Justicia– con relación al Programa 18 “Política e Infraestructura Penitenciaria” durante el ejercicio 2008.

En primer lugar, el informe menciona el alto porcentaje de subejecución presupuestaria respecto del Programa 18.⁴⁹ Luego, el auditor constató irregularidades en lo que refiere a la organización interna del organismo y respecto a la ejecución de los proyectos en cabeza de la SsAP (Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios); lo que motivó el dictado de varias recomendaciones⁵⁰ y la elaboración de las con-

⁴⁸ Sobre los objetivos y funciones de la Secretaría de Justicia, ver: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/institucional/secretaria-justicia> [fecha de consulta: 22/03/2021]

⁴⁹ Según surge del informe en mención, el crédito inicial asignado al Programa 18 para el año 2008 fue previsto en la suma de \$207.107.292,00 de los cuales \$69.566.000,00 correspondían a proyectos de inversión en obras públicas (33,59 %). Durante el período auditado fueron autorizadas –con relación a dichos proyectos– tres modificaciones presupuestarias por un monto total de \$24.725.000,00 determinando para estos un crédito vigente de \$44.841.000,00 lo que representa una reducción del 35,54 % respecto del crédito inicial. A renglón seguido, el auditor señala que, del relevamiento efectuado surge que durante el año 2008 se devengaron con relación a los mencionados proyectos \$21.713.167,72.-, importe que representa el 48,42 % del crédito vigente al 31 de diciembre de 2008.

⁵⁰ Ver informe de auditoría aprobado por Resolución AGN N° 150/11, *op. cit.*, pp. 20-26.

clusiones que a continuación se transcriben respecto del período en cuestión⁵¹:

a) La SsAP carecía de una estructura orgánica que prevea la apertura de las Unidades Operativas de niveles inferiores. La asignación de tareas al personal era efectuada en base a un esquema de organización informal, de acuerdo con la especialidad técnica de los agentes que la integraban. La misma situación se observó con relación a la organización interna del Programa Nacional de Infraestructura Penitenciaria.

b) Si bien por Resolución MJyDH N° 1.187/06, mediante la cual se creó la Comisión Evaluadora de Obras Públicas, se identifican a los agentes que integran dicha comisión, no se informan las funciones ni las áreas de ese ministerio a las cuales los referidos agentes se encontraban afectados, ni se pudo verificar la existencia de un régimen o reglamento interno de funcionamiento de dicha comisión.

c) La SsAP no contaba con Manuales de Procedimiento aprobados formalmente que describan los circuitos administrativos y técnicos aplicables en el ámbito de la repartición.

d) No se verificó la existencia de un Sistema de Información Gerencial.

e) La falta de integración de su estructura orgánica, la inexistencia de manuales de procedimiento aprobados formalmente, así como la falta de implementación de sistemas de información gerencial determinaron dificultades para evaluar el desarrollo de las actividades a cargo del sector.

f) Inexistencia de un Sistema integrado de Registro y seguimiento de los Proyectos y Obras Penitenciarias que le permita centralizar información y disponer de datos actualizados y confiables sobre el estado de ejecución de las obras a su cargo.

g) Los expedientes originados por modificaciones de obra (entre los que también se incluyen ampliaciones de plazo), eran registrados en el Sistema de Mesa de Entradas de la SsAP con distinta designación numérica al de la obra original, modalidad que dificultó identificar a partir de un dato único a todos los expedientes que formaban parte de aquella.

⁵¹ Ver informe de auditoría aprobado por Resolución AGN N° 150/11, *op. cit.*, pp. 26-28.

En cuanto a la Programación Presupuestaria, refirió:

a) En la Decisión Administrativa de Distribución del Crédito correspondiente al ejercicio 2008 no se efectuó una descripción de las Actividades Específicas a cargo de la SsAP. Dichas actividades se reflejan en forma global, sin identificar o describir las tareas que la integran.

b) No fueron definidas metas físicas, unidades de medida, volúmenes de producción anual o algún otro sistema de medición que permita evaluar el grado de cumplimiento de las Actividades Específicas del Programa.

Finalmente, en lo que atañe a Proyectos de Inversión en Obras Públicas señaló:

a) Sobre el proyecto de Ampliación del Instituto Correccional de Mujeres –Unidad Penitenciaria 3 Ezeiza, provincia de Buenos Aires:

No se adjuntaron constancias de la aprobación del Sr. Ministro respecto al anticipo financiero otorgado a la firma contratista. Tampoco se acompañó la documentación correspondiente a fin de acreditar que la firma contratista haya utilizado el Anticipo Financiero otorgado únicamente para los fines previstos en el Pliego.

Por otro lado, constató imprevisiones del proyecto licitatorio que originaron posteriores modificaciones al contrato y la ejecución de trabajos correspondientes a modificaciones de obra sin contar con aprobación formal de autoridad competente. También advirtió que no se adjuntaron constancias de la efectiva aplicación de multas a la firma contratista por demoras en la ejecución del Plan de Trabajos previsto y la falta de indicación expresa de la fecha de finalización del contrato y de las respectivas ampliaciones del plazo contractual.

Explicó que el criterio utilizado por la Inspección de Obra para efectuar la medición de los desvíos en el avance de las obras respecto al Plan de Certificación Acumulada Mínima no reflejaba el real desfase producido en la ejecución de los trabajos con relación al período objeto de medición.

b) Sobre el proyecto de Ampliación de la Unidad Penitenciaria 31 de Ezeiza:

No se adjuntó constancia de que se haya efectuado el descuento que en concepto de multa fuera oportunamente ordenado por demora en el Plan de Ejecución de los Trabajos.

Observó demoras en el trámite de aprobación de modificaciones de obra y diferencias entre los porcentajes de avance acumulado que

surgían de las Planillas de medición y los informados en los respectivos certificados de obra.

Señaló la falta de indicación expresa de la fecha de finalización del contrato y Ampliaciones del plazo contractual.

Explicó que el criterio utilizado por la Inspección de Obra para efectuar la medición de los desvíos en el avance de las obras respecto al Plan de Certificación Acumulada Mínima no reflejaba el real desfase producido en la ejecución de los trabajos con relación al período objeto de medición.

c) Respecto al Centro Penitenciario Federal del Noroeste –Güemes– provincia de Salta:

Existieron diferencias entre los porcentajes de avance acumulado en las Planillas de Medición y los informados en los correspondientes Certificados de Obra.

También observó diferencias entre el monto de contrato informado en los Certificados de Obra y el importe correspondiente al nuevo monto contractual aprobado en el Acta de la Segunda Redeterminación de Precios.

IV.2. Auditoría en el ámbito del servicio penitenciario Federal referida al programa 16 correspondiente al ejercicio de 2013 - Informe aprobado por Resolución AGN N° 192/16

En este caso, el objetivo de la auditoría fue evaluar la gestión del Servicio Penitenciario Federal durante el ejercicio 2013, a través del cumplimiento del Programa 16 – “Seguridad y Rehabilitación del Interno”.

El auditor refiere que, durante el período en estudio, el Programa contó con una participación del 38,26 % del total de los recursos financieros previstos para el organismo y con la afectación del 84,04 % de los recursos humanos disponibles. Aun así, detectó subejecución presupuestaria. Asimismo, advirtió irregularidades en lo que refiere a la organización interna del organismo, a la seguridad de los internos y del personal afectado al servicio, al cuidado de la salud y traslado de los internos; entre otras cuestiones, sin dejar de mencionar la existencia de copiosos pagos por legítimo abono.

Todo ello motivó el dictado de varias recomendaciones y la elaboración de las siguientes conclusiones para el período en cuestión⁵²:

a) *Aspectos estructurales y normativos*: el auditado no contaba con la aprobación de una estructura organizativa para los agrupamientos inferiores; no había aprobado la totalidad de los reglamentos internos de los establecimientos penitenciarios ni tampoco se habían elaborado los manuales de procedimientos de todas las actividades operativas y administrativas del Servicio Penitenciario. Por otro lado, carecía de la cobertura de una Aseguradora de Riesgos del Trabajo. Finalmente, no se registró en el período el ingreso de personal discapacitado a fin de cumplimentar con las previsiones de la Ley N° 22.431 (y sus modificatorias);

b) *Debilidades del sistema de control interno*: se observó la duplicidad de cargos ejercidos por la misma persona; no se verificó una permanencia mínima en los cargos superiores del Servicio a los efectos de permitir el adecuado desarrollo de la gestión y que esta pueda ser evaluada por sus resultados;

c) *Pagos por legítimo abono y subejecución presupuestaria*: durante el ejercicio 2013 se efectuaron compras y contrataciones por \$ 115.635.172,05 en apartamiento de la normativa de compra prevista por los Decretos N° 1023/01, 893/12 y concordantes; se verificaron subejecuciones sobre los totales de los incisos 2, 3 y 4 en las Actividades 01 – Atención Médico Sanitaria y 03 – Seguridad y Traslado, en tanto que en la Actividad 04 – Alojamiento y Tratamiento aparece una subejecución en el inciso 4;

d) *Situación de los internos*: no surgió la existencia de establecimientos destinados a alojar en forma exclusiva a procesados, a fines de cumplir con lo dispuesto en el artículo 179 y concordantes de la Ley de Ejecución de la Pena N° 24.660⁵³, en cuanto a que los establecimientos destinados a procesados no podrán alejar condenados; no se había implementado el sistema de Legajo Personal Único de Internos ni la digitalización de sus historias clínicas; el monto a reconocer por el alojamiento y atención recíproca de internos de extraña jurisdicción

⁵² Las recomendaciones y conclusiones efectuadas por el Auditor se encuentran en el informe aprobado por la Resolución AGN N° 192/16, *op. cit.*, pp. 83-98.

⁵³ Ver apartado 1 - “Régimen normativo”.

en establecimientos penitenciarios federales y provinciales no se correspondía con el costo real diario por interno; a diciembre de 2013 las distintas jurisdicciones provinciales adeudaban al SPF la suma de \$ 108.740.634,73, producto de los internos condenados o procesados en cada una de ellas que se alojaron en la unidades penitenciarias del auditado;

e) *Seguridad y traslados*: no se contaba con un sistema computarizado de información sobre traslados compatible con los sistemas de monitoreo y control satelital ya implementados por el auditado; la aeronave del SPF no era apta para el traslado de internos y, en caso de continuar con su uso, se debía contar con el seguro correspondiente en forma continua; surgía una elevada tasa de vehículos fuera de servicio, en particular los utilizados para el traslado de los internos;

f) *Dirección de Sanidad*: tanto la Droguería Central como las Farmacias de las Unidades asistenciales del interior del país carecían de la habilitación correspondiente; no se contaba con un sistema informático que asegure la protección de la información, permita el registro de diagnósticos que fundamente la solicitud de compra de medicamentos e insumos médicos, registre la prescripción, compra y consumo de medicamentos y facilite el manejo del stock de medicamentos y otros insumos médicos de la Farmacia del Hospital Central del CPF I; no se recibían los informes que elaboraban los médicos forenses en los casos de “muertes dudosas” ni se cumplieron los objetivos para los que fue construido el Hospital Central del CPF I. También se verificaron demoras en las compras del equipamiento necesario para dicho establecimiento. Por último, refirió que cinco de las treinta y una Direcciones Médicas en Unidades Penales del interior no estaban ocupadas por médicos;

g) *Aspectos judiciales y sumariales*: el auditado no contaba con un sistema de información que le permitiera conocer en forma actualizada y permanente el riesgo por los procesos en su contra, en cuanto a las sumas demandadas y los costos y costas correspondientes; al 5 de noviembre de 2014 el SPF registraba 5431 causas de agentes retirados y 1660 de agentes en actividad, todas ellas por reclamos salariales. No había desarrollado un sistema informático que contemplara el adecuado seguimiento y control de todas las actuaciones sumariales sustanciadas en el organismo ni se cumplió con las previsiones del artículo 7° del Decreto N° 467/99-TO en cuanto a que “en aquellos casos en que los sumarios incluyan a los máximos responsables del SPF su sustancia-

ción corresponde a la Dirección Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas de la Procuración del Tesoro de la Nación”.

h) *Adecuaciones edilicias*: la dispersión edilicia, el deficiente estado funcional de los inmuebles y la insuficiencia de los espacios físicos disponibles para albergar adecuadamente al personal, afectaron el normal desarrollo de las tareas y la interrelación de los distintos sectores del SPF; no se había definido el destino de los inmuebles del SPF que se encontraban fuera de servicio; tanto el Centro de Detención Judicial - Unidad 28⁵⁴ como la ex - Unidad 22 no se encontraban en condiciones para cumplir su cometido; las obras del Proyecto de Reparación Integral de la Cocina Central del Complejo Penitenciario Federal I- Ezeiza se encontraba demorada; y, por último, no se había cumplido con lo establecido judicialmente respecto de la construcción de las plantas de tratamiento de residuos cloacales en los Complejos Penitenciarios Federales de Ezeiza y de Marcos Paz.

V. La situación carcelaria actual. Cuestiones sin resolver y los desafíos que planteó la pandemia del virus COVID-19

Los precedentes jurisprudenciales referidos en el punto III de este trabajo y los informes de la AGN analizados en el punto IV, sobre la ejecución de programas presupuestarios destinados a garantizar los derechos fundamentales de los reclusos alojados en el SPF, dan cuenta de que el deterioro del sistema carcelario argentino es de larga data.

Pese al esfuerzo de los distintos operadores involucrados, las cárceles siguen encontrándose en un estado crítico. Un ejemplo cercano en el tiempo es el ya citado fallo de la Cámara Nacional del Crimen como respuesta al hacinamiento de personas en el Centro de Detención Judicial - Unidad 28.⁵⁵

Sumado a ello, la pandemia del virus COVID-19 también ha generado un impacto que merece ser señalado.

Previendo esta situación, en el mes de marzo del año pasado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió un co-

⁵⁴ Ver apartado 2.7. de este trabajo.

⁵⁵ Ver punto 2.7.1.

municado de prensa en el que urgió a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19.⁵⁶

Un mes más tarde, la Comisión dictó la Resolución N° 1/2020⁵⁷ en la que recomendó a los Gobiernos de los estados miembros la adopción en forma inmediata, urgente y con la debida diligencia, de todas las medidas que sean adecuadas para proteger los derechos a la vida, salud e integridad personal de las personas que se encuentren en sus jurisdicciones frente al riesgo que representa la pandemia; eso, claro está, también incluye a quienes se encuentran privados de su libertad.

En un reciente informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación⁵⁸, el organismo alerta sobre un nuevo récord de personas alojadas en centros de detención no penitenciarios de la Policía de la CABA, la mayoría de las cuales con prisión preventiva e incluso con condena. En cambio, la población encarcelada en el SPF se mantiene estable desde hace más de 6 meses, luego del descenso producido en los primeros dos meses de la pandemia.

Sin perjuicio de ello, la Procuración refiere que para el mes de octubre 2020 se registró el primer aumento relativo de detenidos/as. Frente a ese panorama, el nivel de ocupación general alcanzó el 95 % y algunas unidades continuaron alojando personas por encima de su capacidad oficial declarada.

También expresó que la moderada disminución de la población privada de su libertad en las cárceles federales durante la emergencia sanitaria es el resultado del egreso de las personas pero también de la

⁵⁶ Ver comunicado de prensa en la página web oficial de la OEA, disponible online en:

<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp> [fecha de consulta: 24/03/2021]

⁵⁷ Ver Resolución CIDH N° 1/2020, disponible online en el siguiente enlace: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf> [fecha de consulta, 21/03/2021].

⁵⁸ Ver informe estadístico de febrero 2021 de la PPN “La situación de la población privada de libertad (PPL) ante la emergencia sanitaria por COVID - 19”, disponible online en el siguiente enlace: <https://ppn.gov.ar/index.php/institucional/noticias/2968-covid-19-nuevo-reporte-estadistico-de-la-ppn-7> [fecha de consulta: 23/03/2021].

reducción de los ingresos. En efecto, del informe surge que con fecha 20 de marzo de 2020, la Dirección General de Régimen Correccional del SPF dictó una disposición que prohibía el ingreso de personas al SPF, la cual luego fue modificada, pero ha provocado que muchas personas queden alojadas en comisarías y alcaidías de la Policía de la CABA.

La contracara de esto es la sobrepoblación carcelaria en el ámbito metropolitano. De acuerdo con los datos oficiales de la Policía de la Ciudad, las alcaidías de la CABA se encuentran colmadas desde el inicio de la pandemia, pese a tratarse de espacios para no más de 72 horas de encierro. Por este motivo, comenzó a alojarse a personas en comisarías vecinales, que funcionan bajo su órbita. Tras una denuncia presentada por la PPN, a fines de agosto de 2020, la Justicia Nacional dispuso el traslado a establecimientos del SPF de todas las personas con Coronavirus en alcaidías y comisarías de la Policía de la Ciudad.⁵⁹

Para concluir, la Procuración explica que la cifra oculta del fenómeno no permite conocer sus reales dimensiones, por lo que es muy probable que el encarcelamiento de personas en centros no penitenciarios sea un problema aún más grave que el identificado. Las medidas adoptadas hasta el momento no fueron suficientes para evitar el ingreso y circulación del virus dentro de los espacios de encierro, pero se logró contener el brote iniciado en el mes de mayo de 2020 [...] Desde el comienzo de la pandemia hasta febrero de 2021, hubo contagios al interior de múltiples unidades penitenciarias. Además, se reportaron casos de personas alojadas en centros de detención no penitenciarios.⁶⁰

Por último, hemos de mencionar que recientemente varias organizaciones de la sociedad civil que defienden los derechos humanos se han presentado ante la CIDH solicitando una audiencia pública para expresar su preocupación por la situación de las mujeres privadas de la libertad durante la emergencia sanitaria. Ello, en el entendimiento de que las acciones emprendidas por los Estados de la región frente a la

⁵⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional –Sala 6–, CCC 30739/2020. Disponible online en el siguiente enlace: <https://www.ppn.gov.ar/institucional/noticias/2735-ordenan-el-traslado-inmediato-al-spf-de-detenido-con-covid-19-alojados-en-alcaidias-de-la-caba> [fecha de consulta: 23/03/2021].

⁶⁰ Ver informe estadístico de febrero 2021 de la PPN, *op. cit.*

emergencia fueron diseñadas e implementadas sin una consideración del enfoque de género ni interseccional, lo que ha tenido efectos negativos desproporcionados en mujeres en general y en mujeres LGBTIQ+, indígenas y con discapacidad.⁶¹

VI. Conclusiones

Tal como puede apreciarse del desarrollo efectuado hasta aquí, el sistema carcelario argentino se encuentra sumido en una profunda crisis desde hace años.

Sobrepoblación de reclusos, hacinamiento, falta de recursos mínimos para garantizar su subsistencia y vida digna, son algunos de los problemas que aquejan a quienes se encuentran privados de su libertad dentro de los establecimientos penitenciarios de nuestro país y que evidentemente no han podido encontrar una solución definitiva.

Cualquiera sea la postura dogmática que se adopte al respecto, es indudable que el Estado debe garantizar a estas personas condiciones que aseguren su integridad física y psíquica, propendiendo a su reinserción social; todo lo cual surge del marco protectorio trazado por el derecho nacional e internacional.

Asimismo, la jurisprudencia analizada da cuenta de que ello representa una obligación insoslayable para los poderes públicos y que la mera mención a la insuficiencia de recursos presupuestarios no es suficiente para desligarlos de responsabilidad; so pena de tener que responder ante las instancias judiciales pertinentes, incluso a nivel internacional teniendo en cuenta los compromisos asumidos por el Estado argentino.

Por su parte, los informes que realiza la AGN en sus tareas de control externo representan un insumo de gran valor para la defensa de estos derechos, en tanto brindan una imagen detallada de la ejecución

⁶¹ Ver CELS, “COVID-19: las políticas penitenciarias no toman en cuenta a las mujeres en Latinoamérica”. Disponible *online* en: <https://www.cels.org.ar/web/2021/03/covid-19-las-medidas-de-los-sistemas-penitenciarios-no-toman-en-cuenta-a-las-mujeres-en-latinoamerica/> [fecha de consulta: 23/03/2021].

de programas presupuestarios creados a tales fines y para planificar futuras políticas públicas atento a que a juzgar por los resultados las actuales no han sido eficaces ni eficientes.

Finalmente, se resalta la actuación de la Procuración Penitenciaria de la Nación y de las distintas Organizaciones de la Sociedad Civil.

**El transporte aéreo en la mira.
Irregularidades detectadas por la
AGN entre los años 2006 a 2017:
Aerolíneas Argentinas**

M. Belén Castagnini, M. Florencia Fontana,
Anabella V. M. Viscelli y M. Emilia Yaryura Tobías

I. Introducción

El presente documento tiene como objetivo examinar, a partir de una serie de investigaciones cursadas en el marco del proyecto Decyt 2018-2020 *Un ciclo de control presupuestario que asegure el examen de responsabilidades que se pudieran detectar a partir de la labor de la AGN*¹, el sistema de control del sector público nacional que recoge actualmente nuestro ordenamiento jurídico, desplegado en torno a un caso concreto, el caso “Aerolíneas Argentinas”.

Este sistema, protagonizado principalmente por la Auditoría General de la Nación y sus productos de control, cuya difusión pública ha sido de suma trascendencia para la confección del presente trabajo², se

¹ Decyt 2018-2020 “*Un ciclo de control presupuestario que asegure el examen de responsabilidades que se pudieran detectar a partir de la labor de la AGN*” (Código DCT1831) a cargo de la Dra. Fabiana H. Schafrik (aprobado mediante Resolución n° 582/18 del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en fecha 28 de septiembre de 2018).

² Al respecto, cabe recordar que hasta el año 2002, la AGN no daba a conocer públicamente sus informes. De esta manera, existía un gran sector de la po-

completa con la labor de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración, la Sindicatura General de la Nación, la Jefatura de Gabinete de Ministros y demás órganos encargados de ejecutar el control sobre las entidades y jurisdicciones al interior del sector público nacional.

El recordado ex presidente del Colegio de Auditores, Leandro Despouy, solía decir que la Auditoría General de la Nación examina las entrañas de la Argentina para devolvernos una suerte de radiografía del estado de salud de nuestro sector público nacional.³ Sin duda alguna, su creación en el año 1992 trajo consigo un cambio paradigmático en materia de control público.

En efecto, su constitución y designación como órgano rector del control externo del sector público nacional, a partir de la sanción de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 (en adelante, LAF), implicó el paso de un modelo italiano de control liderado por el ex Tribunal de Cuentas, a otro inspirado en el modelo anglosajón.

El panorama descrito significó una profunda transformación en cuanto al alcance y funcionamiento del sistema de control externo del sector público nacional, el que, a partir de entonces, será posterior y se encontrará escindido de una ulterior función jurisdiccional por responsabilidad canalizada por el propio órgano controlante.

Precisamente, la Auditoría realizará periódicamente informes en lo que respecta a la ejecución del presupuesto nacional, y será luego, por ejemplo, la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración, el Ministerio Público de la Nación, a través de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas y la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos los que lleven a cabo las acciones de responsabilidad en caso de que fueran pertinentes. Tal

blación que permanecía ajeno a los resultados y recomendaciones que efectuaba el citado organismo, desalentando la transparencia en la ejecución de los recursos públicos (Despouy, L., *La Argentina auditada, el Estado Nacional bajo la lupa del presidente de la Auditoría General de la Nación*, Buenos Aires, Sudamericana, 2015).

³ Despouy, L., *La Argentina auditada, el Estado Nacional bajo la lupa del presidente de la Auditoría General de la Nación*, Buenos Aires, Sudamericana, 2015, pág. 8.

como la describe la Dra. Fabiana H. Schafrik, *su actividad es el insumo para la intervención posterior de los organismos destinados a hacer efectiva la responsabilidad y proteger a la comunidad en su acción.*⁴

Finalmente, cabe precisar que la reforma constitucional de 1994, consagró a la AGN como órgano de asistencia técnica del Congreso garantizando su independencia y autonomía funcional y dotándolo de jerarquía constitucional (art. 85 CN); adquiere con ello las atribuciones propias de las entidades de fiscalización superior, consolidando su rol de control tanto en la esfera nacional como en el ámbito internacional.⁵

Tal como se expone, este trabajo buscará analizar las bondades y defectos de este nuevo paradigma de control aplicado a un caso concreto; examinaremos su suficiencia respecto del caso “Aerolíneas Argentinas” y la labor desarrollada por la AGN, principalmente a partir de 2008 en que se procedió a su estatización, interviniendo luego en el control de su constitución como sociedad anónima con participación estatal mayoritaria en el año 2009; ello, hasta el año 2017, fecha de corte propuesta en el presente ensayo.

Previo lo cual, haremos una breve descripción del contexto histórico de la aerolínea que transcurría a la fecha de los informes analizados; haciendo hincapié en los embates que se sucedieron en torno a la determinación de su naturaleza jurídica y las normas aplicables.

II. Aerolíneas argentinas: recorrido histórico

II. 1. Desde su creación hasta su privatización

Aerolíneas Argentinas (en adelante, “A.A.”) se creó el 7 de diciembre de 1950 a través del decreto 26.099 dictado durante la presidencia de

⁴ Schafrik, F. H., “La Auditoría General de la Nación en la Constitución Nacional”, en Director: Doctor Horacio Corti, *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*, tomo II, Bs. As., Abeledo Perrot, p. 1033-1061.

⁵ Despouy, L., *La Argentina auditada, el Estado Nacional bajo la lupa del presidente de la Auditoría General de la Nación*, Buenos Aires, Sudamericana, 2015, pág. 8.

Juan Domingo Perón, como resultado de la fusión de las aerolíneas Alfa, Zonda, Fama y Aeroposta. Años más tarde, el 8 de abril de 1979, Aerolíneas Argentinas se transformó en Sociedad del Estado a través del Decreto N° 808 del Poder Ejecutivo.⁶

Ingresando a la década de los '90, A.A empezó a sufrir grandes modificaciones en su estructura, fruto de la reforma del Estado impulsada durante la presidencia de Carlos Saúl Menem. La Ley 23.696 declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, incluyendo a las sociedades del Estado y, entre ellas, Aerolíneas Argentinas.

Dicha norma facultó al Poder Ejecutivo a proceder a la privatización total o parcial, a la concesión total o parcial de servicios, prestaciones a obras, o a la liquidación de las empresas y sociedades.

Así, a través del decreto N°1591/89, se dispuso la privatización parcial –con participación no estatal mayoritaria– de Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado. Esta comprendería los derechos sobre la totalidad del capital social de la Empresa Operadora Mayorista de Servicios Turísticos Sociedad del Estado y la participación sobre el cincuenta y cinco por ciento (55 %) del capital social de Buenos Aires Catering Sociedad Anónima, ordenando el cambio de tipo societario de Sociedad del Estado a la futura sociedad anónima “*Aerolíneas Argentinas SA*”.

Con posterioridad, a través del Decreto N°1354/90, se adjudicó al Consorcio integrado por “Iberia Líneas Aéreas de España S.A. - Florencio Aldrey Iglesias - Leandro José Bonansea - Alfredo Carlos Pott - Luis Zanón - Devi Construcciones SA - Cielos del Sur S.A.”, el objeto de la licitación pública internacional convocada. Seguidamente, a través del decreto N° 2438/90, se aprobó el contrato de transferencia de acciones y se transfirió a Aerolíneas Argentinas S.A. la totalidad de las concesiones, permisos, autorizaciones y demás licencias.

⁶ Para obtener información completa de toda la normativa regulatoria de Aerolíneas Argentinas, las autoras recomendamos la consulta de la página web <http://mepriv.mecon.gov.ar/aerolineas/Index.htm> (consultada en fecha 10/02/2021).

En el año 1994, las acciones de Aerolíneas Argentinas S.A. pasaron a la Sociedad Española de Participaciones Industriales (SEPI), ente público de participaciones industriales del Estado español. Durante esta etapa Aerolíneas Argentinas S.A. unió sus operaciones con la línea aérea de cabotaje argentina Austral Líneas Aéreas.

De seguida, tras registrarse un récord histórico de más de 9 millones de pasajeros transportados y 183.000 vuelos registrados en 1999, Aerolíneas Argentinas S. A. sufrió una gran caída fruto del contexto país en los años 2000 y 2001, y el temor social respecto a la seguridad de los aviones, entre otras variables, por el atentado a las Torres Gemelas de Estado Unidos. Así, el 22 de junio de 2001, A.A.S.A. se presentó en concurso preventivo de acreedores y en octubre de ese año, la gestión de la empresa incrementó la participación de accionistas españoles, lo que desencadenó que A.A.S.A pasara a estar en manos del “Grupo Marsans”.

El año siguiente el Poder Ejecutivo estableció, mediante el decreto N°1654/2002, el “Estado de Emergencia del Transporte Aero comercial”.

Respecto de ese período el ex Auditor General Leandro Despouy, señaló que (...) *inicialmente se trató de una intervención “suave” que implicó la absorción de personal o el otorgamiento de subsidios a compañías privadas de transporte de cabotaje al borde de la quiebra (LAPA, Dinar, Southern Winds). Estas operaciones generaron elevadas erogaciones sin resultado aparentemente, lo que condujo a una intervención más “fuerte” por parte del Estado que culminó en 2008 con la ley de rescate de Aerolíneas Argentinas y Austral Líneas Aéreas-Cielos del Sur S.A. y con su posterior estatización.*⁷

A finales de este período, se pondría en marcha el plan de estatización, cuyo detalle analizamos a continuación.

⁷ Despouy, L., *El transporte aerocomercial, sin hoja de ruta*, en “La Argentina auditada, el Estado Nacional bajo la lupa del presidente de la Auditoría General de la Nación”, Buenos Aires, Sudamericana, 2015, pp. 235-263.

II. 2. El rescate de acciones y la reestatización de Aerolíneas Argentinas

El 17 de julio de 2008 se firmó un acta de acuerdo entre la Secretaría de Transporte (ST) e Interinvest S.A., propietaria de las acciones, en la cual Interinvest S.A. manifestó su voluntad de vender la totalidad de las acciones y, el Estado nacional, su voluntad de comprar la totalidad de las acciones atento su obligación de garantizar el servicio de aerotransporte.

En ese mismo año, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.412, ordenando que el Estado nacional procediera al rescate de las empresas Aerolíneas Argentinas S.A. y Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur S.A. y de sus empresas controladas (Optar S.A. – operadora mayorista de turismo–, Jet Paq S.A. –correo aéreo y transporte de cargas–, Aerohandling S.A. – servicios de rampa y atención de naves y pasajeros en tierra–) por compra de sus acciones societarias.

Asimismo, determinó que las valuaciones de las empresas las realizaría el Tribunal de Tasaciones de la Nación y facultó al Poder Ejecutivo para instrumentar las modificaciones presupuestarias necesarias a los fines de cubrir las necesidades financieras derivadas de los déficits operativos de las empresas hasta el 31 de diciembre de 2008.

Finalmente, a través de la Ley 26.466 se declararon de utilidad pública y sujetas a expropiación, las citadas empresas con excepción de aquellas acciones que ya pertenecían al Estado nacional.

III. Naturaleza jurídica de Aerolíneas Argentinas: dictamen de la Procuración Nacional del Tesoro

A partir de una divergencia de criterios entre diferentes Servicios Jurídicos, se consultó a la Procuración la naturaleza jurídica de Aerolíneas Argentinas S.A., Austral Líneas Aéreas – Cielos del Sur S.A. y sus controladas (en adelante, el Grupo Aerolíneas) y, en consecuencia, si resultaba alcanzada o no por el régimen de control dispuesto por la LAF.⁸

⁸ Dictamen N° IF-2017-07159004-APN-PTN. 24 de abril de 2017. Expte.

Ello así por cuanto, la Gerencia de Área de Asuntos Jurídicos y Regulatorios del Grupo Aerolíneas sostenía que el Grupo Aerolíneas se regía por las normas y principios del Derecho Privado, y por ende, argumentaba que no le eran aplicables legislación o normativa administrativa alguna que reglamente la administración, gestión y/o control de las empresas o entidades en las que el Estado nacional o los estados provinciales tengan participación (conf. art. 17 Ley 27.198 y Capítulo II, Sección V de la Ley N.º 19.550).

En esta línea, señaló que la adquisición por parte del Estado Nacional de una participación mayoritaria en el capital de una sociedad comercial no altera su naturaleza jurídica y por ende no genera una transformación de un ente privado a uno público. Explicó que, aunque forme parte del Sector Público Nacional, no es un órgano centralizado, ni descentralizado, ni una entidad autárquica, ni una empresa del Estado, por lo cual no está sujeta al control jerárquico o de tutela de parte del Estado nacional. En este sentido, concluyó, en lo que aquí interesa, que se encontraba regido exclusivamente por normas de Derecho Privado y se hallaba excluido de los controles internos y externos de la Sindicatura General de la Nación y de la Auditoría General de la Nación.

Por otro lado, la Sindicatura General de la Nación indicó que la tipificación societaria de las empresas del Grupo Aerolíneas, como sociedades anónimas previstas en la Ley N.º 19.550, no impedía su inclusión en el citado artículo 8.º, inciso b) de la LAF, por cuanto esta norma comprendía a aquellas organizaciones empresariales en las que el Estado tiene la mayoría del capital, tal como sucede en la especie. Asimismo, puso de resalto que como consecuencia de integrar el Sector Público Nacional, el Estado nacional ha transferido y continúa transfiriendo fondos a las empresas del Grupo Aerolíneas y destacó que, no solo las empresas del Grupo administran fondos públicos, sino que también deben garantizar el servicio público de transporte aerocomercial de pasajeros, correo y carga (Ley N.º 26.412, B.O. 22-09-08).

Por ello el 24 de abril de 2017 –en el marco del expediente n.º 1703/16-SG-CDMEyS–, el Procurador destacó que en el caso particu-

PTN N.º 1703/16-SG-CDMEyS. Sindicatura General de la Nación (Dictámenes 301:49).

lar de las sociedades anónimas de propiedad estatal resulta claro que la elección de esa forma societaria supondría la decisión de que estas personas jurídicas sean reguladas por el derecho privado. Sin embargo, agregó que la decisión de someter estas sociedades al derecho privado no permite prescindir completamente de los principios del derecho constitucional. Ello es así –sostuvo– porque existen razones derivadas de la Norma Fundamental que impiden asimilarlas completamente a las personas jurídicas privadas.

En efecto, entendió que no debe perderse de vista que la decisión de utilizar una figura del derecho privado –como lo son las sociedades anónimas– no era un fin en sí mismo, sino simplemente un vehículo por el que el Estado ha optado para la mejor consecución de cometidos de interés general. Agregó que la decisión sobre la forma societaria a adoptar obedecía a una política legislativa, pero que no obstante, ello no podía conducir a un rechazo dogmático de toda nota de Derecho Público.

Ello por cuanto, entendió que la afectación de recursos públicos marca una diferencia central entre las sociedades anónimas de propiedad estatal y las firmas privadas, aun cuando desarrollen actividades análogas bajo la misma figura jurídica.

Precisamente, respecto de las segundas, sugirió que si bien, también es factible que en su giro se encuentre involucrado el interés general y que el Estado lo resguarde, por caso, mediante una regulación y fiscalización intensa de su gestión, lo cierto es que en el supuesto de las sociedades anónimas con participación estatal, la circunstancia de requerir propiedad estatal y, particularmente, el uso de fondos públicos, comporta una serie de consecuencias adicionales.

Con respecto a la facultad de control, el Procurador señaló que se trataba de una concepción amplia del control al que no solo estaban sujetos los órganos y entes estatales, sino también quienes ostentando formas jurídicas de naturaleza privada percibían, custodiaban, administraban o disponían de bienes y fondos públicos. En este sentido, resaltó que el art. 85 de la Constitución Nacional establecía que la Auditoría General de la Nación tiene a su cargo (...) *el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue* y remarcó que la Norma Fundamental establece una instancia insoslayable de control externo.

Por otro lado, observó que a la par del deber de control, se encontraba en juego la debida observancia a los principios de publicidad, transparencia y el acceso a la información.

En este aspecto, hizo hincapié en que la Ley de Acceso a la Información Pública (N° 27.275) comprendía entre los sujetos obligados a las empresas y sociedades del Estado, incluidas todas *las organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias* y también estaban alcanzadas aquellas entidades privadas que hayan recibido fondos públicos, respecto de la información producida o relacionada con esos recursos (art. 7° incs. g y j).

En el dictamen se remarcó la importancia de los principios de eficacia y eficiencia en la utilización de recursos públicos.

Allí se sostuvo que toda vez que los recursos públicos son por definición escasos, y que su asignación a estas sociedades responde a objetivos de interés general, resultaba preciso velar por la consecución de los resultados a los que se aspira al menor costo posible. Añadió que la adecuada administración de los recursos públicos permitía, de esta manera, cumplir los diversos cometidos—en especial, la satisfacción de derechos— que el Estado tiene a su cargo.

En este punto, recordó asimismo que la LAF, al regular el control externo del sector público nacional, dispone que la Auditoría General de la Nación, para el desempeño de sus funciones, podrá formular los criterios de control y auditoría y establecer las normas de auditoría externa, a ser utilizadas por la entidad. Tales criterios y las normas derivadas, deberían atender un modelo de control y auditoría externa integrada que abarque los aspectos financieros, de legalidad y de economía, de eficiencia y eficacia (art. 119 inc. d).

De esta forma concluyó en que para el caso en particular de Grupo Aerolíneas, resultaba insostenible, desde una perspectiva constitucional, interpretar que estas empresas se encuentran exentas de fiscalización.

En efecto, entendió que difícilmente podía postularse la improcedencia de las normas de control cuando el segundo párrafo del artículo preveía una instancia de revisión de cuentas ante la Secretaría de Transporte, con intervención de la Auditoría General de la Nación.

Por otra parte, destacó que el art. 17 de la Ley N.º 27.198 era una disposición contenida en una Ley de Presupuesto para un período ya concluido. Así pues, indicó que el art. 17 de la Ley de Presupuesto para

el año 2017 suprimió el tercer párrafo que refería sobre la exclusión de la normativa administrativa. En efecto, resaltaron que la nueva disposición ordena que la Auditoría General fiscalizará, evaluará y emitirá dictamen sobre las rendiciones de cuentas de los fondos transferidos (art. 17 *in fine*, Ley N.º 27.341).

En consecuencia, dictaminó que el Grupo Aerolíneas se encuentra alcanzado tanto por el control de la Sindicatura General de la Nación como por la Auditoría General de la Nación.

IV. Intervención de la Auditoría General de la Nación como órgano de control

Llegados a este punto, cabe recordar que el art. 3 de la Ley 26.466 –mediante la cual se declararon de utilidad pública y sujetas a expropiación el Grupo Aerolíneas– dispuso que, a fin de garantizar la prestación de los servicios, su ampliación y mejoramiento, el Poder Ejecutivo Nacional instrumentaría los mecanismos necesarios para cubrir las necesidades financieras derivadas de las empresas mencionadas.

La mencionada asistencia financiera fue volcada por primera vez, en el artículo 26 de la Ley de Presupuesto de la Administración Nacional para el Ejercicio 2009 N.º 26.422 (B.O. 21-11-08) y fue prorrogada en las sucesivas leyes de presupuesto: Ley N.º 26.546 (B.O. 27-11-09) -para el ejercicio 2010- (v. art. 22); Decreto N.º 2054/10 (B.O. 29-12-10) -para el ejercicio 2011-; Ley N.º 26.728 (B.O. 28-8-11) -para el ejercicio 2012- (v. art. 18); Ley N.º 26.784 (B.O. 5-11-12) -para el ejercicio 2013- (v. art. 17); Ley N.º 26.895 (B.O. 22-10-13) -para el ejercicio 2014- (v. art. 17); Ley N.º 27.008 (B.O. 18-11-14) -para el ejercicio 2015 (v. art. 17); Ley N.º 27.198 -para el ejercicio 2016- (v. art. 17) y Ley N.º 27.341 –ejercicio 2017– (v. art. 17).

En lo que aquí interesa, el art. 17 de la Ley 27.198 referida *ut supra*, además de prorrogar el financiamiento, incorporó un segundo y tercer párrafo, ausente en las legislaciones anteriores que decía: (...) *El monto de las asistencias a realizarse deberá considerarse, como transferencias corrientes y de capital según corresponda, con obligación de rendir cuentas de su aplicación a la Secretaría de Transporte dependiente del Ministerio del Interior y Transporte de la Nación. La Auditoría General de la Nación efectuará las certificaciones sobre las rendiciones de cuentas de los fondos transferidos.*

Las empresas comprendidas en el presente artículo se rigen por las normas y principios de derecho privado, y en particular en cuanto a su naturaleza, por los términos del capítulo II, sección V, de la ley 19.550, no siéndoles aplicables legislación o normativa administrativa alguna que reglamente la administración, gestión y/o control de las empresas o entidades en las que el Estado nacional o los Estados provinciales tengan participación (el destacado nos pertenece).

Ahora bien, en la práctica ello no fue impedimento para que la AGN emita informes y lleve a cabo su función de control, tal como se verá en los próximos apartados.

IV. 1. Informes relevantes y un control posterior que garantice la responsabilidad

A continuación, pasamos a repasar los principales informes elaborados por la Auditoría General de la Nación en cumplimiento de sus funciones de control respecto de Aerolíneas Argentinas, empresa estatal encargada de proveer el servicio de utilidad pública de transporte interjurisdiccional de pasajeros. Durante el desarrollo del referido trabajo de investigación, hemos considerado relevantes cuatro resoluciones dictadas por la AGN durante los años 2006 a 2017 inclusive, en relación con líneas aéreas, las cuales nos adentramos a analizar.

IV. 1. 1. Res. 181/08: “Informe de avance de la auditoría especial en Aerolíneas Argentinas SA (Ar) y en Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur SA (Au), al 10- 11-08” y Res. 215/08 “Informe Especial”, del 5/12/2008

Cabe referir en primer término que la Ley 26.412, que dispuso el rescate de las empresas Aerolíneas Argentinas S.A. y Austral Líneas Aéreas – Cielos del Sur S.A. y de sus empresas controladas por compra de sus acciones societarias, estableció expresamente la intervención de la Auditoría General de la Nación.

En ese sentido, el artículo 8 de la referida norma dispuso: *Para garantizar la transparencia de los procedimientos de manera de facilitar el análisis, la evaluación y el control de la correcta instrumentación de la presente ley deberá requerirse a tal efecto la intervención de la*

Auditoría General de la Nación y solicitarse informes a cualquier otro organismo dependiente del Estado nacional.

El informe especial N° 215/08 publicado el 5 de diciembre de 2008, se llevó a cabo en el marco del Plan de Trabajo aprobado por la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, en cumplimiento de las prescripciones de la citada ley.

Dentro de los objetivos de revisión de la auditoría especial se encontraba analizar: a) los criterios contables y consistencia de los estados contables de Aerolíneas Argentinas y Austral al 31/12/07; b) Estados Contables de Corte de Aerolíneas Argentinas y Austral al 17/07/08; c) Aportes del Estado nacional y sus aplicaciones financieras.

Con anterioridad a la publicación de dicho informe, el 10 de noviembre de 2008 se dictó la Resolución n° 181/08, la cual reflejó el avance de la auditoría especial. Si bien la AGN no emitió opiniones o conclusiones definitivas, efectuó ciertas consideraciones, las cuales fueron finalmente sostenidas y desarrolladas por completo en el informe especial n° 215/08.

Entre los resultados finales obtenidos por la AGN, respecto a la situación empresarial se detalló que las Sociedades incrementaron sus pérdidas acumuladas, generando dificultades financieras que impactaron sobre su estructura patrimonial. Así, al 17 de julio de 2008 los Estados contables presentaron una pérdida del período de \$803.000.000,00.- y un resultado negativo no asignado acumulado de \$1.891.000.000,00.- y el déficit de capital de trabajo de \$1.533.000.000,00.-. En este sentido, el informe destacó que la evolución económico-financiera reflejó el deterioro de todas las variables de las empresas, tanto el endeudamiento como la solvencia general, careciendo de financiación propia, de liquidez y especialmente de capital de trabajo para poder hacer frente a los compromisos establecidos.

Como consecuencia de esta situación, el Estado argentino asistió financieramente a las Sociedades mediante la transferencia de fondos, que en esa fecha ascendieron a \$897.000.000,00 (tal como surge de lo informado por la AGN).

Por otro lado, respecto a los aspectos administrativos y operativos, aclaró que las debilidades identificadas en el área de tecnología de la información no permitían garantizar la registración de la totalidad de las transacciones operativas con un adecuado nivel de control y autorización, como tampoco la confiabilidad e integridad de la información expuesta en los Estados Contables.

Sin embargo, detalló que a) al 17 de julio de 2008, veintidós aeronaves de Aerolíneas Argentinas no se encontraban en condiciones de prestar ni prestaban servicios, debido al estado de mantenimiento; b) la valuación en activos que representan los bienes de uso y otros activos eran de dudosa recuperabilidad debido al mal desempeño económico-financiero que registran las sociedades; c) desafectaciones de flota; d) boletos pendientes de utilización.

Asimismo, señaló que se encontraban –en ese momento– una serie de procesos judiciales relacionados con el reclamo efectuado por Aeropuertos Argentina 2000 S.A. por el cobro de diferencias cambiarias en las tasas aeronáuticas para vuelos al exterior, así como diferentes acciones judiciales referidos a la falta de pago de sus obligaciones tributarias.

IV. 1. 2. Resolución AGN N° 55/11, “Auditoría de gestión en el Ámbito de Aerolíneas Argentinas SA (ARSA) - Cielos del SUR SA (AU)” período auditado: 17/07/2008 al 30/06/2009

En segundo lugar y atendiendo a su relevancia económica y mediática, destacamos la Resolución AGN N° 55/11, la cual aprobó una auditoría de gestión en el ámbito de A.A. y Austral Líneas Aéreas.

Por medio de la Resolución AGN N° 55/11 fue practicada la auditoría relativa al período de estatización del Grupo Aerolíneas. Según surge de dicho informe la inversión pública destinada al recupero de ambas empresas en el año 2008 ascendió a la suma de \$2.267.132.135,00.

De forma previa al análisis del período auditado, la AGN resaltó que el grupo económico se encontraba atravesando una crisis importante desde el año 2001, lo que llevó a la presentación del grupo ante la Justicia Nacional en lo Comercial y a la consecuente designación de un veedor judicial.

A la situación de crisis que ya atravesaban las aerolíneas, según se destaca en el informe, se agregó el deterioro del mercado aeronáutico ocurrido durante el año 2008. Por ello, se destacó en el Informe N° 55/11 de la AGN aquí en análisis que en el año 2008 se produjo una fuerte caída en la demanda, que fue generada por la desaceleración de la actividad económica que se unió al alza en el costo del combustible, lo que afectó a la industria aerocomercial a nivel mundial.

Respecto de la información operativa con la que contaba la AGN al momento de realizar la auditoría de este período en cuestión, *la AGN señaló* que el Grupo ARSA no disponía de cierta información relevante para realizar el examen pertinente, además de que contaban con reportes que presentaban información de forma no compatible.⁹ Por lo tanto, la información con la que contaba la AGN, según se desprende del informe, era limitada e ineficaz. Incluso, el Presidente de las dos aerolíneas reconoció en el descargo del informe de la Auditoría llegó a afirmar que la mala gestión privada también se originó en una *permanente carencia de buena información para la toma de decisiones*.¹⁰

Como observación principal, la AGN señaló la persistencia de debilidades del sistema de control interno imperante al 17 de julio de 2008 en las empresas auditadas, tal como ya había sido señalado en la Resolución N° 215 AGN del 11 de diciembre de 2008, sin observarse que se hayan aplicado medidas correctivas al respecto, con excepción del cumplimiento de la recomendación crear una Auditoría Interna, lo que se efectivizó en mayo de 2009.

La AGN destacó que las debilidades enunciadas, persistieron a pesar de las recomendaciones otorgadas en la Resolución N° 215/08, y que constituyeron una limitación para el desarrollo de la auditoría, la que se encontró condicionada por la información que proporcionada por el grupo económico.

Respecto de la “gestión operativa” que se analizó en el punto 4.2 del informe, en primer lugar y en relación con el plan de negocios de las empresas, la AGN señaló que no tuvieron acceso a algún documento que aborde dicho tema. De tal forma, entendió que la gestión no se basó en plan de negocios alguno y que, en general, las empresas desarrollaron un comportamiento reactivo a las situaciones que se le fueron presentando.

Respecto de la “gestión administrativa y financiera”, la cual se analizó en el punto 4.3, se puede destacar las observaciones relativas

⁹ “Informe de Auditoría de Gestión Aerolíneas Argentinas S.A. y Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur S.A. Informe N° 55/2011”, Apartados 3.4 y 4.2.2.

¹⁰ “Análisis del Descargo”, Anexo XI, Informe de Auditoría de Gestión Aerolíneas Argentinas S.A. y Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur S.A. Informe N° 55/2011.

a las compras y contrataciones, las variaciones de los indicadores financieros y el incremento de los aportes por parte del Estado nacional.

En este orden, la AGN señaló que, a partir de los procedimientos aplicados en la auditoría, advirtió la existencia de dificultades en los procesos operativos a efectos de acceder a la justificación documentada de las decisiones de contrataciones. En tal sentido, manifestó que se dificultó el acceso a la información y, en consecuencia, no se tuvieron a la vista los antecedentes documentales de los procedimientos de contratación originarios en una gran cantidad de órdenes de compra seleccionadas como muestra, como tampoco los antecedentes documentales que dieron sustento a las decisiones adoptadas.

En cuanto al presupuesto, realizaron algunos comentarios, dentro de los cuales destacamos que no se obtuvo constancia de la preparación y/o utilización de un presupuesto para ambas empresas correspondientes al ejercicio 2008 y que, respecto a los gastos, en algunos rubros, se visualizó una ejecución para el período finalizado en agosto superior a lo presupuestado para todo el año.

Por otro lado, se analizó la asistencia financiera del Estado nacional. Principalmente, el Estado nacional incrementó los aportes para cubrir las erogaciones, especialmente en los rubros Personal, Combustible y Material Aeronáutico, de modo de permitir la operatividad de las compañías. Entre los aportes realizados por el Estado nacional, destacaron que en fecha 12 de mayo de 2019 se celebró un Convenio entre la Secretaría de Transporte y ARSA-AU, mediante el cual la primera se comprometió a transferir a ARSA-AU la suma de \$ 200.000.000 a fin de afrontar los pagos derivados de la compra de dos aeronaves BOEING 737-700.

De seguida, indicó que a partir de julio de 2008, como consecuencia de la disminución de los ingresos genuinos de la empresa, el Estado nacional comenzó a enviar fondos a ARSA. Destacó que los ingresos tuvieron un monto máximo de \$ 310.928.300 en el mes de mayo de 2009, para el período auditado. En efecto, el Estado nacional a través de la Secretaría de Transporte realizó aportes a Aerolíneas Argentinas por un total de \$ 2.267.132.135, incluyendo la Resolución 505/09 de fecha 30 de junio de 2009.

A pesar del enorme volumen de los fondos derivados a las aerolíneas, la AGN resaltó que no encontró la obligación de rendir cuentas de los fondos referidos bajo un régimen normativo específico (con la excepción del Convenio con la ST), ni se había implementado un proce-

dimiento formal. Para la rendición se utilizó un circuito acordado con la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios.

Por último, la AGN destacó que las variaciones de los indicadores financieros continuó presentando un deterioro de las variables del grupo empresario, tanto en el nivel de solvencia como en el de endeudamiento, además de mostrar la carencia de financiación propia, liquidez y especialmente de capital de trabajo para hacer frente a los compromisos establecidos.

En síntesis, la Auditoría advirtió que la participación en el mercado de ambas empresas cayó durante el período auditado, en particular en destinos regionales y de cabotaje, disminuyendo la rentabilidad de las sucursales. A la vez, señaló que se registró una caída en el número de pasajeros transportados y en los coeficientes de ocupación, con vuelos por debajo del punto de equilibrio en líneas internacionales, regionales y en la mayoría de los de cabotaje.

En virtud de lo analizado a lo largo de todo el informe, la AGN concluyó que, durante el período auditado, tuvo lugar un proceso de transición con un marco normativo que atravesó diversas etapas, desde la negociación con los anteriores accionistas mayoritarios, hasta finalizar en una declaración de utilidad pública y sujeción a expropiación, todo ello en un contexto económico complicado. En esas circunstancias, las medidas tomadas tuvieron un “carácter ad-hoc” a efectos de continuar operando, sin que se hayan observado acciones que revelaran un mayor potencial suficiente para lograr revertir las condiciones existentes de forma sólida. La AGN destacó que, en consecuencia, durante el período solo se observaron algunas mejoras en aspectos aislados o de manera transitoria, mientras se continuaba prestando servicios buscando mantener niveles similares, lo que derivó en las asistencias financieras del Estado nacional y el proceso de rescate accionario.

IV. 1. 3. Resolución AGN N° 187/14 “Auditoría de Gestión de Aerolíneas Argentinas: I) Flota de Aeronaves, II) Recursos Humanos, III) Indicadores de Gestión”. Período auditado: 01-01-2011 a 30-06-2012

El presente examen de auditoría abarcó el período enero de 2011 a junio de 2012. Cabe destacar que, al inicio del período bajo estudio, la gestión

estatal llevaba tres años al frente del grupo habiendo determinado para entonces un plan de negocios hasta el 2014.

A continuación, destacaremos tres aspectos sobre los que profundizó el referido informe de auditoría, a saber: flota de aeronaves, recursos humanos e indicadores de gestión.

IV. 1. 3. i. Flota de aeronaves

En lo atinente al Plan de Flota relevado –en la que constaba la asignación y estructura de costos de flota– la AGN sostuvo que no se realizó una evaluación del impacto en los costos de la compañía que acarrearía su implementación (incluyendo la adquisición, introducción y retiro de aeronaves) como tampoco se consignó cuáles serán las fuentes de financiamiento con que la auditada contará para cumplirlo.

Por otro lado, en lo que atañe al control de gestión se observó que el informe de gestión proporcionado por la auditada se limitaba a enumerar las acciones desarrolladas, sin expresar si estas fueron eficaces para lograr las metas propuestas ni tampoco se halló información clara que explique los desvíos que se produjeron respecto de lo planificado ni sus causas.

En lo referente a las altas y bajas de aeronaves se destacó que las decisiones fueron tomadas por la Gerencia General que a su vez ejerce la Presidencia del Directorio, casi siempre invocando razones de urgencia o inminentes vencimientos y posteriormente fueron ratificadas por el Directorio, sin que se encuentren acreditadas las motivaciones de fondo de tales decisiones.

En virtud de las observaciones realizadas la AGN recomendó al organismo auditado que en las planificaciones futuras se debía incluir una evaluación del impacto en los costos de la compañía que implicaría el cumplimiento del Plan de Flota propuesto y consignar las fuentes de financiamiento necesarias para cumplirlo así como también realizar un monitoreo periódico del estado de cumplimiento de los mencionados planes a fin de ajustarlos y rectificarlos cuando fuera necesario y adecuarlos a las decisiones inherentes a la gestión de la flota.

IV. 1. 3. ii. Recursos Humanos

En lo que atañe a la estructura, la AGN indicó que esta, se hallaba dada en gran medida por el tamaño de la fuerza de trabajo y, este aspecto, la auditada no justificó la incorporación del personal consignado lo que tuvo como consecuencia el aumento de la capacidad ociosa –potencial no utilizado o subutilizado por una empresa– del personal de vuelo, acarreando un alto costo financiero.

En lo que aquí importa, la AGN recomendó por un lado, optimizar la dotación del personal incorporando personal para una determinada función solo cuando sea necesario y, por otro lado, insistió en el cumplimiento del Plan de Negocios 2010-2014 en cuanto a minimizar a través de distintos mecanismos (austeridad para la realización de horas extras, programa de readecuación laboral, etc.) los costos en personal.

IV. 1. 3. iii. Indicadores de Gestión

Finalmente, en cuanto a los indicadores de gestión, del análisis de la situación global del grupo ARSA durante enero 2011 y junio 2012, en virtud de la información brindada por la Gerencia Económica Financiera, la AGN detectó que Aerolíneas Argentinas y Austral –en conjunto– incrementaron la pérdida en un 43 % respecto al año 2010. Señalaron como causa principal el deterioro del resultado operativo en un 52 %.

En efecto, indicaron que si bien los ingresos por explotación de la empresa entre enero de 2011 y junio de 2012, ascendieron a U\$S 2.054 millones, tuvieron un costo operativo¹¹ de U\$S 2.476 millones, a la vez que los costos de estructura¹² ascendieron a U\$S 562 millones, lo que

¹¹ Todos aquellos gastos que se modifican de acuerdo con las variaciones del nivel de actividad como ser: aterrizajes, pasajeros transportados, ingresos por pasajeros, cargas, etc.

¹² Todos los gastos que se originan en las diferentes actividades de la administración central como ser: remuneraciones y cargas sociales de la administración central, propaganda y publicidad, amortizaciones, edificios, equipos y automotores, tributos e impuestos etc.

representó en la práctica una pérdida de U\$S 984 millones, y un resultado operativo deficitario de U\$S 422 millones.

Por otro lado, se indicó que la empresa tenía poco margen de mejora en los ingresos, y que Aerolíneas Argentinas y Austral presentaban costos en personal 75 % más altos y en combustible 24 % mayores en comparación con otras empresas.

En esta línea marcaron que si bien la empresa presentó una alta captación del mercado doméstico de pasajeros, en lo relativo al mercado exterior, AR-AU perdió participación en las rutas aéreas que compite con el grupo LAN+TAM.

Un aspecto relevante que se destacó en el referido informe fue el gasto en materia de personal operativo de vuelo. Cabe aclarar que el hecho de transportar pasajeros y cargas junto con la complejidad del manejo de una aeronave hacen de los pilotos figuras centrales de la industria aerocomercial. Esta importancia se refleja en la estructura de costos y en los salarios pagados, y transforma a los pilotos en un indicador relevante para el análisis de la gestión. Es decir, por normas de seguridad, convenios laborales, riesgos de demandas, etc., las compañías deben afrontar el alto costo de los pilotos de la forma más eficiente.

Así las cosas, el informe señaló que, respecto a los pilotos, se detectó que AR-AU incrementó en un 13 % la dotación de tripulación técnica por aeronave operativa, generando un deterioro del 16 % en la productividad medida en horas volada por piloto, a la vez que produjo una baja de 23 % en la productividad medida por asientos ofrecidos por piloto. Indicaron asimismo que el gasto promedio en pilotos se incrementó en un 17 %, lo que, sumado a la suba de la dotación, presionó sobre la estructura de costos incrementando la participación de la masa salarial de los comandantes sobre el total de erogaciones en 2,5 puntos porcentuales.

Finalmente, desde el punto de vista operativo, la Auditoría General de la Nación señaló que entre enero 2011 y junio 2012, la empresa perdió en todas sus redes, lo que complicó aún más la situación económica de la sociedad. En cuanto al primer semestre de 2012, el informe nos indica que es igual de deficitaria que durante 2010, mostrando una fuerte mejora en el rubro cabotaje opacada por los malos resultados de

las redes del exterior, agravado por la inclusión de los costos de mantenimiento de las sucursales del exterior con sus 441 empleados.¹³

En este punto, la AGN recomendó analizar la forma de optimizar el uso de personal, especialmente tripulación técnica, o incrementar la cantidad de naves y rutas para absorber el exceso de dotación de planta y su influencia en los costos y los cursos de acción, a fin de evitar que las rutas locales sustenten con sus ganancias el déficit de los destinos del exterior, a la vez que, sugirieron se analice la eficiencia en el consumo de combustible de las aeronaves.

V. Seguimiento de las recomendaciones

Tal como lo hemos referido al comienzo del presente capítulo, la intervención de Auditoría General de la Nación y la elaboración, en consecuencia, de informes, resoluciones y dictámenes producto de su actividad de control, constituye el primer paso para dar comienzo al circuito de control sobre el sector público, conforme al diagrama de competencias que marca nuestro ordenamiento jurídico actual.

En efecto, luego de comunicar las observaciones y recomendaciones realizadas en los informes aquí reseñados, serán los restantes organismos y entidades públicas, los que adoptarán los cursos de acción correspondientes.

¹³ Respecto a los costos totales, la AGN informó que durante el período bajo análisis crecieron a un promedio de 23 % anual explicado por la suba de 33 % anual en estructura y 21 % por año en operativo. Medidos por AKOS, los costos totales suben un 27 %. Las redes más dinámicas son Interamericana (+59 % anual) y Regional (+48 % anual). Con relación a los puntos contemplados, evidenciaron que en cada uno de los tres semestres analizados, produjeron un resultado negativo final que fue mayor al ya deficitario promedio semestral de 2010 (+42 %). Al respecto, indicaron que si bien el resultado operativo en promedio presentó una mejora en la primera parte de 2012, medidos en relación con los asientos ofrecidos ponderado por la distancia, AKOs, los guarismos desmejoran. Aquí la AGN aclaró que, descontando el exceso del gasto en personal sobre los resultados, no se revierte el signo en los dos tipos de resultados, lo que evidencia que el déficit tuvo, además, otras causas.

Al respecto cabe señalar, que si bien las resoluciones aquí destacadas fueron informadas por la AGN a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, a Aerolíneas Argentinas S.A, al secretario de Transportes, al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y a la Jefatura de Gabinete de Ministros, no se ha podido acceder al seguimiento posterior a las recomendaciones efectuadas por el citado organismo de control.

Precisamente en el marco de la investigación cursada en el proyecto Decyt 2018-2020 “Un ciclo de control presupuestario que asegure el examen de responsabilidades que se pudieran detectar a partir de la labor de la AGN”, hemos promovido consultas –a través de expedientes de solicitud de información pública ley 27.275– requiriendo a los organismos citados *ut supra*, información sobre el seguimiento de los informes y posterior curso de acción adoptado en consecuencia. Sin embargo, sus respuestas han sido insuficientes.

Por una parte, el Grupo Aerolíneas hizo saber que (...) *si bien Aerolíneas Argentinas tiene conocimiento sobre los informes realizados por la Auditoría General de la Nación, no cuenta con antecedentes relacionados con su seguimiento en tanto esa es una competencia propia del órgano de control externo (...) En efecto, el Grupo Aerolíneas no tiene la información requerida ni tiene una obligación legal de mantenerla o producirla, puesto que no cuenta con competencia para el seguimiento de tales informes.*¹⁴

Por otro lado, la Jefatura de Gabinete de Ministros manifestó que (...) *atento a que la información solicitada constituye materia de competencia de la Auditoría General de la Nación (AGN), hemos procedido a remitir su requerimiento a dicho organismo para su oportuna intervención y contestación.*¹⁵

Además, cabe referir que la AGN a través de la nota N° 335/2020, informó que la subsanación de las observaciones constituía una responsabilidad del organismo auditado.

¹⁴ Nota RIP 2020-020,14 de julio de 2020, Bs. As., en el marco del EX-2020-40555453-APN-DNAIP#AAIP.

¹⁵ Nota NO-2020-13359459-APN-UGA#JGM en respuesta al pedido de información pública, EX-2020-12842152.

Finalmente, la Comisión Bicameral Permanente Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y la Oficina de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el ámbito de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación no contestaron las solicitudes enviadas.

En síntesis, tanto del silencio como de las respuestas obtenidas se desprende que no hemos podido tomar conocimiento acerca de si las recomendaciones y observaciones efectuadas por el órgano control han sido adecuadamente receptadas por los organismos competentes.

VI. Conclusión

Tras un exhaustivo análisis de los marcados cambios que padeció el Grupo Aerolíneas, primero en cuanto a su estatización y luego en relación con su consolidación como sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, y de los informes de la Auditoría General de la Nación que versaron sobre este proceso, podemos sostener que ese órgano de control externo ha detectado serias irregularidades tanto al momento previo del traspaso de las acciones de Aerolíneas Argentinas y Austral Líneas Aéreas al Estado nacional, así como en los períodos posteriores analizados en el presente trabajo.

Dentro de las irregularidades, se destacan: problemas en el control interno, la falta de información completa de aquello que sucedía dentro de las compañías expropiadas, la carencia de un plan de negocios global que tuviera en miras solucionar la grave situación económica en la que se encontraba el Grupo Aerolíneas al momento de la expropiación de las acciones. Se denunció asimismo la falta de un plan concreto para la toma de decisiones en cuanto a contrataciones, personal, flota, mantenimiento de la flota y demás gastos.

Más aún, la AGN señaló también, la persistencia en cuanto a las debilidades indicadas en sus informes, no obstante sus recomendaciones; así como observó la ausencia de un adecuado sistema de rendición de cuentas.

Si bien, el control por el mero hecho de ponerse en marcha, implica ya un resultado, esto es, que las actividades públicas queden sometidas a una crítica y valoración pública e institucionalizada, debemos preguntarnos ¿resulta suficiente para asegurar un adecuado control sobre las cuentas públicas?

Las autoras y los autores

Juan José Albornoz

Abogado (UBA). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente de grado y posgrado en la Facultad de Derecho (UBA)

Rodrigo Arias

Abogado. Trabajo en la Secretaria de Integración Social y Urbana del Gobierno de la Ciudad, Legales-Reasentamiento en el proyecto de Reurbanización del Barrio 31 (Ex villa Retiro).

Irene del Valle Ávila

Abogada (UBA). Diplomada en Igualdad y no Discriminación (Facultad de Derecho UBA). Estudiante de Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública (Facultad de Derecho UBA). Actualmente empleada en la Sala I del Fuero Contencioso, Administrativo, Tributario y Relaciones del Consumo de la CABA.

María Solana Beserman Balco

Abogada (UBA), Magister Juris (University of Oxford). Actualmente se desempeña en el fuero en lo Contencioso Administrativo Tributario y de las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y como docente universitaria (UBA, ECAE). Anteriormente se ha desempeñado como Jefa de Despacho en la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal; abogada extranjera en el Departamento de Arbitraje Internacional de Wilmer Cutler Pickering Hale & Dorr; asociada en los Departamentos de Resolución de Conflictos y Derecho Corporativo de Mitrani, Caballero, Ojam & Ruiz Moreno; y abogada invitada en el Departamento de Derecho Corporativo de DLA Piper UK LLP.

María Belén Castagnini.

Abogada graduada con honores en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialización de Derecho Tributario en la misma Facultad (pendiente de presentación de trabajo final). Maestrando en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Palermo. Docente de “Finanzas Públicas y Derecho Tributario” y “Derecho Constitucional Presupuestario” (UBA). Secretaria del Observatorio de Derecho Financiero.

Belén Eliana Donzelli.

Abogada y Profesora en Ciencias Jurídicas (UCA), Diplomada en Control y Gestión de Políticas Públicas (FLACSO), Especialista en Derecho Constitucional (UBA), Ayudante de 1° por concurso de la Universidad de Buenos Aires, Jefe de Trabajos Prácticos por concurso de la Universidad Nacional de José C. Paz y docente de la Universidad Católica Argentina. Actualmente Secretaria Letrada de la Unidad de la Consejera Fabiana Schafrik en el Consejo de la Magistratura CABA.

María Florencia Fontana

Abogada graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialización de Derecho Tributario en la misma Facultad (pendiente de presentación de trabajo final). Docente de “Finanzas Públicas y Derecho Tributario” y de “Derecho Constitucional Presupuestario” por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Lilia Goday

Abogada, con estudios de posgrado en administración financiera y derecho constitucional. Tiene amplia experiencia en el sector público. Se desempeñó en cargos de dirección y consultoría en el Estado Nacional (Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Economía, Jefatura de Gabinete de Ministros), Provincial (Directora operativa de la Representación de la provincia de Tucumán en Buenos Aires) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fue asesora legal de la Convención Nacional Constituyente en 1994. Ha sido invitada como panelista en numerosos seminarios sobre el tema de participación presupuestaria en el país y en el exterior y ha efectuado también varias publicaciones sobre esta materia. Fue directora ejecutiva y presidente del Consejo de Administración de la Fundación Cambio Democrático, Directora

General del Foro permanente para la Educación, la Ciencia y la Cultura por la Paz (FOPAZ) y miembro del Consejo de Administración de la Fundación Poder Ciudadano. Recibió el premio “Día Internacional de la Mujer 2009” otorgado por la Comisión de Asuntos Municipales del Honorable Senado de la Nación y la Organización Argentina de Mujeres Empresarias (OAME). Actualmente se desempeña como Secretaria en la Defensoría General Adjunta del Ministerio Público de la Defensa de la CABA.

Esrón Junior Lima

Licenciado en Ciencias Económicas por la Universidad de la Amazonía (2006) y Magíster en Teoría Económica por la Universidad de la Amazonía (2009). Tiene las siguientes especializaciones: Economía y Desarrollo Regional por la Universidad Federal de Pará - UFPA, Auditoría en Organizaciones del Sector Público por Wpós, Gestión Pública - UNIPAMPA. Actualmente es Auditor Público Externo (Jefe de Equipo) (40H) en el Tribunal de Cuentas de Rio Grande do Sul con sede en la Regional de Santana do Livramento.

Ernesto Eusebio Gómez Zamacola.

Abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Tributario por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de grado (UBA, UNPAZ y UNDAV) y posgrado. Presidente del Observatorio de Derecho Financiero y Director de la revista digital “Constitución Financiera en la Jurisprudencia de la Corte Suprema”.

Federico Manuel Gonzalez

Abogado (UBA). Estudiante de la Maestría en Filosofía del Derecho (UBA). Realizó cursos de posgrado en el marco del Programa de actualización en derecho del consumidor profundizado (UBA). Ayudante de Primera por concurso de la materia “Teoría del Estado” del Dr. Aníbal D’Auria en la Facultad de Derecho (UBA).

Yamila Verónica Pedron

Abogada (UBA). Empleada del Ministerio de Desarrollo Productivo desde 2016. Pasante en la Clínica Jurídica del Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS desde 2021.

Luis Diego Ramírez González

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Latina de Costa Rica. Licenciado en Derecho por la Universidad Federada de Costa Rica. Postgrado en “Ética Pública, Transparencia y Anticorrupción”, Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Postgrado en Derecho sobre La Garantía de los Derechos Fundamentales de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Máster Executive (MBA Intensive) en Técnicas Modernas de Dirección en la Administración Pública, impartido por el Centro de Estudios Superiores Formato Educativo, la Fundación UNED y la Asociación de Profesores On Line de España. Diplomado Internacional “El nuevo derecho público del Siglo XXI y la protección multinivel de los derechos humanos”, Universidad para la Paz y Centro Heidelberg para América Latina, Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Diploma de Especialización en Derecho

Fabiana H. Schafrik

Abogada, graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Tributario y Doctora con orientación en Derecho Constitucional por la misma facultad. Jueza de Cámara del fuero Contencioso Administrativo y Tributario y Consejera del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en representación del estamento de los magistrados. Profesora adjunta regular de grado en la materia “Finanzas Públicas y Derecho Tributario” y en Posgrado en la Especialización en Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en otras Universidades del país. Autora de libros, capítulos de libros y numerosos artículos en revistas especializadas. Disertante en numerosos congresos y actividades académicas tanto a nivel nacional como internacional.

María Julia Venslavicius

Abogada (UBA). Carrera de Especialización en Administración de Justicia, trabajo final pendiente de defensa. Actualmente en la planta de gabinete del consejero en Gonzalo Rúa en el Consejo de la Magistratura de la CABA. Docente designada por concurso *ad-honorem* de la materia Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la UBA en la cátedra Corti / Schafrik desde 2013.

Anabella V. M. Viscelli

Abogada (UBA). Relatora en la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativa, Tributaria y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

María Emilia Yaryura Tobías

Abogada graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el año 2018. Actualmente cursando la Maestría en Derecho Tributario en la Universidad Torcuato Di Tella. Ayudante de Cátedra en el curso de “Derecho Constitucional Tributario” que dicta el Dr. Diego Freedman en la Cátedra de “Finanzas Públicas y Derecho Tributario” (Facultad de Derecho, UBA) desde marzo de 2019. Abogada Junior en el área de Litigios Tributarios del Estudio Díaz Sieiro & Asociados.

Participantes del proyecto de investigación DECyT N° 1831, “Un ciclo de control presupuestario que asegure el examen de responsabilidades que se pudieran detectar a partir de la labor de la AGN”:

Juan José Albornoz, Lilia Marta Goday, María Florencia Fontana, Belén Eliana Donzelli, Federico Manuel Gonzalez, Lima Ebron, María Ángeles Guervos Maillo, Ernesto Eusebio Gómez Zamacola, Nicolás Rodríguez Lamas, María Belén Castagnini, Sofía Laura Zuccarino, Simón Iván Striga, Nicolás Ciafardini, Magdalena Maroni, Juan Caputo, María Julia Venslavicius, Juan Vitobello, Nicolás Vicenti, María Emilia Yaryura Tobías, Anabella Vanesa Milagros Viscelli, Nadia Mariela Bousquet, Camilia Lucia Gomar, Rodrigo Arias, Irene Ávila, Luis Diego Ramírez González, Marcelo Edgardo Da Silva, María Solana Beserman Balco, Diana María Castano Vargas, Héctor Alcides López González, Sol Fernanda Agostino Giraladez, Yamila Verónica Pedron, Macarena Belén Mansilla, Fernando Braceiro, Ignacio Masnatta Llenas.

Secretaría de Investigación
Departamento de Publicaciones

