

CAPÍTULO SÉPTIMO

APUNTES PARA LA CREACIÓN DEL ÓRGANO CONSTITUCIONAL DEL CONTROL DE LAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS

I. APUNTES PRELIMINARES

A partir del análisis realizado en el devenir histórico del sistema de responsabilidades en nuestro país, hemos podido conocer, dentro del marco de la Constitución, los principios que dan origen a la naturaleza del sistema de responsabilidades, que contempla el Título IV de nuestra carta magna, de igual manera vemos cómo la función del control no es ni está desligada de la responsabilidad; esta dicotomía nos permite otear el horizonte y conocer más profundamente cuáles son estos principios de control contenidos en nuestro marco jurídico constitucional, así como qué se debe entender por responsabilidad, quiénes son los sujetos de responsabilidad y qué órganos y/o autoridades son las encargadas de la aplicación del procedimientos de responsabilidad.

También resulta necesario identificar y reasumir los principios básicos que contienen nuestras normas constitucionales, ya que no podemos desvincular nuestro actuar como servidores públicos de esos principios constitucionales básicos, pues en ellos se encuentran contenidas las aspiraciones de nuestro pueblo, por tanto, resulta de suma importancia construir un nuevo paradigma sobre el sistema de responsabilidades que haga efectivo lo preceptuado por nuestra carta magna.

Es por ello que debemos concebir como binomio ético-jurídico un *sistema de control de las responsabilidades* que haga eficiente

el cabal cumplimiento de las funciones y atribuciones asignadas por el Estado, a los órganos de la administración pública y, claro, garantice que quienes integran dichos órganos,¹⁹⁷ como responsables de cumplir y verificar el cumplimiento de las obligaciones de parte de quienes integran la propia administración pública, cumplan cabalmente con sus obligaciones, en un Estado constitucional, democrático y racional, procurando hacer efectivos los fines establecidos en la Constitución.

Para lograrlo debemos tener muy presente que la promesa que hace el servidor público lo compromete a cumplir con su cargo y hacer cumplir la Constitución y las leyes que de ella emanen.

En capítulos anteriores hice alusión a la necesidad de actuar a nivel educativo con la sociedad para reorientar los valores a fin de cambiar, en el largo plazo, las conductas individuales. La moralidad o la corrupción sucede en un determinado Estado de la sociedad, las medidas anticorrupción, en consecuencia, no pueden tener lugar en el vacío social y político, al contrario, la estructura social y política que define el grado de conflictividad y de porosidad hacia los valores va a condicionar los alcances de esas medidas.

En tal virtud, el avance contra la corrupción necesitará de una activa sociedad civil y de la presencia de órganos de control y fiscalización, porque se enfrenta a toda una estructura de intereses que es finalmente la matriz de los conflictos sociales; de esas situaciones conflictivas sobresale la idea de país y el compromiso que tiene la élite; la competencia entre las élites y el control y la participación de las masas en la política gubernamental. El modo como se concilien dichos conflictos marcará las reglas de la vida pública y creará las condiciones para un cambio positivo o negativo respecto a la sanción efectiva de las conductas delictivas.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Que son aquellos que la propia Constitución define como “servidores públicos”.

¹⁹⁸ Esto lo defino como el “círculo de responsabilidades”, el cual considero se da entre gobernantes y gobernados, en esa visión aristotélica de la responsabilidad.

La combinación ético-política es esencial porque si bien la política delibera sobre lo que es mejor o nocivo para el Estado, la ética modera los deseos de los hombres preocupándose por el bien general.

Cuando un Estado no se preocupa por cultivar y fomentar los valores en su personal, las actitudes antitéticas y de contravalores de éste invaden las actividades del Estado, generando un mundo de corrupción que afecta al desarrollo y la marcha de las instituciones.¹⁹⁹

En otras palabras, las necesidades sociales, el tamaño de la conflictividad, el juego democrático, la correlación de fuerzas políticas y la experiencia en materia de control serán los factores decisivos para instaurar y operar con éxito los instrumentos para la vigilancia de los haberes públicos con el objetivo de hacer de nuestro país un campo donde impere el gobierno de la ley y se destierre el gobierno de los hombres.

II. PROPUESTA DE CREACIÓN DE MECANISMOS CONSTITUCIONALES DE CONTROL DEL PODER PÚBLICO

En concordancia con María A. Bonnemaïson,²⁰⁰ sustento mi propuesta y retomo algunos de sus elementos. La Constitución mexicana de 1917 establece normas de control y equilibrio institucional a través de las limitaciones al ejercicio del poder y la garantía de que los órganos que lo representan se mantengan dentro del marco jurídico.

Con la finalidad de enlazar esos elementos que nos ayuden a comprender de manera objetiva ese sistema de controles, resaltamos la importancia que para el Estado de derecho tiene el apego

¹⁹⁹ Diego Bautista, O., *op. cit.*, pp. 30 y 31.

²⁰⁰ Magíster en ciencia política e investigadora en el Centro de Estudios Políticos y Administrativos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, Venezuela.

de la actividad pública al orden normativo integrador, que es la Constitución.

1. *Límites de la actividad del poder público*

El poder público es intrínsecamente limitado, pero solamente el poder controla al poder, así, la clave del ejercicio del poder reside en la autolimitación del poder, para lo cual se aplica un sistema de frenos y contrapesos que permite, tal como lo expresó Montesquieu en *L'Esprit des Lois* (1748): *le pouvoir arrête le pouvoir*. Se ha señalado que el aristócrata francés cargó más el acento sobre la idea del equilibrio que sobre la separación, precisamente como mecanismo de limitación y control del abuso del poder.

Cuando se atribuye una potestad es necesario asignar también reglas y limitaciones a dicha potestad para evitar desviaciones y para que se defina el marco de actuación del órgano investido de poder. En cuanto al poder público podemos hablar de dos grandes limitaciones o categorías de limitaciones: limitación a la separación de los poderes y limitación a la legalidad.

2. *La necesaria separación de funciones*

Radica en el fraccionamiento organizativo del aparato del Estado, según la naturaleza de las funciones a cumplir y los fines a alcanzar. El principio de separación de los poderes, o propiamente separación de funciones, se considera indispensable para asegurar la libertad de los ciudadanos, precisamente porque al fraccionarse, atribuyéndose su ejercicio a entes distintos, el poder en manos de cada uno se limita.

Se trata de un principio dogmático porque afirma la identidad absoluta entre la separación de poderes y el reconocimiento y garantía de la libertad, además es un principio institucional que a partir de la Constitución Norteamericana de 1787 ha servido

para distribuir las funciones del Estado entre órganos distintos, sin perjuicio de sus interrelaciones y colaboraciones.²⁰¹

3. *La legalidad*

El rasgo que mejor define al Estado de derecho es la sujeción de todos sus actos a la ley, asegurándose así el imperio de ésta y el de la Constitución que como ley suprema excluye la existencia del poder arbitrario, de la prerrogativa, aun de una gran autoridad discrecional del gobierno.

Lo esencial del principio de legalidad es que es la ley y no los hombres los que gobiernan. El Estado de derecho es aquel que está sometido al imperio de ley y a la legalidad como orden superior que reconoce a la Constitución como norma suprema.

En virtud del principio de legalidad, el Estado se vale del derecho para organizarse, fijar los límites de la actuación de sus órganos y ejercer el control de los mismos, las funciones públicas sólo pueden ser ejercidas si están previstas en una norma y en la forma en que tal previsión se enuncia, y al mismo tiempo con las modalidades que le son asignadas.

El principio de legalidad distingue claramente la naturaleza de la actividad de los órganos públicos de la de los particulares: los órganos públicos están constreñidos a realizar sólo aquellas actividades que le son asignadas por una norma del ordenamiento jurídico formal, lo que se conoce como competencia. Para los particulares, en cambio, es posible llevar a cabo todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley, lo que se conoce como capacidad. El principio de legalidad, también llamado principio de competencia, atribuye facultades a los órganos públicos y regula su actuación de una manera rígida, por ello se considera una limitación al ejercicio del poder que representan.

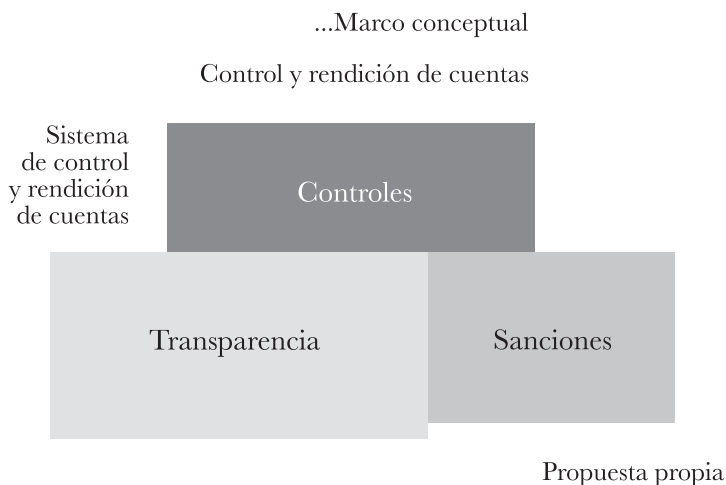
²⁰¹ Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 133.

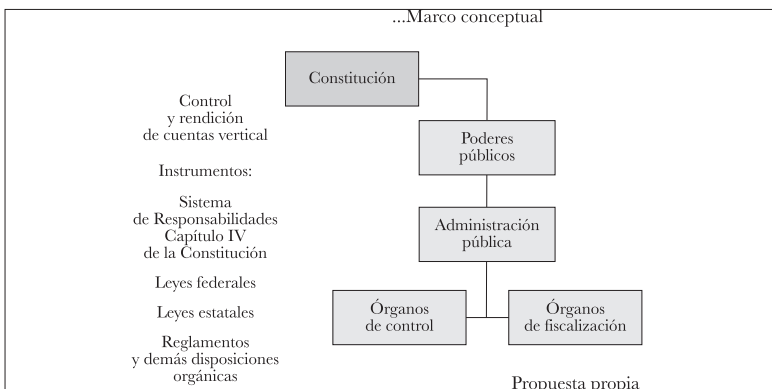
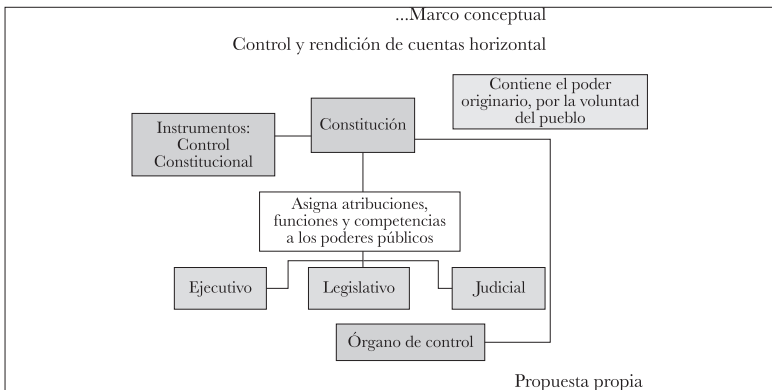
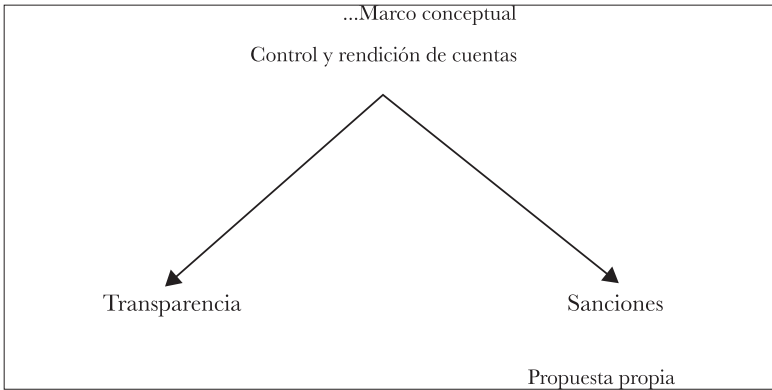
Por tanto, resulta necesario tener presente que el control debe ser entendido como un concepto jurídico-político-constitucional, que implica limitación específica al poder y es uno de los postulados fundamentales del Estado de derecho.

III. REDISEÑO DEL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES

Conviene en esta parte final enlistar algunos conceptos que, en este rediseño, serán parte medular para el planteamiento y comprensión del tema, los cuales son:

- Democracia
- Frenos y contrapesos
- División de poderes y vigilancia entre ellos
- Rendición de cuentas
- Transparencia
- Fiscalización superior





Así, el Estado, sus representantes y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública estarán obligados a rendir cuentas y enfrentar la responsabilidad en que incurran por violaciones a los derechos de los ciudadanos, como puede ser la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o por las acciones u omisiones de sus servidores y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado debe garantizar el derecho de reprochabilidad en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas, debe ser responsable de garantizar el cumplimiento y reparar el incumplimiento de sus servidores públicos, para lo cual contará con medios de control que determinen la responsabilidad de quienes incumplan con dicha obligación.

Se debe construir un nuevo paradigma de la responsabilidad dentro de nuestros Estados modernos, pasar del actual paradigma judicial o de legalidad donde todo el ordenamiento jurídico está sujeto a la ley en sacrificio de la protección de los derechos sociales, porque no se sustentan en los principios de la Constitución, sino en la dura letra de la ley.²⁰²

Se debe avanzar al paradigma del “Estado constitucional responsable”, en el que las normas constitucionales no sean meramente declarativas y vinculantes, sino de efectiva e inmediata aplicación, así como garantizar su exigibilidad, incluyendo a los derechos sociales. Porque ahora se busca que los conflictos de los derechos sociales sean resueltos en un juicio de ponderación, por los representantes jurisdiccionales del Estado, para que se cumpla el deber máximo del Estado garantista, y así lograr el fin supremo del derecho, que es el de garantizar la convivencia social

²⁰² Cfr. Montero Lara, M., *El Estado constitucional y su influencia en la configuración de los derechos sociales*, Guayaquil, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, agosto de 2010.

y por ende la vigencia del propio Estado, utilizando como paradigma a la propia Constitución.

Debemos buscar nuevos elementos dentro del pensamiento clásico de los teóricos; por ejemplo, Max Weber siempre nos permite recordar que el conocimiento se mantiene vigente cuando se contextualizan situaciones o hechos actuales; en sus escritos sostiene que la experiencia tiende a demostrar universalmente que el tipo de organización administrativa puramente burocrática, es decir, la variedad monocrática de burocracia es, desde un punto de vista técnico, capaz de lograr el grado más alto de eficiencia y, en este sentido, es el medio formal más racional que se conoce para lograr un control efectivo sobre los seres humanos, es decir, superior a cualquier voluntad personal.²⁰³

Con ella finalmente es superior tanto en eficiencia como en el alcance de sus operaciones, y es formalmente capaz de realizar cualquier tipo de tareas administrativas.

Aunque existe una discusión sobre la vigencia de la teoría de la burocracia de Max Weber, es necesario recordar que la misma toma las bases del neokantianismo e historicismo jurídico, por tanto, la misma cobra vigencia en el presente, sobre todo al buscar referentes como los “tipos ideales” propuestos por Weber, los cuales, cabe mencionar, se han sujetado a interpretaciones realmente erróneas, aunque no ahondaremos al respecto, podemos afirmar que el propio Weber consideró a la burocracia como un tipo de poder y no como un sistema social. Un tipo de poder ejercido desde el Estado por medio de su clase en el poder, es decir, la clase dominante. Lo anterior nos hace pensar inmediatamente en los servidores públicos de todos los órdenes de gobierno que forman la administración pública.

Así podemos afirmar que el aparato organizador de la burocracia es el marco racional y legal donde se concentra la autoridad formal en la cúspide del sistema (Constitución). Los medios

²⁰³ Max Weber y la teoría de la burocracia economía y finanzas, www.elprisma.com/apuntes/.../maxweberburocracia/.

de administración no son propiedad del administrador intermedio (servidor público). Sus competencias no están sujetas a herencia o venta, sino están enmarcadas en el orden constitucional supremo (atribuciones), y por ende se debe cumplir cabalmente con dichos postulados.

Aplicando lo anterior a nuestra propuesta es necesario construir un modelo que garantice la efectiva aplicación de la norma constitucional, que establezca los objetivos, metas y señale las atribuciones claras y precisas; que el servidor público tenga la autoridad suficiente para cumplir primero con sus obligaciones y después verificar el cumplimiento de los fines constitucionales de parte de los obligados a ello. Supeditando así su actuar a los fines del Estado constitucional, y en su caso establecer el sistema de control que impida la desviación del servidor público y en última instancia a través del sistema de responsabilidades, forzar al servidor público a cumplir con su obligación, garantizando con ello el cumplimiento de sus atribuciones y responsabilidades para alcanzar los fines y objetivos del Estado constitucional.

Al efecto, hoy más que nunca resulta necesario contar con una institución eminentemente de control de la responsabilidad que en su naturaleza tenga la de ser garante en la revisión de la función y actuar de entes y personas que cumplan con sus atribuciones, y en caso de no ser así, tenga la posibilidad de la reprochabilidad y la función sancionadora. Lo anterior dentro del marco constitucional que contempla el Título IV de nuestra Constitución vigente, que permita constreñir a todos los funcionarios o servidores públicos al cumplimiento eficaz, pertinaz y responsable de sus funciones.

El rediseño del sistema de control constitucional en materia de responsabilidades se concibe como el mecanismo jurídico por el cual se asegura el cumplimiento de las normas constitucionales, se invalidan las normas de rango inferior que no hayan sido hechas de conformidad con aquéllas.

El control de constitucionalidad tiene como fundamento el principio de supremacía constitucional, esto es que la Constitu-

ción de un país es la norma de mayor jerarquía a la cual deben sujetarse no sólo todos los mandamientos, sino también los actos administrativos y jurisdiccionales en general, entendiéndose por tales a cualquier acto emanado de la autoridad.

Según los órganos de control, y de conformidad al tema, éstos se clasifican en:

- Centralizado (o especializado): es el sistema ideado por Kelsen, es decir la supremacía constitucional. Algunos países lo han implementado exactamente como él lo propuso; otros ubicaron un tribunal constitucional dentro del Poder Judicial, algunos más se quedaron a mitad de camino y otorgaron la función de tribunal constitucional a un órgano ordinario del Poder Judicial, ya sea la Corte Suprema o alguna de sus salas, llamándola sala constitucional.
- Mixto: aunque compagina las ideas del sistema difuso y del concentrado, en estos sistemas todos los jueces resuelven las cuestiones de constitucionalidad en las acciones ordinarias con efectos interpartes, pero en ciertas acciones especiales, generalmente reservadas a ciertos órganos (presidente, fiscal general), van directamente al Tribunal Constitucional, cuya sentencia será *erga omnes*. O bien el Tribunal conoce por apelación en los aspectos constitucionales de los casos comunes, pero es primera instancia en las acciones generales de inconstitucionalidad.
- No judiciales: en algunos países, la desconfianza por la judicatura (conservadora, no electa popularmente) ha hecho que se entregue el control de constitucionalidad a otros entes, por ejemplo, Al Poder Legislativo, en ellos es el mismo Parlamento quien controla, o él a través de alguno de sus órganos. Se trata principalmente de naciones que sostienen la doctrina del “centralismo democrático”, donde el órgano más representativo del pueblo (Poder

Legislativo) es quien concentra mayor poder, prevaleciendo sobre los demás.

Y aunque hay debates vigentes respecto del control difuso de la constitucionalidad y la revisión de los órganos de control constitucional, sendas voces coinciden en señalar que no solamente se debe considerar la no aplicación de la norma ordinaria cuando ésta se opone al texto constitucional, sino también debe considerarse incluso a los límites y alcances de dicho modelo de control, pues debe comprender incluso a las autoridades administrativas, servidores públicos, en virtud de la protesta que deben rendir los funcionarios públicos conforme a la Constitución.

Por tanto, debemos seguir trabajando acerca del tema y considerar que una es la función de legalidad que se ventila ante los tribunales ordinarios y otra muy diferente es la función constitucional y la pertinencia de contar con un órgano que no sólo garantice la legalidad sino la función constitucional, que dé cuenta del actuar de los servidores públicos.

En ese entendido, el uso de los medios de control constitucional adquiere un papel determinante, para darle a la Constitución, y por ende a la ciudadanía, la oportunidad de contar con elementos de certeza y garantía que brinden claridad al actuar del aparato gubernamental y fije las normas de funcionamiento del sistema de control de la responsabilidad pública, que en otros tiempos eran definidas exclusivamente a través de otros procedimientos (principalmente políticos), pero que en la actualidad deben tener como horizonte la verticalidad del actuar de órganos y servidores públicos.²⁰⁴

Debemos impulsar la creación de un órgano constitucional lo suficientemente autónomo que controle el actuar de los servidores públicos, a fin de procurar el eficiente desempeño de los poderes y órdenes de gobierno, posibilitado por el adecuado funcionamiento del sistema de control de las responsabilidades públicas, con la participación de la ciudadanía. Que no esté vinculado ni con par-

²⁰⁴ Bien podemos llamar a esto la “moralización del servicio público”.

tidos políticos, ni gobiernos, garantizando así su autonomía constitucional plena, que le dote de alta especialización y su función tenga como finalidad el logro de la eficiencia y eficacia de órganos y funcionarios en el cumplimiento del mandato ciudadano.

Por tanto, debemos abrir nuestra mente a nuevas formas de control que contrasten la realidad de las responsabilidades públicas, lo cual permita cambiar el paradigma imperante. Esto no será tarea fácil, sin embargo, debemos intentarlo día con día y ampliar el horizonte del sistema actual de responsabilidades, para garantizar así que si el individuo, en este caso (servidor público), se ha desviado de la norma (suprema o general), ajuste su conducta al precepto, aun por la fuerza, de ser necesario. Como podemos ver, en la actualidad ha sido rebasado este modelo, donde únicamente se contempla un mínimo de obligatoriedad conforme al contenido de la norma, ya que a nadie se le puede impedir que haga lo que no está prohibido por la ley, ni obligarle a hacer lo que ella no le manda.²⁰⁵

Sin lugar a duda, debemos retomar aspectos primigenios del derecho, donde se contemplan formas de conducta que los miembros de la colectividad deben asumir, y en caso de no hacerlo se les debe infringir un castigo por parte de la autoridad.

Vemos aquí que el bien tutelado que se protege es el orden que debe imperar en la comunidad.

Ante la presencia de acciones u omisiones, ya sean voluntarias o involuntarias en el cumplimiento del orden jurídico, resulta necesario dar vigencia a la teoría de la responsabilidad, estableciendo la obligación de la restitución del orden previamente establecido.

Como en su tiempo diría Aristóteles, busquemos que nuestros representantes se conviertan no sólo en buenos gobernantes, sino en hombres ejemplares que sirvan a los demás.

²⁰⁵ El imperio de la ley y no la voluntad del hombre.