

“HACER CUMPLIR LAS LEYES” EN LA ERA DE LOS ORGANOS AUTONOMOS: REFORMA O ABANDONO DE LA TEORIA DEL PODER EJECUTIVO*

William Vázquez Irizarry**

I. INTRODUCCION

Aunque se habla usualmente del gobierno de forma general e indiferenciada, lo cierto es que existen diferentes grados de especialización entre los distintos organismos que componen la administración pública. Aunque cada país tiene sus variantes, hay un sinnúmero de ministerios o departamentos cuya existencia se da por sentado en cada sistema jurídico-político. Tal es el caso en temas como educación, sanidad, justicia, hacienda y relaciones exteriores. A esto debemos añadir niveles de complejidad conforme se continúan creando entidades públicas para atender nuevas necesidades o intereses.

Este trabajo trata sobre cómo la desconfianza en las instituciones públicas y las tendencias en varios sistemas político-legales por recuperar una legitimidad perdida, han dado paso al surgimiento de órganos públicos cuya característica distintiva es la autonomía respecto a las fuerzas políticas dentro del propio gobierno. Como veremos, la premisa para la creación de estas entidades que llamaremos “órganos autónomos” es esencialmente la misma sin importar que su desarrollo no se dé en forma uniforme o coordinada. De hecho los contextos pueden ser variados. Mientras en Europa la discusión se da como parte de la evolución de las instituciones a

* Este trabajo ha sido preparado como parte del Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA 2006) a celebrarse en Bogotá, Colombia, del 8 al 11 de junio de 2006. El mismo no debe ser citado hasta tanto se publique su versión final. Comentarios pueden ser dirigidos a wvazquez@law.upr.edu.

** Catedrático Auxiliar, Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. B.A., J.D. Universidad de Puerto Rico; LL.M. London School of Economics.

nivel supranacional,¹ en América Latina está ligada a los procesos de consolidación de la democracia.² En atención a esta realidad y aunque la discusión se fundamenta esencialmente sobre un modelo de gobierno presidencialista, he procurado utilizar como ejemplos distintos sistemas políticos para así ampliar la utilidad que personas con diferentes trasfondos puedan identificar en nuestros planteamientos.

En este mismo sentido debo indicar que no pretendemos en este trabajo ser exhaustivos dada la cantidad de países y la diversidad de entidades públicas objeto de mención. Sí entendemos, sin embargo, que el mismo provee una plataforma o esquema adecuado para el estudio de estos desarrollos conforme las experiencias particulares de cada sistema, mientras se reconoce al mismo tiempo que no se trata de fenómenos aislados.

Comenzamos en la Parte II con una exposición de las premisas del sistema de representación política, las razones para el estado de crisis actual que lo aqueja y las principales respuestas planteadas para atender el problema. La Parte III explora en detalle una de las respuestas a la crisis: la creación de órganos públicos autónomos. Por último, la Parte IV evalúa las implicaciones que la creación de estas entidades supone para la estructura gubernamental diseñada al amparo de los tres poderes tradicionales, con un enfoque particular en las consecuencias sobre la noción del Poder Ejecutivo. Luego de la Conclusión incluimos dos Tablas a las cuales se hace referencia durante la discusión.

II. LEGITIMIDAD Y CONFIANZA EN EL GOBIERNO

a. El principio de representación política

¹ *Infra* nota 31.

² Véase Guillermo O'Donnell, *Acerca del estado en América Latina contemporánea: diez tesis para discusión*, en LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA: HACÍA UNA DEMOCRACIA DE CIUDADANAS Y CIUDADANOS. CONTRIBUCIONES PARA EL DEBATE 149 (2004).

El estudio del Estado moderno en sus distintas dimensiones -política, administrativa y legal- parte de un supuesto particular vinculado al principio hoy día incuestionado de que todo gobierno debe ser uno democrático. Dicho supuesto es el de la representación política. El mismo hace referencia a una comunidad política que decide encargar la toma de decisiones sobre asuntos de interés colectivo a un grupo de ciudadanos selectos quienes actúan entonces en un carácter representativo.³ La selección supone elecciones en las cuales participa la ciudadanía y que se celebran de forma periódica.

Mientras en su dimensión formal la representación política imputa a la propia ciudadanía las decisiones tomadas por sus representantes, en su dimensión material la relación representante-representado supone responsabilidad por parte del primero y coloca en posición de reclamar exigibilidad al segundo. Contrario a la representación legal en que existe un mandato del principal al agente, en la representación política los ciudadanos no dan “instrucciones” a los funcionarios electos.⁴ Ello se imposibilita por el nivel de complejidad de los asuntos sujetos a discusión en una elección general, así como la multiplicidad de intereses en juego, algunos contradictorios entre sí.

b. La crisis de la representación política

El reconocimiento de la posibilidad o facultad de la ciudadanía para asumir posturas de exigibilidad frente a los gobernantes es un componente fundamental de la legitimidad del sistema. Medimos así cómo el mismo satisface en su funcionamiento los objetivos y necesidades

³ Sobre el tema de la representación política, véase ERNST WOLFGANG BOCKENFORDE, ESTUDIOS SOBRE EL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA 133-58 (1991) (Trad. Rafael de Agapito Serrano 2000).

⁴ Giovanni Sartori, *A propósito de la representación en democracia*, 51 NUEVA REVISTA DE POLÍTICA, CULTURA Y ARTE 37 (1997). Sartori rechaza una teoría del mandato como base de la representación política e indica que su prohibición es condición constitutiva de la democracia representativa. *Id.* en la pág. 42.

de la comunidad política. Hoy día, y ésta es una de las premisas más fundamentales de este trabajo, la sensación general es de incumplimiento.⁵

La llamada crisis de la representación política lacera la legitimidad de todo el sistema democrático. Indica Bockenforde que, “[s]i las expectativas que los individuos o los ciudadanos en su conjunto proyectan sobre la representación se ven defraudadas por la acción de los representantes, entonces no podrán reconocerse en la acción de estos, y ello suscitará inevitablemente dudas sobre el sentido o incluso sobre la legitimidad del procedimiento democrático de la formación de la voluntad y de sus decisiones”.⁶ Aunque son muchos los problemas que se identifican con esta crisis, hay tres que consideramos los más relevantes por sus efectos en las premisas y desempeño del sistema de representación política: los partidos políticos, la corrupción y la ineficiencia gubernamental.

En lo que respecta a los partidos políticos, los mismos son considerados pieza fundamental del sistema de representación política en cuanto sirven de puente entre los intereses individuales y fragmentados de la ciudadanía y la selección de políticas públicas por parte de los gobernantes. El problema reside en la dificultad de garantizar un nivel adecuado de identidad entre los representantes y los representados toda vez que el sufragio se ha universalizado y resulta complejo discernir cómo representar tan diversos intereses de forma adecuada. A esto debemos sumar el dominio que ejercen intereses particulares, sectoriales o personales sobre los partidos. Si consideramos que prácticamente todos los sistemas descansan en los partidos

⁵ Parece haber consenso sobre la insatisfacción que ocasiona el desempeño de las instituciones públicas, por lo que su bajo nivel de confiabilidad es una premisa del debate social contemporáneo. Héctor J. Zimmerman & Alvaro Monzón Wyngaard, *La evaluación crítica de la representación política y el déficit en el control institucional*, X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18-21 de octubre de 2005, en www.mimdes.gob.pe/clad/documentos/zimmerman.pdf.

⁶ BOCKENFORDE, *supra* nota 3, en la pág. 154.

políticos para cumplir un rol de intermediarios, estas circunstancias limitan su capacidad para satisfacer de forma real dicha función.

Otra dimensión de la crisis es la relacionada a la corrupción y sus efectos sobre la percepción general de la ciudadanía en torno al nivel de legitimidad del gobierno. Sobre la corrupción debemos recordar que, si bien conlleva consideraciones éticas sobre el ejercicio de la función pública, su naturaleza primordial es jurídica. Se trata de la comisión de un acto ilegal en el cual se genera un beneficio indebido en detrimento de los recursos públicos. En ocasiones el corrupto es un funcionario de alto rango y están implicadas grandes sumas de dinero, lo cual mina aún más la confianza ciudadana en los políticos.

En tercer y último lugar, y sin que sea posible desvincularlo completamente de los dos problemas anteriores, las pasadas décadas se han visto marcadas por un cuestionamiento a la eficiencia con que opera el gobierno. Con servicios de pobre calidad o que no alcanzan a toda la sociedad, se cuestiona así la capacidad del Estado para atender de forma eficiente el manejo de los recursos y las necesidades públicas.

c. Las respuestas

Se han sugerido variadas soluciones a estos problemas, algunas cónsonas con los postulados básicos de la representación política, por lo que suponen meramente activar los mecanismos de auto corrección correspondientes. Otras, presentan esquemas alternativos para entender el proceso de toma de decisiones en una comunidad política. Las propuestas coinciden en el rechazo a la manera en que el sistema político-gubernamental opera y la clara conciencia de que el mismo ha devenido en una promesa incumplida.

Podemos comenzar por respuestas obvias como sería la simple sustitución de los representantes actuales, ya sea votando por el partido de oposición u optando por propuestas

alternativas de nuevos partidos e incluso candidatos independientes. Otra respuesta es la adopción de legislación creando nuevos entes públicos como solución a determinados problemas. En el ámbito de la corrupción la adopción de legislación toma la forma de nuevas normas penales o bien el agravamiento de las penas existentes.

Otra de las respuestas animadas por el desgaste del gobierno y su falta de confiabilidad es aquella predicada en una reforma del enfoque gerencial de la administración pública. Son varias sus manifestaciones. Mientras a través de los Estados Unidos se propulsó bajo la consigna de “reinventar el gobierno”,⁷ en países como el Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda, el movimiento adquirió un alto grado de respetabilidad académica bajo la denominación “New Public Management”.⁸ Entre otras cosas, este enfoque incorpora las reglas del mercado en el manejo de los asuntos públicos, fija metas con las cuales medir resultados y conceptualiza al ciudadano como cliente.

Otras alternativas llevan el discurso sobre la ineficiencia del gobierno a niveles más extremos, suponiendo incluso la búsqueda de soluciones al exterior del Estado. Lo curioso es que en cierto sentido se trata de una posición que pueden compartir tanto conservadores como progresistas. Los primeros concretizan su propuesta a través del discurso de la reducción de la intervención estatal en el proceso económico, objetivo que alcanzan a través de respuestas como la privatización o la desreglamentación, según el caso.⁹

De otro lado, algunos sectores progresistas igualmente insatisfechos con el funcionamiento del Estado, han dejado de plantearse como objetivo la reforma de éste y han

⁷ DAVID OSBORNE & TED GAEBLER, *REINVENTING GOVERNMENT: HOW THE ENTREPRENEURIAL SPIRIT IS TRANSFORMING THE PUBLIC SECTOR* (1993).

⁸ Elaine Ciulla Kamarck, *Globalization and Public Administrative Reform*, en *GOVERNANCE IN A GLOBALIZING WORLD* 229 (Joseph S. Nye & John D. Donahue eds. 2000); DONALD F. KETTL, *THE GLOBAL PUBLIC MANAGEMENT REVOLUTION: A REPORT ON THE TRANSFORMATION OF GOVERNANCE* (2000).

⁹ Mientras en muchos países la privatización significó la venta de empresas, en Estados Unidos los servicios público los presta hace décadas el sector privado y el debate relevante allí es la contratación de servicios. Véase, Jody Freeman, *Extending Public Law Norms through Privatization*, 116 HARV. L. REV. 1285 (2003).

optado por formular respuestas que tienen como protagonista a la propia ciudadanía. Tal propuesta se articula en diversas variantes, siendo las principales el reconocimiento de la existencia de una sociedad civil, el surgimiento de nuevos movimientos sociales, el potencial del llamado Tercer Sector, o la creación de espacios de participación ciudadana.¹⁰ No negamos que estas propuestas pueden suponer interacción con lo estatal y en ocasiones el deseo de influenciar su funcionamiento, tal cual sería el caso de determinados esquemas de participación ciudadana. Sin embargo, un elemento común definitorio es el rechazo a la pretensión de que lo público sea terreno exclusivo del Estado.

En la Tabla 1 se agrupan las respuestas discutidas y utilizamos cuatro criterios para clasificarlas. En primer lugar, diferenciamos las que suponen procesos de revisión dentro del Estado (“internas”), de aquellas cuya consecución se logra desde el ámbito no estatal (“externas”). En este espacio coinciden posturas tradicionalmente conservadoras como la privatización y otras de carácter progresista que abogan por la sociedad civil.

De otro lado, mientras algunas de las alternativas son consistentes con la lógica del sistema representativo, otras no lo son. La desreglamentación, por ejemplo, es “consistente” con la representación política pues los postulados de dicho sistema no deberían implicar preferencias sobre el grado de intervención del gobierno en la economía. Distinto es el caso de la sociedad civil, propuesta que supone realizar decisiones al margen del sistema político-gubernamental y los representantes electos, en potencial “inconsistencia” con las premisas de un gobierno representativo.

El tercer criterio clasificatorio supone identificar cada respuesta de acuerdo a su ejecutor, tratándose del propio Estado o la ciudadanía. Por último, utilizamos como criterio de clasificación la

¹⁰ Véase BENJAMIN R. BARBER, UN LUGAR PARA TODOS (Trad. Carlos Ossés 2000).

manera en que cada respuesta corresponde a los tipos de “accountability” reconocidos en la doctrina política. El concepto requiere algunas observaciones.

d. El concepto del “accountability”

Un factor común a muchas de las anteriores respuestas a la crisis actual de la representación política es que están predicadas en un presupuesto estructural del sistema mismo. Nos referimos al imperativo de que existan mecanismos para fomentar o procurar un grado adecuado de control respecto al desempeño de los representantes políticos.¹¹

De lo que se trata es de reconocer el componente de *responsabilidad* dentro de una relación de representación política. Se coloca así a los representantes en la necesidad de responder por su desempeño ante los representados y a estos últimos en la posición de exigir cuentas a los primeros por sus actuaciones. En estos planteamientos descansa la noción de “accountability”, término que en los pasados años se ha puesto en boga como parte de los debates relativos a la crisis de la representación política.¹² Hablar de accountability conlleva reconocer que pueden ser varias las maneras en que se le exige al gobierno rendir cuentas. Si acudimos a la Tabla 1, veremos que aquellas respuestas que miran al “interior” del sistema estatal representan ejercicios de accountability, ya sea mediante mecanismos existentes o la creación o fortalecimiento de otros nuevos.

La taxonomía prevaleciente en la ciencia política identifica diferentes tipos de accountability. Se habla así de un accountability “vertical”, entendido como la exigencia de

¹¹ Esto no debe confundirse con las consecuencias de incumplir un mandato. Como antes explicamos, esto supondría incorporar al tema de la representación *política* consecuencias jurídicas correspondientes a la representación *legal* y que son más propias del derecho privado. Véase *supra* nota 4 y PABLO LUCAS VERDÚ & PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, I MANUAL DE DERECHO POLÍTICO 221 (3era ed. 2001).

¹² Véase Andrés De Francisco, *Para forzar a los gobiernos a responder*, en REPUBLICANISMO Y DEMOCRACIA 69 (Compiladores María Julia Bertomeu, Antoni Doménech & Andrés de Francisco, 2005).

cuentas por parte de los ciudadanos a través del proceso electoral.¹³ El sentido de verticalidad supone una relación jerárquica que podemos remitir a las relaciones de poder que conlleva la autoridad de los gobernantes. Esta misma imagen da pie entonces a plantear la existencia del accountability “horizontal”, el cual sugiere la rendición de cuentas entre los propios organismos públicos a través de la fiscalización.¹⁴ Por último, se plantea que existe un accountability “social” el cual se desarrolla en el espacio no institucional de la sociedad civil y la opinión pública.¹⁵

III. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA DESCONFIANZA EN EL GOBIERNO

a. La creación de entidades autónomas

Entre las respuestas examinadas en la parte anterior hay una, la creación de entidades públicas, que resulta paradójica en tanto la comparamos con la naturaleza de la solución propuesta. Desconfiamos del gobierno, no le reconocemos legitimidad a sus instituciones y somos escépticos en cuanto a que el interés público sea beneficiado. ¿La solución? Crear una entidad que, aunque es de naturaleza gubernamental, no estará sujeta al tipo de influencia que impide a las agencias trabajar por el bienestar público. Dicho de otro modo, el hastío respecto al gobierno se resuelve con más *gobierno*. Este *gobierno* resolverá, sin embargo, problemas muy particulares o atenderá asuntos públicos de carácter especial, para lo cual contará con determinadas protecciones que lo aislarán del resto del gobierno. Será, en fin, un *gobierno* particular y autónomo del resto del gobierno.

¹³ Guillermo O’Donnell, *Accountability Horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política*, 7 POSTDATA, REVISTA DE REFLEXIÓN Y ANÁLISIS POLÍTICO 11-34 (mayo 2001); y Mariana Mota Prado, *Accountability mismatch: cómo los organismos reguladores independientes pueden afectar la accountability electoral del presidente*, en SELA 2004: LOS LÍMITES DE LA DEMOCRACIA 129 (2005).

¹⁴ Véase las contribuciones del profesor O’Donnell, en *id.*, así como Guillermo O’Donnell, *Horizontal Accountability in New Democracies*, en THE SELF-RESTRAINING STATE: POWER AND ACCOUNTABILITY IN NEW DEMOCRACIES 29 (Schedler, Andreas, Diamond, Larry & Plattner, Marc. F. eds., 1999).

¹⁵ O’Donnell, *supra* nota 13.

Aunque son varios los órganos autónomos que responden al propósito antes indicado, para efectos de esta discusión hemos identificado ocho tipos distintos (Tabla 2):

Agencias reguladoras. La experiencia en Estados Unidos es utilizada como modelo para la creación de estos organismos, donde se les denomina “agencias independientes”. Se trata de entidades públicas responsables de políticas de regulación de carácter económico o social y que poseen como característica principal el desempeño de funciones adjudicativas y reglamentarias, así como las protecciones de las que goza su cuerpo directivo. La dirección recae usualmente en una junta o comisión cuyos miembros son nombrados por el Primer Ejecutivo, gozan de términos fijos extendidos y su destitución está limitada a causales y procedimientos determinados por ley.¹⁶ Aunque surgieron en Estados Unidos desde finales del Siglo XIX, en Europa y Latinoamérica su desarrollo ha sido más reciente por estar su creación vinculada a las políticas neoliberales a partir de la década de los 80. En estos casos hubo un vínculo directo entre la venta de empresas públicas (electricidad, agua, trenes y telecomunicaciones) y la creación de agencias con el fin de regular la prestación de estos servicios en manos privadas.¹⁷ Las entidades vieron su autonomía justificada a base de que sus responsabilidades suponían un tipo de decisión que debía recaer en *expertos* y no en funcionarios políticos.

Corporaciones públicas. En ocasiones el Estado quiere prestar un servicio pero está consciente de sus propias limitaciones burocráticas. Una alternativa es utilizar entonces la misma flexibilidad que las personas privadas tienen para actuar a través de esquemas corporativos. Bajo este supuesto se han creado corporaciones públicas en áreas tales como la

¹⁶ Véase, en general, Marshall J. Breger & Gary J. Edles, *Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies*, 52 ADMIN. L. REV. 1111 (2000).

¹⁷ En el caso de Brasil, véase Mota Prado, *supra* nota 13. Para una visión comparativa del fenómeno en Estados Unidos, España, Francia, Alemania y el Reino Unido, véase MARÍA SALVADOR MARTÍNEZ, *AUTORIDADES INDEPENDIENTES* (2002).

televisión y radio estatales. La autonomía también se justifica en que las decisiones la tomen expertos y no funcionarios públicos.

Entes electorales. Otra función en la cual hay consenso respecto a la necesidad de proveer un tratamiento diferenciado es en el manejo del proceso electoral. Muchos países cuentan con organismos administrativos creados con el fin de organizar y supervisar los eventos electorales. Su autonomía está predicada en la necesidad de garantizar un manejo neutral e imparcial de forma que la estructuración de los procesos mismos no genere ventajas para partido alguno, particularmente los que tienen acceso al poder.¹⁸

Oficinas de auditoría y contralorías. La protección de los recursos y bienes del Estado en cuanto al correcto y eficiente manejo recae en ocasiones en manos de una oficina cuya función básica es auditar las cuentas públicas. En la medida que la asignación de fondos es tradicionalmente una tarea legislativa, las oficinas de auditores generales y contralores suelen adscribirse al Poder Legislativo como un ejercicio de fiscalización.¹⁹ La autonomía se justifica por el potencial *conflicto de interés* existente cuando los funcionarios tienen que fiscalizarse ellos mismos.

Ministerio Público y fiscales anti-corrupción. La decisión de iniciar un procesamiento criminal es una función que supone un grado de discreción, por lo que un problema inherente al funcionamiento del gobierno es cómo garantizar que funcionarios con poder político-gubernamental no puedan utilizar el mismo para lograr impunidad ante la comisión de actos ilegales. Esto resulta más problemático aun en sistemas presidencialistas como Estados Unidos y Puerto Rico en los que el procesamiento es una decisión normalmente sujeta al control ejecutivo.

¹⁸ María del Pilar Hernández, *Autonomía de los órganos electorales*, 1 REFORMA JUDICIAL (2006), en www.juridicas.unam.mx/publica/rev/refjud/cont/1/rjf/rfj9.htm.

¹⁹ Véase la Auditoría General de la Nación en Argentina, la Oficina del Contralor en Puerto Rico, el “General Accounting Office” en Estados Unidos y la Contraloría General de la República en Chile, Paraguay y Perú.

Las soluciones son variadas, incluyendo la creación de una oficina especialmente dedicada a esta labor con garantías ante el resto del gobierno. Sin embargo, aun descartando una nueva entidad, deben existir de todos modos mecanismos que provean arreglos institucionales apropiados. En otros países en que se ha optado por brindar autonomía al Ministerio Público, la justificación no la encontramos en querer separar la función del Poder Ejecutivo sino en una revisión del esquema continental en que los fiscales respondían al Poder Judicial.²⁰

Defensorías del pueblo y los derechos humanos. Son entidades similares al histórico Ombudsman, creadas con el fin de salvaguardar los derechos de la ciudadanía respecto al funcionamiento de las demás entidades estatales. En ocasiones se concentran en los servicios que recibe la ciudadanía siguiendo el modelo original escandinavo.²¹ Por tradición se considera una entidad adscrita al Poder Legislativo, aunque esto no ha sido impedimento para que algunos países creen oficinas parecidas dentro del propio Poder Ejecutivo y que incluso algunas de ellas se especialicen en la protección de grupos sectoriales específicos.²² En algunos países se enfatiza la fiscalización en el área de los derechos humanos, lo cual está vinculado a pasadas

²⁰ Respecto el Ministerio Público en el Perú se ha indicado lo siguiente: “Sobre la base de la importancia de dicha misión, era necesario separar a los fiscales de la organización del Poder Judicial, para asegurar la imparcialidad de quienes participan en los procesos judiciales actuando como mandatarios del denominado interés público”. Iván Guevara Vásquez, *Autonomía de los poderes del Estado y viabilidad de la separación en la República del Perú*, enero de 2005, en www.tuobra.unam.mx/publicadas/050206101026.html.

²¹ Jennifer Gannet, *Providing Guardianship of Fundamental Rights and Essential Governmental Oversight: an Examination and Comparative Analysis of the Role of Ombudsman in Sweden and Poland*, 9 NEW ENG. J. INT’L & COMP. L. 519, 521-31 (2003).

²² En Puerto Rico ha proliferado durante los pasados años la creación de agencias con el nombre de Procuradurías, cuyas funciones abarcan velar por el cumplimiento de políticas públicas gubernamentales respecto a determinados sectores sociales (Procuradora del Paciente, Procurador de las Personas con Impedimentos, Procuradora de las Mujeres y Procuradora de las Personas de Edad Avanzada). De otra parte, en Estados Unidos existen entidades parecidas al ombudsman que operan en relación a departamentos de gobierno específicos. Jeffrey S. Lubbers, *Ombudsman Offices in the Federal Government—An Emerging Trend?*, 22 SUM ADMIN. & REG. L. NEWS 6 (1997). Otras agencias son supervisadas por un funcionario denominado “inspector general”. Véase el “Inspector General Act” de 1978, 5 U.S.C.A. App. 3.

experiencias de violación de derechos civiles.²³ Estos organismos también se justifican por un conflicto de interés.

Bancos centrales. Se argumenta que la política monetaria de un país debe estar en manos de una entidad con una función centralizada controlada por expertos distanciados de las fuerzas políticas del gobierno.²⁴ Sin embargo, la discusión no se limita a cómo garantizar su independencia operacional, sino que entra en consideraciones respecto al tipo de tareas que deben desempeñar. Aunque las funciones varían de acuerdo al país, en esencia incluyen la regulación de los tipos de interés, la regulación de la moneda, el manejo de las transacciones financieras estatales, el financiamiento de déficits presupuestarios, así como la asistencia en proyectos de desarrollo.²⁵ Hay un debate en torno a la deseabilidad de que los bancos incurran en aquellas responsabilidades vinculadas a fines como la redistribución del ingreso a nivel social o el fomento del crecimiento económico. Se plantea que para asegurar su independencia es fundamental, no sólo proteger la entidad contra la influencia del poder ejecutivo, sino también limitar sus funciones a la estabilización de los precios y el control de la inflación a través de los tipos de interés.²⁶ Las demás tareas son vistas con recelo por cuanto pueden significar colocar la institución al servicio de las políticas económicas del gobierno.²⁷ De otra parte, hay quienes señalan que, en un momento en que las economías nacionales no están aquejadas por la inflación, y que la preocupación primordial es el crecimiento económico, la independencia de los

²³ Véase la Defensoría del Pueblo en Colombia, España y Paraguay, y la Defensoría Pública de Brazil.

²⁴ El fenómeno cobró intensidad durante la década de los 90's motivado por dos procesos paralelos. De un lado, los países europeos debían cumplir con los requisitos impuestos por el Tratado de Maastricht de 1992 para poder participar del sistema monetario europeo. Mientras, varios países en desarrollo de Latinoamérica acogieron la idea del banco central como parte de los esfuerzos por ganar credibilidad ante inversionistas y acreedores internacionales. AREND LIJPHART, PATTERNS OF DEMOCRACY 234 (1999).

²⁵ *Id.* en las págs. 233-34.

²⁶ *Id.* en la pág. 234.

²⁷ Miguel Urrutia, *Banco central independiente y democracia*, Foro "Autonomía de la Banca Central", Universidad Nacional de Colombia, 6 de noviembre de 1997, en www.eumed.net/cursecon/textos/2004/urrutia-banco.htm.

bancos centrales se ha vuelto obsoleta y el gran tema es cómo hacer que funcionen de manera más responsiva a las preocupaciones de la ciudadanía.²⁸

Universidades. Aunque la existencia de una universidad pública es un fin legítimo del Estado, se entiende que este tipo de institución por su propia naturaleza constituye un foro de discusión pública de ideas y crítica, función que se vería potencialmente amenazada si estuviera expuesta al control político de las esferas de poder gubernamental. De ahí que algunos ordenamientos reconozcan variados grados de autonomía.²⁹

b. Componentes de una teoría general de la autonomía institucional

Como vemos, existe una variedad de entidades públicas, muchas de ellas de reciente cuño, que comparten la característica de aspirar a una situación de aislamiento respecto al quehacer político del poder ejecutivo. Llamamos al objetivo aislamiento por ser un concepto bastante general que recrea en quien lo escucha la imagen de una separación, al menos funcional, entre el órgano público y los funcionarios electos.

Otro problema es cómo clasificar dicho aislamiento, si como una situación de “independencia” o de “autonomía”. En nuestro caso optamos por el término autonomía por resultar más abarcador en cuanto a la multiplicidad de relaciones posibles entre el ente y el gobierno central. El concepto independencia es más absoluto, por lo que su uso puede generar

²⁸ “The attempts to maintain full employment of the first generation of central banking, the reduction of inflation of the second generation, and the resolution of financial crises in the third all gave central banks the chance to prove themselves (or not) by their performance. In the fourth generation, the focus of monetary policy goals is likely to shift to the accountability of the central banks themselves”. Adam S. Posen, *The Fourth Generation of Banking*, EUROMONEY (September 2004), en www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=219. Véase, además, Pedro A. B. De Sousa, *Independent and Accountable Central Banks and the European Central Bank*, Vol. 5, No. 9, EUROPEAN INTEGRATION ONLINE PAPERS (2001), en <http://eiop.or.at/eiop/texte/2001-009a.htm>. Para una fervorosa crítica a la ideología que subyace a la creación de bancos centrales independientes, véase JOSEPH STIGLITZ, GLOBALIZATION AND ITS DISCONTENTS 45 (2002) y Joseph Stiglitz, *¿Bancos centrales independientes?*, EL PAÍS, 18 de diciembre de 2005, en www.elpais.es/articulo/elpnegsem/20051218elpneglse_1/Tes/.

²⁹ El principio puede incluso abarcar no sólo la universidad estatal, sino la autonomía de las universidades en general. Véase el Artículo 69 de la Constitución de Colombia y el Artículo 3 de la Constitución de México.

confusión en cuanto al grado de aislamiento de las agencias en comparación con la propia “independencia” entre los poderes de gobierno.

Un segundo punto a considerar es en relación a quién o qué opera la autonomía. En el caso de entidades creadas vía legislación es de esperar que el punto de referencia sea el Poder Ejecutivo y la posibilidad de control e influencia de un Primer Ejecutivo. En organismos de fiscalización como el ombudsman, una oficina anti-corrupción, o un auditor general, el foco de atención son los procesos al interior de las agencias de gobierno, por lo que al crear los mismos el Legislativo actúa bajo el principio de que el Ejecutivo no puede ser el guardián final de sus propios actos. Recordemos, sin embargo, que en otros casos la autonomía del organismo se justifica por la conveniencia de aislar una función pública en particular de la influencia política. En tales circunstancias, aun cuando imputemos de forma prioritaria dicho interés de control político en el Primer Ejecutivo, no hay razón para excluir del problema a los propios legisladores.

Uno de los elementos esenciales de los organismos autónomos es la forma en que los mismos son estructurados en términos organizacionales y administrativos. La regla general y más fundamental es la protección que se brinda a los funcionarios a quienes se encarga la dirección de estas entidades. Hablamos usualmente de funcionarios nombrados por un término fijo que se extiende más allá de los mandatos electorales. Además, en los casos de comisiones y juntas se incorpora como mecanismo adicional que los nombramientos sean escalonados, con lo cual se propicia una composición diversa en cuanto el cuerpo directivo potencialmente se nutre de funcionarios nombrados en distintas administraciones. Por último, la garantía máxima es que

su destitución no puede responder a la mera voluntad del Primer Ejecutivo sino que esté limitada a causales específicas.³⁰

Otro factor relevante es el mecanismo legal que cada ordenamiento utiliza para conferir autonomía al organismo. La base legal puede variar de país en país, desde disposiciones constitucionales, pasando por leyes especiales, hasta decretos ejecutivos. Aunque es claro que el reconocimiento constitucional constituye la máxima protección, esto no debe tomarse como medida del nivel de importancia que se brinde al organismo autónomo pues debemos recordar lo difícil de iniciar procesos de reforma constitucional.

Por último, consideremos la implicación de los órganos autónomos para la representación política. Tal como indicamos en la Tabla 1, la creación de estas agencias es, en principio, inconsistente con un sistema en que la autoridad pública descansa en los representantes de la ciudadanía. Una justificación para las entidades requeriría asumir una posición escéptica respecto al sistema representativo y atribuir al mismo haber sido “capturado” por intereses particulares, lo cual daría paso a crear una nueva entidad que rescate el interés general. Tal como señala Francesc Morata en el contexto de la Unión Europea, el resultado paradójico es que el sistema político sería “más representativo” precisamente por ser “menos democrático”.³¹

³⁰ Debemos reconocer que aunque las garantías discutidas son de tipo formal, hay otros elementos que también merecen atención por sus efectos sobre la autonomía del organismo en un sentido material, como es el caso del presupuesto. El que un organismo autónomo dependa para su funcionamiento del presupuesto que de forma discrecional le asignen los cuerpos políticos podría representar una contradicción con las premisas que dieron pie a crear la entidad. El tema es tratado en algunos países mediante fórmulas fijas a base de las cuales se calcula de forma automática la asignación de fondos correspondientes a la entidad autónoma para cada año presupuestario. En Puerto Rico este mecanismo se utiliza para el presupuesto de la Rama Judicial y de la Universidad de Puerto Rico.

³¹ Francesc Morata, *El proyecto de constitución europea: el reto de la democracia postestatal*, 16 REVISTA INSTITUCIONES Y DESARROLLO 279, 290 (2004). Aunque nuestra discusión se centra en el nivel nacional, debates similares se reproducen a nivel supranacional. Sobre agencias reguladoras a nivel europeo, véase Damián Geradin, *The Development of European Regulatory Agencies: What the EU Should Learn from the American Experience*, 11 THE COLUMBIA JOURNAL OF EUROPEAN LAW 1 (2005); y Martin Shapiro, “Deliberative”, “Independent” *Technocracy v. Democratic Politics: Will the Globe Echo the E.U.*, 68 LAW & CONTEMP. PROBS. 341, 352-53 (2005). Igual de curiosa es la incorporación de la noción de entes autónomos a nivel local. El Estado de Veracruz en México dedica parte de su Constitución al tema de los “Organismos Autónomos del Estado”. Raymundo Gil Rendón, *La Nueva Forma de Organización del Poder en México: Reingeniería Constitucional*, Conferencia

Claro, lo opuesto también podría suceder. Recordemos que, en la medida que algunos organismos autónomos creen política pública, cabría la posibilidad de que al nombrar el cuerpo directivo por términos prolongados de diez años, un Primer Ejecutivo esté intencionalmente “congelando” durante dicho período una visión particular en detrimento de las que desee incorporar una nueva administración que prevalezca en las elecciones a base de posturas ideológicas distintas.³²

De lo discutido hasta el momento es posible concluir de forma preliminar lo siguiente: 1) hay una tendencia en muchos países a crear entidades con autonomía respecto al resto del gobierno, particularmente el Poder Ejecutivo; 2) la premisa para tal proceder es la desconfianza respecto a la influencia del proceso político en determinadas funciones públicas; y, 3) en algunos casos particulares, los órganos cuentan con autonomía precisamente con el fin de tomar medidas correctivas ante fallos de los gobernantes.

IV. LA LOCALIZACIÓN DE LAS AGENCIAS AUTÓNOMAS DENTRO DE LA ESTRUCTURA DE GOBIERNO

a. Delimitación del problema

Corresponde ahora plantear dónde, en función de su naturaleza autónoma, deben estar localizados estos organismos dentro de la estructura gubernamental. Se trata de una pregunta, sin embargo, que requiere cautela pues, en ocasiones, las quejas respecto a la creación de órganos autónomos responden a visiones particulares y muy debatidas respecto al principio de la separación de poderes. Bajo una visión rígida y formalista se plantearía que en un sistema

Universidad Autónoma de Tlaxcala, 25 de mayo de 2001, número 2 de la revista electrónica e-Juripolis, en www.ccm.item.mx/dhcs/juripolis/archivos/arta2.pdf.

³² Esto es un riesgo inherente a la teoría de órganos autónomos pues su desempeño siempre estará mediatizado por la idoneidad de los funcionarios nombrados para su dirección. Una mala selección tendría que ser soportada por la sociedad por un período extenso de tiempo y la destitución no sería una alternativa si el desempeño, aunque pobre, no llegara al grado de incompetencia que justifique un proceso formal de separación del cargo.

político basado en la existencia de tres ramas de gobierno con funciones distinguibles entre sí, no hay espacio para entes públicos que reclamen autonomía.

Lo cierto es, sin embargo, que esa visión inflexible ha sido superada en términos históricos y doctrinales, y que ya la teoría de la separación de poderes “se muestra insuficiente para describir y explicar el proceso de poder en nuestros sistemas políticos”.³³ Tal evolución fue necesaria para poder justificar el surgimiento del Estado Administrativo durante el Siglo XX, lo cual requirió reconocer la posibilidad de que el Poder Ejecutivo realizara funciones más allá de la simple “ejecución” de las leyes. En este sentido una visión más dinámica de la separación de poderes preserva la esencia formal e institucional de la teoría, pero presenta mayor flexibilidad en términos funcionales.

Esto no contesta, sin embargo, nuestra pregunta en relación a los órganos autónomos pues éstos suponen un cuestionamiento directo de tipo estructural e institucional. De forma tentativa afirmamos que el mismo puede ser atendido sólo de dos maneras: 1) localizando o adscribiendo el órgano autónomo dentro de uno de los tres poderes tradicionales o 2) planteando que se trata de un poder distinto y separable.³⁴ La última columna de la Tabla 2 representa un esfuerzo por hacer lo primero para lo cual hemos utilizado como criterio las prácticas históricas recientes las cuales demuestran cómo la distribución se da entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Respecto a la alternativa de que se trate de un poder distinto a los tres tradicionales, la

³³ Ramón Palmer Valero, *Estructura institucional del Estado*, en MANUAL DE CIENCIA POLÍTICA 177, 179 (Ed. Rafael del Aguila 1997). Véase, además, M.J.C. VILE, CONSTITUTIONALISM AND THE SEPARATION OF POWERS 1-22 (2da ed. 1998) y VERDÚ & MURILLO DE LA CUEVA, *supra* nota 11, en las páginas 186-90. Una de las causas más importantes para lo anterior es el rol que han tomado los partidos políticos. En la medida que imponen su propia lógica institucional sobre el esquema de división de poderes, se reduce la posibilidad de que una rama de gobierno frene impulsos excesivos de la otra. Tal es el caso cuando el Primer Ejecutivo asume su rol de líder político para ejercer control sobre los legisladores que militan en su propio partido. Sobre esto se expresó el Juez Jackson del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: “Party loyalties and interests, sometimes more binding than law, extend [the president’s] effective control into branches of government other than his own and he often may win, as a political leader, what he cannot command under the Constitution.” Opinión concurrente en el caso *Youngstown Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 654 (1952).

³⁴ Sobre agencias reguladoras y separación de poderes en Estados Unidos, véase Peter L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 COLUM. L. REV. 573 (1984).

solución es problemática si se plantea en un sistema constitucional basado en el principio de la separación de los tres poderes clásicos. En ese caso habría un conflicto constitucional que necesita ser discutido de forma directa.

Aunque más adelante veremos algunas implicaciones de ambas alternativas, en este momento haremos un paréntesis para aclarar cuáles son las funciones que desempeñan los órganos autónomos. La posible categorización de las mismas debe facilitar la posterior comparación con las funciones tradicionalmente atribuidas a las tres ramas de gobierno.

b. Las funciones de los órganos autónomos

En la Tabla 2 se agrupan los órganos autónomos de acuerdo a cuatro funciones: 1) regulación, 2) fiscalización y control, 3) administración gubernamental y 4) servicios. Cada una está a su vez íntimamente relacionada con la justificación para reconocer un grado especial de autonomía a los órganos.

La primera función es la correspondiente a las agencias que se encargan de “regular”, a través de sistemas de control estatales, las actividades económicas privadas.³⁵ En segundo lugar, incluimos bajo “fiscalización y control” las oficinas de auditoría y contralorías, el Ministerio Público y fiscales anticorrupción, así como las Defensorías del Pueblo. Todas estas entidades tienen el rol de velar porque otras agencias públicas cumplan con las leyes y procedimientos establecidos. Al incluir en esta categoría al Ministerio Público y los fiscales anticorrupción debo llamar la atención a que dichas entidades tienen la autoridad para iniciar un procesamiento criminal, lo cual las distingue de todas las demás. Ante el mismo hecho de mal uso de fondos públicos, un auditor rinde un informe mientras que un fiscal anticorrupción puede decidir

³⁵ En general, ANTHONY I. OGUS, REGULATION: LEGAL FORM AND ECONOMIC THEORY (1994).

encausar al funcionario responsable.³⁶ Ambas tareas, fiscalización y procesamiento criminal, tienen en común que requieren un aislamiento institucional respecto a procesos normales de gobierno.

Por su parte, a los entes electorales y los bancos centrales les es atribuible ejercer una función de “administración gubernamental”. En ambas instancias se trata de actividades administrativas que debe realizar el gobierno cuyo trato especializado responde a que atienden asuntos de alto interés público. No obstante, cada uno cuenta con una justificación distinta para su autonomía. El aislamiento de los entes electorales responde al conflicto de interés de la administración en el poder, mientras que los bancos centrales responden, al igual que las agencias reguladoras, a la lógica de los expertos.

La cuarta función es la prestación de “servicios” a la ciudadanía, desempeñada por las corporaciones públicas y las universidades. Ambos casos son particulares pues en términos conceptuales no habría por qué suponer que los servicios públicos sean provistos de forma autónoma. Después de todo, esta es una de las labores que más comúnmente se asocia hoy día con las responsabilidades del Estado. Se asume, sin embargo, que la preferencia por decisiones tomadas por expertos mejorará el desempeño y eficiencia de las corporaciones públicas del mismo modo que se aduce para las agencias reguladoras. El caso de la universidad, sin embargo, es más difícil de encajar en las categorías esbozadas. No hay un conflicto de intereses en que el Estado quiera proveer educación a nivel superior y no hacen falta expertos más allá de lo propio en una agencia con un grado mínimo de especialización. La universidad parece haber ganado su autonomía por la combinación de una reacción histórica a intentos por influenciarla y el

³⁶ Ambos son ejemplos de accountability horizontal, aunque el elemento sancionador en el caso de emitir un informe es más atenuado. Esto, sin embargo, no lo excluye como mecanismo de control. La opinión pública puede ser determinante en ocasiones, por lo que mecanismos que descansen en la publicidad de los hallazgos suponen mayor información y transparencia sobre los asuntos públicos, lo cual es un beneficio en si mismo.

reconocimiento a su rol instrumental en la discusión abierta de ideas y la creación de opinión pública crítica.

c. Entre el Ejecutivo y el Legislativo

Vistas las funciones de los órganos autónomos, examinemos la viabilidad de localizarlas dentro del andamiaje gubernamental como parte del Ejecutivo o el Legislativo, selección que debe considerar las atribuciones conceptuales y funcionales de cada poder. Recordemos la tradicional explicación de que el Legislativo “legisla”, esto es, aprueba las leyes, mientras que el Ejecutivo “ejecuta”, las pone en vigor y asegura su cumplimiento.

El caso del Poder Legislativo es especial pues, aunque no es algo que se mencione con frecuencia, ya el propio Montesquieu había contemplado que la función de legislar incluía como atributo incidental la potestad de fiscalizar cómo el Ejecutivo pone las leyes en vigor,³⁷ con lo cual se justificaría adscribir como parte del Poder Legislativo órganos como las Defensorías del Pueblo (Ombudsman) y las Contralorías. El único problema sería recordar las limitaciones que esto entraña en cuanto al tipo de actividad que correspondería a estos órganos autónomos. Recordemos que hay quienes plantean que este tipo de ente fiscalizador no debe limitarse a emitir informes y denuncias públicas, y, en cambio, debe ser dotado de autoridad para iniciar ellos mismos procesamientos criminales. Este tipo de gestión, sin embargo, resulta claramente ajena a las atribuciones del Poder Legislativo. Por su naturaleza, son funciones ejecutivas y es a dicho poder al que compete ejercerlas. A esto no puede oponerse el planteamiento de que es deseable o se persigue conferir la facultad al Legislativo pues desconfiamos que el Ejecutivo

³⁷ Al respecto indica que “[e]l cuerpo representante no se elige tampoco para que tome ninguna resolución activa, cosa que no haría bien, sino para hacer leyes y para fiscalizar la fiel ejecución de las que existan; esto es lo que incumbe, lo que hace muy bien; y no hay quien lo haga mejor”. MONTESQUIEU, DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES 148 (Trad. Nicolás Estevanez, Editorial Porrúa 2001) (1748). Poco después se expresa en términos más concretos: “Pero si el poder legislativo, en un Estado libre, no debe inmiscuirse en las funciones del ejecutivo ni paralizarlas, tiene el derecho y debe tener la facultad de examinar de que manera las leyes que él ha hecho han sido ejecutadas”. *Id.* en la pág. 151.

actúe en contra de sus propios intereses. Es precisamente ante dicha posibilidad que se crean espacios de autonomía dentro del Ejecutivo con funciones de procesamiento criminal.³⁸

Ahora, catalogar funciones o actuaciones como de carácter “ejecutivo” acarrea sus propias complejidades. Afirmar que el Ejecutivo “ejecuta” las leyes no sólo resulta insuficiente, sino que no corresponde con la realidad histórica y política. En términos políticos la percepción pública en países con sistemas representativos contemporáneos es que el Primer Ejecutivo es un líder con la capacidad de formular política pública y no un mero agente que pone en vigor los mandatos estatutarios del Poder Legislativo. De otra parte, en términos históricos la situación es interesante por el desfase entre las condiciones presentes al elaborarse la doctrina y las actuales. La disposición de la Constitución de los Estados Unidos donde se consigna que el Presidente tiene el deber de asegurar el fiel cumplimiento de las leyes, en modo alguno contemplaba en 1787 la supervisión del Estado Administrativo desarrollado en el Siglo XX. La diferencia no es una que pueda reducirse, sin embargo, al número de leyes vigentes o la complejidad de las mismas. La propia naturaleza de la “ejecución de las leyes” no tenía el carácter administrativo actual y era más bien parte de una noción general del Estado como dispensador de justicia.³⁹

³⁸ En este sentido cabe distinguir el problema de los frenos y contrapesos entre el Legislativo y el Ejecutivo, de la justificación para crear organismos autónomos dentro del segundo. O'Donnell diferencia ambos casos llamando *accountability horizontal* “de balance” al primero y “asignado” al que acontece entre agencias. No se trata, sin embargo, meramente de dos modelos alternativos. El segundo surge precisamente como alternativa a limitaciones inherentes al proceso de balance entre el Ejecutivo y el Legislativo, incluyendo el que este tipo de conflicto resulta dramático por su carácter constitucional, la legitimidad electoral que pueden reclamar ambas partes y las motivaciones partidarias fácilmente atribuibles. O'Donnell, *supra* nota 13.

³⁹ Cuando la doctrina inglesa en el Siglo XVII sólo reconocía dos poderes: el legislativo y el ejecutivo, en el caso de éste último tenía como referente una función de naturaleza judicial. JACK N. RAKOVE, *ORIGINAL MEANINGS: POLITICS AND IDEAS IN THE MAKING OF THE CONSTITUTION* 246-49 (1996) (“[B]ecause the process of doing justice also comprised nearly the entire corpus of executive duties, the administration of government still largely meant the administration of royal justice, while the truly executive aspect of this power was literally to carry out the judgments of the courts. This equation of executive and judicial power also reflected the absence of anything like a national bureaucracy exercising broad administrative functions”. *Id.* en la pág. 247. Recordemos que al explicar los poderes de gobierno Locke sólo señaló el Legislativo, el Federativo y el Ejecutivo, excluyendo el Judicial. JOHN LOCKE, *TWO TREATISES OF GOVERNMENT* 364-66 (Peter Laslett ed., Cambridge Univ. Press 1988) (1690). Véase VILE, *supra* nota 33 en las págs. 23-105.

Sin embargo, se trata de dificultades superadas hoy día en muchos países que adoptaron constituciones durante el pasado siglo las cuales incorporan la realidad administrativa del Poder Ejecutivo en el Estado. Las mismas trascienden la mera ejecución de las leyes y contemplan expresamente el rol del Poder Ejecutivo en la formación de política pública y la dirección de la administración pública. Tal es el caso de Argentina, donde el Presidente es reconocido como “el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país” y Chile donde el “gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente”.⁴⁰

De este modo, no albergamos duda de que los órganos autónomos puedan ser considerados parte del Poder Ejecutivo por la naturaleza de sus funciones y sin menoscabo del aislamiento operacional que el ordenamiento les reconozca. Claro, la plausibilidad de que un órgano autónomo pueda estar adscrito a cualquiera de los poderes, el Ejecutivo y el Legislativo, es un asunto distinto a cuál es la asignación más conveniente. Por ejemplo, la fiscalización que ejerce un Auditor General pudiera estar adscrita a cualquiera de los poderes. Sin embargo, brinda más garantías colocarlo como parte de la dinámica en que el Legislativo fiscaliza al Ejecutivo. Lo que queremos resaltar es que por la naturaleza de lo que hace cada una de los órganos autónomos, ninguno es incompatible con lo que comúnmente conocemos como la función ejecutiva.

Por último, al igual que adscribir entes fiscalizadores al Poder Legislativo conlleva como limitación el no otorgarles funciones de procesamiento criminal, adscribir órganos autónomos al Poder Ejecutivo igualmente implicaría limitar un tipo de tarea que no deberían desempeñar. Nos

⁴⁰ Véase el Artículo 99(1) de la Constitución de Argentina y el Artículo 24 de la Constitución de Chile. Esto está relacionado con la combinación típica en varios países latinoamericanos de sistemas constitucionales con una estructura parecida a la norteamericana, pero con un sistema de administración pública de extracción europea. CARLOS SANTIAGO NINO, *THE CONSTITUTION OF DELIBERATIVE DEMOCRACY* 7 (1996).

referimos a la fiscalización que excede la verificación del cumplimiento de las normas legales establecidas y entra en consideraciones de política pública. Si se desea que los entes fiscalizadores puedan pasar juicio sobre el grado de efectividad de una política pública que está siendo implantada por el gobierno, nos parece que dicho órgano debería adscribirse como parte del Poder Legislativo. Es a este último a quien compete dentro de la estructura gubernamental realizar la función política de fiscalizar al Ejecutivo. En este sentido favorecemos el desarrollo dentro del Ejecutivo el *accountability horizontal legal*, mas no un *accountability horizontal político*.

d. El reconocimiento de órganos constitucionales autónomos

Ya antes habíamos indicado que localizar o adscribir cada uno los órganos autónomos al Poder Ejecutivo o el Legislativo no era la única alternativa para atender el tema de su localización en la estructura del sistema gubernamental. Otra que ha visto un desarrollo reciente es la de elevar a rango constitucional la existencia de estas entidades con lo cual el conflicto se supera, al menos en su fase normativa.

El caso más llamativo es la Constitución de Colombia de 1991, la cual dispone en su Artículo 113 lo siguiente:

Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Además de los órganos que la integran existen otros autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Hay otros casos en que el reconocimiento es más atenuado pues no hay referencias directas al concepto del órgano autónomo, pero se dispone constitucionalmente la creación de entidades con tales atributos. Al respecto, la Constitución de Guatemala reconoce al Ombudsman, la de Chile el Banco Central y la de Puerto Rico la Oficina del Contralor. Se suele

mencionar como precedente de estos desarrollos la creación de Tribunales Constitucionales en países europeos, considerados como “órganos constitucionales” por razón de ser establecidos y configurados expresamente por la Constitución y ser considerados componentes fundamentales de la estructura constitucional.⁴¹

Claro, la opción de conceder a los órganos autónomos un rango constitucional es una decisión valorativa que variará de acuerdo a cada país y dependerá del problema más agudo de que estén en disposición de iniciar procesos de reforma constitucional.⁴²

V. CONCLUSION

Son muchas las variables envueltas en una discusión como la precedente, por lo que en modo alguno hemos abarcado todas las posibilidades en cuanto al significado y consecuencias de la creación de órganos autónomos. Sí esperamos, sin embargo, haber colaborado en diseñar una plataforma que permita examinar el desarrollo del tema en cada país a la luz de los argumentos aquí esbozados. Mientras no haya una salida a la crisis de la representación política, es de esperar más presión para buscar avenidas de escape y las virtudes de las entidades autónomas son sumamente atractivas para el discurso público.

Después de todo, ¿quién se opone a la premisa de que hay que tener desconfianza a los gobernantes? ¿Quién negaría que la corrupción justifica dudar sobre el manejo adecuado de los recursos públicos? ¿Quién se opondría a que funcionarios íntegros no sean removidos de sus cargos al finalizar cada elección? Apelar a estas ideas no es difícil, por lo que es importante

⁴¹ Véase Manuel García-Pelayo, *El “status” del Tribunal Constitucional*, 1 REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL 1 (1981). El órgano constitucional debe distinguirse del órgano de “relevancia” constitucional, el cual es meramente mencionado en la constitución. *Id.*

⁴² En favor de constitucionalizar el concepto de órganos autónomos en México, véase Gil Rendón, *supra* nota 31, y Jaime F. Cárdenas Gracia, *Esbozo para un estudio comparado de las constituciones centroamericanas*, 88 BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO 61 (1997).

tomar en consideración de forma responsable las implicaciones envueltas, rechazar fórmulas mágicas y ponderar cada propuesta de forma particular.

Por ejemplo, parecería claro que el ente autónomo debe ser una opción disponible para casos de conflicto de intereses. Sin embargo, los demás casos deberían requerir un nivel mayor de justificación pues resultan en principio inconsistentes con la representación política e implican despojar de una tarea a la estructura tradicional del Poder Ejecutivo.

De otro lado, hay temas que quedan abiertos para discusión pues dependen del diseño constitucional y administrativo de Ejecutivo en cada país. Tal es el caso del tipo de relación que debe tener el Primer Ejecutivo con los funcionarios de la Rama Ejecutiva. Aunque podemos asumir una relación jerárquica de supervisión, hay margen para debate sobre el nivel de control legal que debiera tener un Primer Ejecutivo en estos casos.⁴³

Por último, los atributos de autonomía de los entes bajo discusión no deberían ser impedimento para que sobre los mismos se establezcan exigencias que aseguren que sus decisiones respondan al mejor interés público. La experiencia del derecho administrativo en Estados Unidos en el pasado siglo puede resultar aleccionadora para los órganos autónomos justificados por el principio de que sean expertos y no políticos quienes tomen las decisiones. Principios importantes del derecho administrativo en ese país fueron desarrollados a través de decisiones judiciales a partir de las décadas del 1930 y 1940, cuando comenzaron a brindar deferencia a las agencias a base del conocimiento técnico de éstas. Con el tiempo esta actitud fue sustituida por escepticismo, lo cual dio paso a: mayores niveles de transparencia, la necesidad de abrir los procesos a la participación ciudadana y la exigencia de que las agencias expusieran la racionalidad de sus decisiones.⁴⁴

Se trata, sin lugar a dudas, de consideraciones fundamentales para toda entidad pública y nos parece que deben ser puntos de referencia en toda discusión sobre nuevos entes públicos, particularmente los que aspiran a tener atributos de autonomía.

⁴³ El tema se discute en Estados Unidos en torno al concepto del Ejecutivo Unitario, doctrina conservadora que plantea como principio constitucional que el Poder Ejecutivo lo posee quien ostente el cargo de Presidente, lo cual supone que pueda ejercer un control directo sobre todas las agencias administrativas. Véase Christopher S. Yoo, Steven G. Calabresi & Anthony J. Colangelo, *The Unitary Executive in the Modern Era, 1945-2004*, 90 IOWA L. REV. 601 (2005) y Sailkrishna Prakash, *The Essential Meaning of Executive Power*, 2003 U. ILL. L. REV. 701 (2003).

⁴⁴ Shapiro, *supra* nota 31, en la pág. 356.

TABLA 1 – RESPUESTAS A LA CRISIS DE LEGITIMIDAD

Alternativa	Relación con sistema estatal	Relación con lógica del sistema representativo	Ejecutor	Tipo de accountability
1. Elegir representantes de otro partido político.	Interno	Consistente	Ciudadanos	Vertical
2. Elegir representantes de un nuevo partido o candidatos independientes.	Interno	Consistente	Ciudadanos	Vertical
3. Legislación para establecer sanciones o aumentar las existentes.	Interno	Consistente	Estado	Horizontal
4. Legislación creando agencias aisladas de la influencia política	Interno	Inconsistente	Estado	Horizontal
5. Nuevas tendencias de administración pública (“new public management”)	Interno	Consistente	Estado	Horizontal
6. Privatización y desreglamentación	Externo	Consistente	Estado	N/A
7. Sociedad civil/Tercer Sector	Externo	Inconsistente	Ciudadanos	Social
8. Participación ciudadana	Interno/Externo	Consistente/Inconsistente	Estado/ciudadanos	Vertical/social

TABLA 2 – ORGANOS AUTONOMOS

Órgano autónomo	Tipo de función	Justificación para autonomía	Localización clásica en sistema de división de poderes
1. Agencias reguladoras	Regulación	Expertos	E
2. Corporaciones públicas	Servicios	Expertos	E
3. Entes electorales	Administración gubernamental	Conflicto	E
4. Oficinas de auditoría y contralorías	Fiscalización y control	Conflicto	L
5. Ministerio Público y fiscales anti-corrupción	Fiscalización y control	Conflicto	E
6. Defensorías del Pueblo y los derechos humanos	Fiscalización y control	Conflicto	L
7. Bancos centrales	Administración gubernamental	Expertos	E
8. Universidades	Servicios	Libertades ciudadanas	E