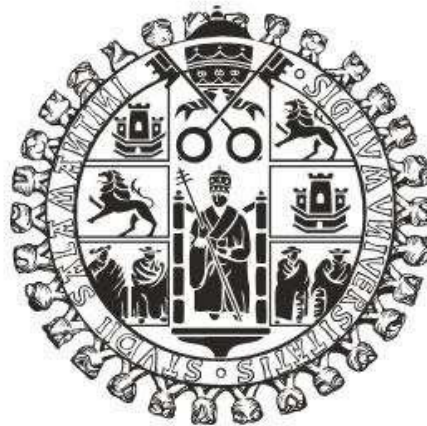


**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**

**FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO,  
FINANCIERO Y PROCESAL**



**Transformaciones del Estado y las nuevas exigencias del control de la corrupción: transparencia fiscal, control administrativo y control social.**

---

Tesis doctoral presentada por Don Helio Saul Mileski para obtener el grado de Doctor en Derecho, dirigida por el Prof. Dr. Pedro T. Nevado-Batalla Moreno, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca,

Fdo. Helio Saul Mileski

Fdo. Dr. Pedro T. Nevado-Batalla  
V. B°. Director

## **Agradecimientos**

A mi familia, especialmente mi señora Nelci e hijos, por la comprensión de mi alejamiento de su convivencia en el período presencial del doctorado en el que todos nosotros estuvimos nostálgicos unos de los otros. Por el indispensable estímulo a la elaboración de este trabajo, mismo cuando esto representaba un nuevo tipo de alejamiento de la convivencia familiar.

A los profesores del Curso de Doctorado de la Universidad de Salamanca que participan del “*Programa de Doctorado Aspectos jurídicos y económicos de la corrupción*” por la excelencia del curso ministrado.

A mis colegas del curso de doctorado, de diversa edades, orígenes y nacionalidades, cuya fusión de culturas y experiencias de vida me proporcionó un inmenso ganado de naturaleza personal y cultural, en consecuencia de la alegría, jovialidad y capacidad intelectual de todos.

Al Dr. Pedro T. Nevado-Batalla Moreno, mi Director de Tesis y Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de la Salamanca, jurista de nombrada, profesor homenajeado, reconocido y respetado en el ámbito académico español y europeo, a quien expreso mi eterna gratitud por la forma con que dirigió y orientó la realización de este trabajo. La grandiosidad de su conocimiento científico no empaña su personalidad de hombre afable, de trato simple y que demuestra consideración por todos, principalmente por sus alumnos. Un verdadero Maestro.

## SUMARIO

<b>Introducción.....</b>	<b>7</b>
<b>Capítulo I - Evoluciones y transformaciones del Estado.....</b>	<b>13</b>
<b>I - Antecedentes históricos.....</b>	<b>16</b>
1 – El Estado Antiguo.....	17
2 – El Estado Medieval.....	19
3 – El Estado Moderno.....	20
<b>II – El Estado pré-consitucional y constitucional.....</b>	<b>25</b>
1 – El Estado Liberal.....	26
2 – El Estado Social.....	28
3 – El Estado democrático de Derecho.....	30
3.1 – El Estado de Derecho.....	30
3.2 – El Estado Social de Derecho.....	34
3.3 – El Estado Democrático de Derecho y el Estado Social y Democrático de Derecho.....	36
<b>III – Evoluciones actuales del Estado.....</b>	<b>42</b>
1 – El Estado pluralista.....	51
2 – El Estado transparente y participativo.....	57
3 – La nueva configuración del Estado y su proyección para el futuro.....	68
<b>Capitulo II – Turbulencia Económica Global y sus reflejos en el Estado contemporáneo.....</b>	<b>80</b>
<b>I – Factores econômicos.....</b>	<b>80</b>
<b>II – Factores Políticos.....</b>	<b>87</b>
<b>III – Factores relativos a la prestación de cuentas.....</b>	<b>98</b>

<b>Capítulo III – Administración Pública y Derecho Administrativo.....</b>	<b>106</b>
<b>I – Antecedentes históricos y evolutivos de la Administración Pública.....</b>	<b>110</b>
<b>II – Administración Pública y Estado Social y Democrático de Derecho.....</b>	<b>121</b>
<b>III – Tendencias actuales de la Administración Pública.....</b>	<b>134</b>
1 – Reforma Administrativa y Buena Administración.....	166
1.1 – Ética Pública.....	174
1.2 – Buen Gobierno y Buena Administración.....	183
1.3 – El buen gobierno en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas y en el Libro Blanco de la Gobernanza Europea.....	195
2 – Sociedad del Conocimiento.....	205
3 – La nueva Administración Pública.....	212
<b>Capítulo IV – Reforma Presupuestaria y Fiscal.....</b>	<b>238</b>
<b>I – Soporte constitucional de la transparencia presupuestaria y fiscal.....</b>	<b>241</b>
<b>II – Principios dirigidos a la transparencia presupuestaria y fiscal....</b>	<b>259</b>
1 – Principio de la definición clara de funciones y responsabilidades...	261
2 – Principio del acceso público la información estatal.....	263
3 – Principio del acceso a los procedimientos de elaboración, ejecución y prestación de cuentas del presupuesto.....	265
4 – Principio de las garantías de integridad de las informaciones fiscales.....	269
<b>III – Estructura normativa legal y el control de la responsabilidad presupuestaria y fiscal.....</b>	<b>270</b>
<b>Capítulo V – El Control de la Administración Pública.....</b>	<b>289</b>
<b>I – Aspectos de comprensión del Control y sus formas.....</b>	<b>295</b>

1 – El Control Institucional.....	307
2 – El Ministerio Público.....	308
3 – El Control Judicial.....	313
3.1 – Sistema de dobla jurisdicción: contencioso judicial y contencioso administrativo.....	315
3.2 – Sistema de jurisdicción una.....	317
3.3 – El sistema de control jurisdiccional en Brasil y en España.....	318
<b>II – El control financiero y presupuestario.....</b>	<b>329</b>
1 – El control interno.....	331
2 – El control externo.....	342
3 – Entidades Fiscalizadoras Superiores en la Unión Europea.....	347
3.1 – Modelos de EFS en el escenario Europeo.....	350
3.2 – Sistema Unipersonal: el control del Reino Unido.....	354
3.3 – Sistema colegiado.....	358
3.3.1 – El Tribunal de Cuentas y su función de control en la estructura del Estado Contemporáneo.....	359
3.3.2 – El Tribunal de Cuentas como órgano inherente al Estado Democrático de Derecho.....	361
3.3.3 – El Tribunal de Cuentas en España y en Brasil.....	362
<b>III – El control social.....</b>	<b>375</b>
1 – Transparencia y Control Social.....	376
2 – El ejercicio del control social es limitado a los aspectos políticos y culturales de la sociedad.....	384
3 – El control social es un aliado del control institucional.....	391
<b>Capítulo VI – Corrupción, Administración y Control.....</b>	<b>392</b>
<b>I – Origen, noción y concepto de corrupción.....</b>	<b>396</b>
1 – Origen y noción de corrupción.....	396
2 – Corrupción como fenómeno político y económico.....	403
3 – Concepto de corrupción: corrupción pública y corrupción privada.....	406

<b>II – Formas de manifestación de la corrupción.....</b>	<b>414</b>
1 – La corrupción como problema cultural.....	416
2 – La corrupción como problema político.....	423
3 – La corrupción como problema económico.....	428
<b>III – Administración Pública y corrupción.....</b>	<b>431</b>
1 – Comercio internacional, globalización, delincuencia organizada y corrupción.....	434
2 – Derecho Sancionador como freno a la corrupción.....	438
3 – Estrategias de los países en el combate a la corrupción.....	441
<b>Capítulo VII – Conclusiones.....</b>	<b>447</b>
<b>Relación Bibliográfica.....</b>	<b>455</b>

## 1. Introducción

La elección del título de la presente tesis es consecuente del trabajo que se pretende desarrollar, una vez que posibilita la fijación de una visión universal del Estado y de la Administración Pública, con utilización del derecho comparado, especialmente de España y Brasil. Así, qué se pretende es el estudio de las transformaciones del Estado y las nuevas exigencias del control de la corrupción: transparencia fiscal, control administrativo y control social, para lo que será llevada en consideración a la evolución estatal que ocurrió para el establecimiento del período llamado de postmodernidad, con implementación de la democracia plural y participativa en la conducción política del Estado y de la Administración Pública. Por su vez, la democracia participativa, por estar enchufado al principio de la transparencia, resulta en el objetivo de ser establecido un efectivo control social, factores que son imprescindibles para la concienciación política de un pueblo y la consecuente evolución de una nación y del propio Estado.

Esas nuevas perspectivas del Estado postmoderno crea nuevos paradigmas de acción del Estado y de la Administración Pública para el siglo XXI, consonante una nueva forma de ser entendido el Derecho.

A ese impacto de mutación se denominó de crisis de la modernidad, exigiendo como solución nuevas formas de concebir y de administrar la cosa pública. Como bien refiere Walesca Vasconcelos<sup>1</sup>, consonante manifestación de Norberto Lechner<sup>2</sup>, *“el ambiente postmoderno nos ayuda a tornar relativa la centralización de la política y del Estado, introduciendo una política de sociabilidad menos rígida y un gobierno más lúcido, lo que conferirá a los procesos de democratización su dinámica, pero también una cierta inestabilidad”*.

Éste es el Estado postmoderno que, empezándose al final del siglo XX, está si formatando para el 3º milenio. Momento histórico en que está siendo buscada una mejor legitimación para el ejercicio del poder, con involucramiento del pluralismo político y jurídico, de la participación popular y

---

<sup>1</sup> VASCONCELOS, Walesca de B. deC., *“Pós-modernidade e democracia participativa na Administração Pública Brasileira”*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 7, nº 76, p.27/32, jun.2007.

<sup>2</sup> LECHNER, Norbert, *“Los patios interiores de la democracia: subjetividad y política”*. 2ª edição. México: Fondo de Cultura Económica Carretera Pícache-Ajusco 227, 2002, p.112/113.

de la transparencia absoluta de todos los actos practicados en nombre del Estado. Por eso, se dice que el Estado postmoderno tendrá de ser un Estado eficiente, probo y transparente. Tendrá de ser un Estado ágil, que produzca servicios públicos con eficiencia para el ciudadano. Deberá ser transparente, demostrando y dando ciencia de toda acción administrativa practicada, sea ella de la naturaleza que sea. Sin embargo, de nada adelantará ser un Estado eficiente y transparente si no es probo. La honestidad en suya acción será punto imprescindible en el Estado contemporáneo, el Estado del tercer milenio.

En ese contexto, la Administración Pública también está bajo proceso de transformación, buscando el establecimiento de una estructura que compatibilice suya acción al nuevo tipo de Estado. En ese sentido, Araña Muñoz Rodríguez<sup>3</sup>, menciona que la modernización es actualización permanente de la Administración, ocurriendo de acuerdo con las exigencias del momento y del lugar, no siendo proceso acabado, pero continuada adaptación a las funciones y responsabilidades que la sociedad demanda.

En la línea de ese entendimiento, de que se debe buscar la modernización de la Administración, Odete Medauar<sup>4</sup> refiere que, entre las principales ideas de fondo de las reformas, están: “a) *Administración a servicio del ciudadano, significando un nuevo modo de relacionarse con la sociedad; b) transparencia; c) Administración eficiente; d) privatización difusa, bajo dos aspectos: d1) transferencia, al sector privado, de atribuciones públicas, con reducción de número de órgano de la Administración; d2) expansión de prácticas inspiradas en el derecho privado, consecuente, incluso, técnicas de gestión que priorizan los resultados, el llamado ‘new public management’, de origen inglés*”.

Junto a ese nuevo contexto de Administración Pública, sumase, todavía, una nueva exigencia de procedimiento, con producción de indudables modificaciones en la rutina administrativo-financiera del Estado, que es la transparencia presupuestaria, representando una reciente e importante contribución a la causa de la buena gobernanza.

---

<sup>3</sup> RODRIGUEZ, Araña Muñoz, “*Sobre las últimas reformas administrativas en España*”. Rev. trim. dir. pub., vol. 1, p.214, 2000.

<sup>4</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.133.



Siendo éstos los principios regidores del nuevo tipo de Estado y de la nueva forma de actuar de la Administración Pública, es evidente que los sistemas de control también tendrán de apurar suya acción en busca de mayor eficiencia, en el sentido de actuar de forma más rápida y efectiva en la apuración de los hechos, buscando decidir de manera más rápida los procedimientos de auditoría y de rendición de cuentas, para ser dada una lista respuesta a la sociedad de suya acción fiscalizadora.

Logicamente que ese control deberá ser ejercido de forma proba, sin si dejar envolver en circunstancias contrarias al principio de la probidad administrativa, así como evitar que haya desperdicio de dinero público, su malversación o la práctica de corrupción. Deberá ser un control transparente, asegurando el contradictorio y la amplia defensa en los actos de fiscalización, con juicio y decisiones públicas, a fin de favorecer el control social.

Esa nueva concepción de Estado y de Administración Pública, teniendo en cuenta los principios de eficiencia, probidad y transparencia, con involucrimiento de un nuevo tipo de acción controladora, lleva el Estado a una nueva postura en el combate la corrupción.

La corrupción, como fenómeno social, político y principalmente económico, posee una larga historia, aunque hasta poco tiempo fuese casi que enteramente desconocida del grande público. Posiblemente, este hecho se deba al tipo de Estado predominante hasta algún tiempo atrás. En los Estados totalitarios y despóticos, o mismo en los Estados democráticos, el ciudadano no poseía acceso, o éste era extremadamente reducido, a cualquier tipo de información sobre a acción del Estado y sus dirigentes, sin poseer, en consecuencia, el poder de interferir o influir en los actos practicados por los dirigentes estatales.

Así, se puede decir que es reciente la preocupación con el fenómeno corrupción, teniendo en vista que el Estado moderno, esencialmente de naturaleza democrática, con fundamentos de Estado de Derecho, donde el principio de la legalidad es de cumplimiento obligatorio, pasó a dirigir suya acción específicamente para el servicio del interés público, por eso no permitiendo que los dineros, bienes y valores públicos sean utilizados en provecho propio del gobernante o de terceros.

Por consecuencia del Estado Democrático de Derecho, se

solidificaron los principios de libertad individual, con la libertad de prensa pasando a desarrollar un papel fundamental en la divulgación de los actos de corrupción practicados por los dirigentes estatales, repercutiendo de forma a influenciar sobre el ciudadano, que pasó a exigir una conducta ética de los gobernantes, en razón de los serios perjuicios causados por la corrupción.

De esa forma, al final de según milenio cristiano, el contexto de libertad produjo un grado de informaciones hasta entonces nunca experimentado. De esa difusión de informaciones resultó el conocimiento de que la corrupción minaba las estructuras del Estado Democrático de Derecho, teniendo en vista que envuelve acción discrepante del interés público y deja la Administración Pública doblada al peso de los intereses particulares, por eso, debiendo ser un de los grandes factores de combate en el Estado del 3º milenio.

Para ser estudiado ese nuevo tipo de Estado y Administración Pública, que irá a si constituir en el Estado del Siglo XXI, se elaboró un Plan de Trabajo con el siguiente orden secuencial:

Se inicia por la introducción, donde serán referidos los objetivos del trabajo y su estructura organizacional, demostrando como serán realizadas los análisis propuestos. A continuación, procedersela en el desarrollo del factor de estudio que orientará todos los demás objetivos de la tesis, la evolución del Estado y su transformación en el período postmoderno. En ese aspecto, se analizan las evoluciones y transformaciones del Estado, verificándose los antecedentes históricos, el período pre-constitucional y constitucional, juntamente con las evoluciones actuales del Estado.

En el período postmoderno, el estudio será concentrado en el Estado Democrático de Derecho, con verificación de como él se encuadra en el Estado contemporáneo y postindustrial y como está si formatando para el Siglo XXI, con estudio de sus principales características - pluralismo, participación popular y transparencia. En esa línea de entendimiento será producido un examen de los reflejos causados por la crisis económica mundial de 2008, en el Estado contemporáneo.

Consolidado el entendimiento sobre ese nuevo tipo de Estado, se pasa al estudio de la Administración Pública y del Derecho Administrativo, quiénes deberán tener una nueva conformación, en el sentido de adquirir una función adecuada la nueva forma orientadora de la acción estatal. Así, será

procedido examen de cual si moderniza la Administración Pública adentro del nuevo Estado Democrático de Derecho.

En el examen de esa nueva forma de Administrar, será analizada la forma transparente y participativa de la Administración, así como los elementos necesarios a la Reforma Administrativa y al establecimiento de la Buena Administración, que posibilitan una nueva visión interpretativa de principios administrativos. Para tanto, en secuencia, serán estudiados los preceptos de la ética pública, de la sociedad del conocimiento y del surgimiento de una nueva Administración Pública, con verificación de cual si da el buen gobierno en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas y en el Libro Blanco de la Governanza Europea, culminando con el análisis de las cuestiones que nortean a Reforma Administrativa para un Buen Gobierno.

Como lo más reciente factor de exigencia para el establecimiento de la Buena Governanza es la transparencia presupuestaria, teniendo en vista que su fundamento es inspirado en el concepto de “accountability”, debe ser entendida cómo responsabilidad en el trato de los bártulos y dineros públicos, rendición de cuentas y control social, por esto, delante de la relevancia de su aplicación en el ámbito de la Buena Administración, en secuencia a la Administración Pública, se pasa a examinar los aspectos económicos de la ordenación constitucional y a continuación los cuatro principios constituidores de la Transparencia presupuestaria. Verificados los aspectos teóricos de la transparencia presupuestaria, en el tópico siguiente se examina la regulación legal contenida en la Ley de responsabilidad presupuestaria y el respectivo control legal determinado.

Como como en ese nuevo tipo de Estado será necesaria una Administración Pública transparente y participativa, en la cual estén estructurados y atendidos los principios de la transparencia presupuestaria, invariablemente, el control a ser ejercido sobre todo el actividad estatal y administrativa, será preponderante para que ocurra una acción regular adentro de los principios del Estado Democrático de Derecho.

Así, en el Capítulo V de la presente tesis, deberá ser analizado el sistema de control de la Administración Pública, teniendo en cuenta las formas de ejercicio del control y, especialmente, los: control institucional; control interno; control externo; control social; Ministerio Público; y control judicial.

Por fin, considerando que la corrupción del sector público es una de las mayores preocupaciones de la actualidad y del Estado Democrático de Derecho postindustrial, que afecta directa e indirectamente a acción del Estado postmoderno, deberá ser examinada la corrupción y su relación con la Administración y el sistema de control, llevándose en cuenta el concepto de corrupción; las formas de manifestación de la corrupción; los aspectos jurídicos y económicos de la corrupción; la corrupción como problema cultural; la corrupción como problema político, las estrategias adoptadas por los países en el combate a la corrupción; así como la Reforma que debe ser efectuada y el esmero de los sistemas de control en el combate a la corrupción.

Terminando la tesis elaborada, en el último tópico de abordaje, serán presentadas las conclusiones alcanzadas en el estudio efectuado.

## Capítulo I - Evoluciones y transformaciones del Estado

Es indudable que los grandes cambios que se procesaron en el mundo, en el decurso de los tiempos y, especialmente, en el período del último siglo – el siglo XX – cuando hubo acontecimientos que marcaron de forma indeleble la humanidad, revolucionando la economía, la política y el derecho, la sociedad, aunque se envolviendo en tristes y contundentes experiencias como la de dos guerras mundiales, de incontables otros conflictos bélicos, debates ideológicos, filosóficos y sociales, supieron transformar las agruras y tristezas en desarrollo, haciendo surgir en favor del hombre progresiones científicas, económicas y sociales, con perfeccionamiento de las organizaciones jurídicas, políticas y estatales, que propiciaron el surgimiento de un nuevo modelo de Estado, configurado en dirección y protección al ciudadano, un Estado policrático<sup>5</sup>, el Estado Democrático de Derecho.

Esta nueva conformación del Estado Democrático de Derecho, aunque pensadores de la estirpe de Ferrajoli sean un tanto pesimistas en cuanto al porvenir del Estado, en la medida que consideran que las orientaciones e tendencias de la actual política mundial están yendo en dirección opuesta<sup>6</sup> a la construcción de soluciones para problemas que aún se encuentran pendientes (materialización de los derechos individuales), con posibilidades de ser practicadas en consecuencia de la evolución del llamado Estado post-moderno, no queda duda de que aún no fue encontrada una forma mejor para ser alcanzado el bienestar del ciudadano.

Adentro de ese nuevo concepto de Estado, para el tercer milenio, comienza ser enmarcado un Estado dirigido para tres aspectos fundamentales: que sea un Estado eficiente, transparente y probo. Tendrá de ser un Estado ágil y que produzca servicios públicos con eficiencia para el ciudadano. Debe ser transparente, demostrando y dando ciencia de toda acción administrativa practicada, sea ella de la naturaleza que sea. Todavía, no

---

<sup>5</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, in “*O Parlamento e a Sociedade como Destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas*”, conferencia proferida en el Encuentro Luzco-Brasileño de Tribunales de Cuentas, realizado en el Estoril, Portugal, de 19 a 21 de marzo de 2003. Publicada in “*O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais*”. Belo Horizonte: Editor Fórum, 2003, pg. 41. El conferencista, citando Alain Peyrefitte y Arthur F. Bentley, llama de Estado Policrático, el Estado fundado en una sociedad pluralista, cuya expresión designa “*el todo social que compuerta el convivir de grupos de individuos con intereses definidos y que desarrollan una actividad ajustada para realizarlos, apuntando esa riqueza de la diversidad como un de los trazos más diferenciales entre las sociedades de la pasado y las contemporáneas*”.

<sup>6</sup>FERRAJOLI, Luizi, “La soberanía en el mundo moderno”. Traducción de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 59.

adelanta ser un Estado eficiente y transparente si no es probo. La honestidad en suya acción será punto imprescindible en el Estado del tercer milenio.

Sin embargo, para que ése Estado sea concretado tendrá de haber un sistema de control igualmente apurado. Un control que acompañe, evalúe y produzca corrección de las distorsiones encontradas, cual sea: un control también eficiente, transparente y probo.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>7</sup>, resalta que el Estado, en el decurso de los tiempos, presenta aspectos evolutivos interesantes: el Estado en sus primórdios era totalitario, por eso, suya acción no era dirigida para el interés público, sino para el interés del gobernante, confundiendo la cosa pública con las cosas del príncipe – “*res publicae res principis*” – razón por la cual pasó a ser contestada la legalidad del ejercicio del Poder. Con la Revolución Francesa, se instaló el Estado Liberal y con él el Estado de Derecho, con el gobernante solo pudiendo realizar aquello que la ley autorizar, así, el siglo XIX quedó conocido como el siglo de la legalidad.

Mientras, la instalación del Estado de Derecho no fue suficiente para producir una acción efectiva en favor del interés del ciudadano, principalmente porque el gobernante no tenía cualquier especie de comprometimiento con la población, pues no era por ella escogido. se pasó, entonces, a contestar la legitimidad del ejercicio del poder por el gobernante, haciendo venir a nacer el Estado Democrático de Derecho, un Estado donde los ciudadanos escogen sus gobernantes y quiénes deben ejercer el poder del Estado de acuerdo con la ley y en favor del interés público, por esto, el siglo XX pasó a ser conocido como el siglo de la legitimidad.

La regularidad de acción del Estado Democrático de Derecho depende de un factor que no quedó estructurado de manera satisfactoria en el siglo XX, el sistema de control. Aunque haya ocurrido el establecimiento de la legalidad y de la legitimidad del ejercicio del Poder del Estado, el sistema de control de suya acción administrativa se mostró incipiente para evitar el desperdicio de dinero público; de exigir de las autoridades el comprometimiento con políticas públicas de interés de la población; de combatir los actos de corrupción, etc. Por esos motivos, posiblemente el siglo XXI será el siglo del control.

---

<sup>7</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, in “*Mutações do Direito Público*”. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 27.

Así, en consecuencia de las varias crisis del Estado que proporcionaron su evolución, el Estado post-industrial, con utilización creciente de la computación, de la automatización, de medios electrónicos en la industria y en todos los campos de la actividad económica, en tiempos de globalización y agilización de la información por el internet, proporciona la compaginación de un nuevo tipo de Estado, que busca establecer protección a los derechos fundamentales del ciudadano, con la Constitución fijando garantías y salvaguardas de estos derechos.

Como bien resalta Paulo Bonavides<sup>8</sup>, los métodos de modernización del Derecho Constitucional abrieron camino para la implantación de la teoría material de la constitución, de lo post-positivismo, bien como de todos los movimientos renovadores, proporcionando que la ley suprema viniese a asentarse alrededor de los derechos fundamentales, no solo relacionándolos en textos formales, pero, lo que es más importante, buscando garantizarlos materialmente.

Ese contexto de la moderna teoría constitucional se da de acuerdo con la nueva concepción del Estado Democrático de Derecho, lo cual, en el formato adoptado por el constitucionalismo occidental, se estructura con base en una democracia pluralista. El carácter pluralista de la sociedad, en la visión de José Afonso da Silva, que adopta el posicionamiento de André Hauriou, se traduce en el pluralismo de las opiniones entre los ciudadanos<sup>9</sup>, realizándose como principio de la democracia de poder abierto y estableciendo la unión entre la libertad y la multiplicidad de medios de vida<sup>10</sup>.

Por su vez, Peter Häberle, refiere que este modelo de Estado está garantizado por varios elementos, entre quienes está una democracia plural y la concesión de derechos también pluralistas<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo, in *“Curso de Direito Constitucional”*, 16ª edição atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, p. 20.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da, in *“Curso de Direito Constitucional Positivo”*, 24ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, pág. 143. Es lo que el autor expresa: *“pluralismo de las opiniones entre los ciudadanos, la libertad de reunión donde las opiniones no ortodoxas pueden ser públicamente sostenidas”*.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da, in *“Curso de Direito Constitucional Positivo”*, op. cit., pág. 145. Completando su razonamiento, el autor dice: *“estableciendo la unión entre la libertad y la multiplicidad de medios de vida, no apenas como una nueva manera de afirmar la libertad de opinión o de creencia, pero como un sistema que fija esa libertad en la estructura social”*.

<sup>11</sup> HÄBERLE, Peter, in *“Pluralismo Y Constitución – Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta”*. Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2002, p. 257. Según el autor: *“este modelo de Estado queda bien garantizado a través de varios elementos, como son principalmente una democracia <<plural o pluralista>>, unos derechos básicos*

Sostenido en los principios de la democracia pluralista, Brasil, por la Constitución de 1988, en su preámbulo, dimensiona esa nueva concepción de Estado, mediante la siguiente afirmación: *“los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad, la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna (solidaria), pluralista y sin prejuicio, fundada en la armonía social de la Nación (integración social) y comprometida con la solución pacífica de todas las controversias, tanto en el orden interna como en la internacional”*.

Del mismo modo, en la senda del objetivo democrático pluralista, España, por la Constitución de 1978, en el artículo 1º del Título Preliminar, fija las nuevas bases del Estado Español: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*.

Es con ese nuevo modelo de Estado pluralista, configurado en dirección y protección al ciudadano, constituido en un Estado policrático, el Estado Democrático de Derecho, que está siendo producida la remodelación de la estructura y de la acción administrativa estatal post-moderna, teniendo como fundamento un nuevo principio – **el principio de la transparencia**<sup>12</sup>.

Para se tener una comprensión adecuada sobre este nuevo tipo de Estado, se hace necesario perquirir sobre sus aspectos evolutivos, analizando sus transformaciones desde sus antecedentes históricos, pasando por su período pre-constitucional y constitucional, hasta llegar al Estado Social y Democrático de Derecho, en su modelo regulador.

## **I - Antecedentes históricos**

Por el conocimiento de la evolución histórica del Estado, se pueden visualizar cuales las formas primordiales que le han sido fijadas en el decurso del tiempo, pues es de incontestable importancia saberlo de su

---

*también <<plurales>>, ciertos elementos que indican una separación de poderes – y que incluso habría que ampliar dentro del propio marco de lo social –, y también mediante una amplia jurisprudencia dimanante de un poder judicial independiente”.*

<sup>12</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo-Parte General”*, Madrid: Editorial Tecnos, 2005, pág. 79.



evolución, puesto que la busca de una tipificación del Estado permite el desvendar de sus movimientos constantes, resultando en un valioso apoyo para la formulación de las probabilidades en cuanto a la evolución futura del Estado<sup>13</sup>.

## 1 - El Estado Antiguo

**El Estado Antiguo**, como refieren los autores en general, está concentrado en las Ciudades y, por esto, siendo de las Ciudades que se irradian todas las denominaciones, todas las formas expansivas de poder y fuerza<sup>14</sup>. El Estado antiguo sea en la concepción *Oriental o Teocrática*, era indicativo de poder concentrado y personificado, basado en autoridad secular, con voluntad concentrada apenas en un único titular (rey, emperador, etc.), revelándose, así, como un poder totalitario y absoluto.

En ese período, como bien observa Raymond Gettel, nada era bien definido, se fundía monarquía con sacerdocio, confundiendo el poder divino con el poder gubernamental. De esa manera, la familia, la religión, el Estado, la organización económica, constituían una situación confusa, sin aparente distinción. En consecuencia, no había diferenciación entre el pensamiento político y la religión, entre la moral, la filosofía o las doctrinas económicas<sup>15</sup>.

Por esto, según destaca Dallari, el Estado antiguo presenta dos características fundamentales: *la naturaleza unitaria y la religiosidad*. En lo que tañe la naturaleza unitaria, el Estado antiguo aparece siempre como una unidad general, no siendo admitida ninguna división interior, ni territorial, ni de funciones, lo que fue regalo en toda su evolución política en la Antigüedad. Por su vez, la religiosidad también fue factor marcante en el Estado antiguo, tanto que llegó a ser calificado como el Estado Teocrático, puesto que la autoridad de los gobernantes fue por ella afirmada, teniendo en cuenta que se revelaba como un poder divino<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, “*Elementos da Teoria Geral do Estado*”. 21º ed. Atual.. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 60.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo, “*Teoria do Estado*”, 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros editores, 2004, pág. 27.

<sup>15</sup> GETTEL, Raymond G., “*História de las Ideas Políticas*”, Ed. Nacional, México, 1951, vol.I, págs.61 e segs.

<sup>16</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, “*Elementos da Teoria Geral do Estado*”, op. cit., pág. 62.

En ese contexto de transformación, el Estado Griego y el Estado Romano representaron significativos ejemplos de evolución.

**El Estado Griego** presentaba como característica fundamental la Ciudad-estado – *a pólis* – siendo ésta la constitución política de mayor expresión, cuyo ideal quedaba sintetizado en su autosuficiencia. La forma de gobierno del Estado Griego era democrática, sin embargo, esto significaba que apenas una pequeña parcela de la población, los ciudadanos, constituida de la elite dominante, detenía el poder de decisión sobre las cuestiones del Estado. Por tal razón, ese factor fue preponderante para la continuidad de las características de Ciudad-estado, una vez que su crecimiento significaría tornar inviable el mantenimiento del control por un pequeño número de personas<sup>17</sup>.

François Chatélet, entre los factores marcantes del llamado *Milagro Griego* (expresión utilizada para designar el conjunto de invenciones institucionales, literarias, artísticas, científicas, teoréticas y técnicas), menciona esa forma de política original que es a *Pólis*, la ciudad, y su modo de funcionamiento.<sup>18</sup>

En razón de esos factores, cuando Aristóteles, en “*La Política*” (Libro I; 2:, 1252 a 24-1253 a 37) quiere definir *la Ciudad*, resalta dos tipos de agrupación: **la familia**, que reúne los individuos del mismo sangre; y **la aldea**, que agrupa los vecinos en función del interés. En los dos casos, lo objetivo es la supervivencia<sup>19</sup>. Circunstancia que torna *la Ciudad* como un lugar natural de la sociedad de los hombres.

**El Estado Romano**, aunque en el tiempo de su existencia haya logrado un extraordinario volumen de conquistas, mantuvo siempre las características de Ciudad-Estado, todo dimensionado en el período de 754 a.C.

---

<sup>17</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, “*Elementos da Teoria Geral do Estado*”, op. cit., pág. 62.

<sup>18</sup> CHÂTELET, François, Olivier Duhmel, Evelyne Pisier-Kouchner; traducción de Carlos Nelson Coutinho. “*História das Idéias Políticas*”. Rio de Janeiro: editora Jorge Zahar, 2000, pág. 13. En este caso, el autor menciona: “*Cuando ésa se constituyó durante el siglo VI a.C., las organizaciones políticos-sociales tradicionales eran, en la civilización de la Hélade, realezas del tipo feudal, donde predominaban grandes familias – los “bien nacidos” – que ejercían su autoridad política, religiosa, jurídica y económica sobre un pequeño pueblo de agricultores, artesanos y pescadores; y, tierras bárbaras, vastos imperios comandados por un déspota que imponía una dominación absoluta, apoyado en castas militares, sacerdotales y técnico-administrativas*”.

<sup>19</sup> CHÂTELET, François, Olivier Duhmel, Evelyne Pisier-Kouchner; traducción de Carlos Nelson Coutinho. “*História das Idéias Políticas*”. op. cit., pág. 14.

hasta el año de 565 de la era cristiana. Por esto, como resalta Dallari<sup>20</sup>, el dominio sobre una grandiosa extensión territorial y la consolidación del cristianismo iría a determinar la superación de la Ciudad-Estado, posibilitando la implantación de nuevas formas de sociedad política, embutidas en el concepto de Estado Medieval.

En esa línea evolutiva, si es verdad que el Imperio Romano no tuvo la riqueza de invención de la civilización griega, por su lado, suple transportar para el real las ideas elaboradas por aquélla y construir instituciones de una eficacia incontestable<sup>21</sup>. Así, en consecuencia de ese pragmatismo del pensamiento y de la práctica política romana, los enunciados jurídicos y las legitimaciones filosóficas intervienen como cuadro, como marca y como perpetuación de la acción fundadora de la comunidad cívica romana, con retractación en el *derecho*, en la *respublica* y en el *imperium*<sup>22</sup>.

Fueron esos factores que llevaron a Paulo Bonavides a afirmar: *“He ahí a que se reducía, el Estado Antiguo: en una extremidad, la fuerza bruta de las tiranías imperiales típicas del Oriente; en otra, omnipotencia consuetudinaria del Derecho al hacer suprema, en cierta manera, a la voluntad del cuerpo social, cualitativamente cifrado en la ética teológica de la ‘pólis’ griega o en el celo sagrado de la cosa pública, a ‘te ríes pública’ de la ‘civitas’ romana”*<sup>23</sup>.

## 2 - El Estado Medieval

**El Estado Medieval** vino luego a continuación, teniendo como elemento identificador a la caída del Imperio Romano, que fue el factor determinante para demarcar el fin de la forma de gobierno utilizada por los antiguos.

En la clásica visión de Henri Pirenne<sup>24</sup>, **el cristianismo** asume un papel social relevante influenciando la forma del Estado medieval. Establece el pensamiento de que todos los hombres son iguales, valiendo

---

<sup>20</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, “*Elementos da Teoria Geral do Estado*”, op. cit., pág. 62.

<sup>21</sup> CHÂTELET, François, Olivier Duhmel, Evelyne Pisier-Kouchner, “*História das Idéias Políticas*”, op. cit., pág. 22.

<sup>22</sup> Idem, pág. 23.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo, “*Teoria do Estado*”, op. cit. pág.28.

<sup>24</sup> PIRENNE, Henri, “*História Econômica e Social da Idade Média*”, São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1963, págs. 8 a 17, APUD Dalmo de Abreu Dallari, “*Elementos da Teoria Geral do Estado*”, op. cit., pág. 69.

igualmente ante Dios, así, se afirma el principio de la igualdad y, al mismo tiempo, es fijada la unidad de la Iglesia, cuando no había una clara unidad política del Estado, lo que vino a estimular el sentimiento de unidad política del Imperio. A ese aspecto religioso se sumó la influencia de **los Bárbaros**, por las invasiones ocurridas en el siglo III al siglo VI, compuestos por germanos, eslavos, godos, etc, que introdujeron nuevas costumbres, haciendo las regiones invadidas se transformen en nuevos Estados independientes. A esos aspectos se incluye la importancia **del Feudalismo**, por cuyo sistema social se pasa a valorar la pose de la tierra, por ser medio indispensable de subsistencia para todos, independiente de la clase social, lo que viene a resultar en la creación de una forma administrativa, con organización militar, de sentido eminentemente patrimonial.

Por la expresión de Dalmo Dallari, la conjugación de estos tres factores, el cristianismo, las invasiones bárbaras y el feudalismo, es lo que caracteriza el Estado Medieval, cual sea, un Estado totalitario, pero sin jerarquía definida circunstancia que genera una multiplicidad de órdenes jurídicos, envolviendo el orden imperial, el orden eclesiástico y el derecho de las monarquías inferiores<sup>25</sup>.

Como vía de consecuencia de esa desordenada organización política, había una constante inestabilidad política, económica y social, circunstancias que llevaron a la creación del Estado moderno.

### **3 - El Estado Moderno**

**El Estado Moderno** surgió como factor determinante para la resolución de las inquietantes situaciones de inseguridad de la sociedad política medieval. El principal trazo característico del Estado Moderno es el

---

<sup>25</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, “*Elementos da Teoria Geral do Estado*”, op. cit., pág. 70. Sobre lo tema, el autor produce el siguiente comentario: “*resulta la caracterización del Estado Medieval, más como aspiración de lo que como realidad: un poder superior, ejercido por el Emperador, con una infinita pluralidad de poderes menores, sin jerarquía definida; una incontable multiplicidad de órdenes jurídicos, comprendiendo el orden imperial, el orden eclesiástico, el derecho de las monarquías inferiores, un derecho comunal que se desarrolló extraordinariamente, las ordenaciones de los feudos y las reglas establecidas en el fin de la edad Media por las corporaciones de oficio*”.

establecimiento de la unidad, con afirmación de un poder supremo, reconocido como lo más elevado adentro de un perímetro territorial<sup>26</sup>.

De otra parte, varios son los autores que se posicionan por determinar los elementos esenciales del Estado Moderno, con una enorme diversidad de posicionamientos. Dentre éstos, es de ser destacada la posición de Dalmo Dallari de que, cuatro características – soberanía, territorio, pueblo y finalidad – son las que encierran un entendimiento de un concepto de Estado realista, cuyas peculiaridades son encontradas adentro de la realidad social<sup>27</sup>, por esto, debiendo ser consideradas como elementos esenciales a la constitución del Estado Moderno.

Probablemente ésta sea la circunstancia que haya llevado Rodríguez-Zapata a mencionar: *“Junto al proceso de afirmación de la potestad del Monarca sobre su Reino (‘rex imperator in regno suo’), así como frente a los demás Estados (‘superiorem non recognoscentem’), surge el Estado como una <<máquina calculada de poder>>(BURKHARDT), que se mantiene frente a los demás Estados mediante la diplomacia y el principio del equilibrio y que se rige por su propias reglas (‘Teoría de la razón de Estado). Los avances de la maquinaria de guerra (artillería y ejércitos profesionales) afianzan el poder frente al interior y el exterior y requieren ser sostenidos por un sistema de impuestos y la burocracia”*<sup>28</sup>.

De un modo general, hay acuerdo doctrinario de que el Estado nace en Italia, Francia, España y Inglaterra con la Edad Moderna: el Estado es *“la obra predilecta del Renacimiento”* (Max Weber)<sup>29</sup>. En ese aspecto, Friedrich Meinecke, en su obra *“La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna”*, cree ser imposible encerrar el rico y mutante contenido de la idea en una definición, desde que el pensamiento se inicia en Italia renacentista como principio de la modernidad frente al patrimonio medieval común de los

---

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo, *“Teoria do Estado”*, op. cit., pág. 29. Sobre el Estado moderno el autor referió: *“nunca dejar de recordar que fue la soberanía, por sin duda, el grande principio que inauguró el Estado Moderno, imposible de constituirse si le falleciese la sólida doctrina de un poder inflexible, teorizado y concretado en la calidad superlativa de autoridad central, unitaria, monopolizadora de coerción”*.

<sup>27</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *“Elementos da Teoria Geral do Estado”*, op. cit., pág. 72.

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, *“Teoría y Práctica del Derecho Constitucional”*. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1996, pág. 57.

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, *“Teoría y Práctica del Derecho Constitucional”*, op. cit., pág. 56.

pueblos occidentales<sup>30</sup>, generando, como consecuencia, el proceso de secularización de la política y posibilitando la apertura de nuevos horizontes<sup>31</sup>.

Otra situación caracterizadora del Estado Moderno es el **absolutismo**. El absolutismo se desarrolló en dos fases secuenciales de la teorización de la soberanía. La primera envolvió el sistema de la Monarquía absoluta de derecho divino, teniendo como teólogos principales Georges Jellinek, un precursor de Kelsen, más Maquiavel y Bodin. Jean Bodin es considerado el iniciador de la teoría moderna del Estado, manifestando<sup>32</sup>:

- *“la potencia soberana del Estado es ‘absoluta’: ella comanda y no recibe ningún comando; no depende de nada ni de nadie: ni de Dios, ni de la Naturaleza, ni del Pueblo; no exige ningún fundamento: es autosuficiente;*

- *es ‘indivisible’, en el sentido de que por esencia ‘una’ y, si es delegada, está integralmente en cada delegación;*

- *es ‘perpetua’: no podría sufrir los vicisitudes del tiempo y, por esa razón, es trascendente. En desaparezca, ella es: tal como, según los teólogos, Dios es”.*

La segunda fase permite la secularización del absolutismo, teniendo en cuenta bases filosóficas y consensuales. En esa fase, Tomas Hobbes establece la teoría del contratualismo social, introduciendo una nueva fundamentación del poder y de su ejercicio. Fue con la visión contratualista del absolutismo que hubo el nacimiento de la seguridad jurídica<sup>33</sup>.

Esa nueva concepción de Estado, conforme bien aclara François Châtelet, *“contiene al mismo tiempo una respuesta y un proyecto: una respuesta – estrictamente política – a los problemas que fueron y continúan a ser puestos por las guerras nacidas de los conflictos religiosos en los reinos de Europa Occidental; un proyecto – que lleva en cuenta transformaciones que afectaron las condiciones de la producción agrícola y*

---

<sup>30</sup> MEINECKE, Friedrich, *“La Idea de la razón de Estado en la Edad Moderna”*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959.

<sup>31</sup> MARAVALL, José Antonio, *“Estado Moderno y mentalidad social”*, Vol. II, Madrid: Alianza, 1986, págs. 443 e ss.

<sup>32</sup> BODIN, Jean, *“Les Six livres de la République”*, APUD CHÂTELET, François, Olivier Duhmel, Evelyne Pisiér-Kouchner, *“História das Idéias Políticas”*, op. cit., pág. 47.

<sup>33</sup> BONAVIDES, Paulo, *“Teoria do Estado”*, op.cit., pág. 32.

*manufacturera, el comercio y el mercado de trabajo –, lo de una sociedad que, habiendo resuelto mediante una lógica estricta la cuestión de su forma política, dejaría a los individuos el cuidado de regular sus vidas privadas y de usar libremente las propias capacidades”*<sup>34</sup>.

Justamente por esos factores, Paulo Bonavides explicita con preciso saber que las garantías obtenidas tenían un precio impagado y ese precio era la libertad. Así, el hombre perdía la libertad, pero como compensación ganaba la certeza de la conservación<sup>35</sup>.

Todavía, es de ser destacado que, en el Estado Moderno y absoluto, por la seguridad jurídica, podrían ser opuestos derechos individuales a la actuación del Estado, factor que estableció una diferenciación entre el Estado Absoluto y la dictadura<sup>36</sup>. En el Estado Absoluto pueden ser buscados derechos individuales, en la dictadura no.

Otro factor relevante de ese período fue que el Estado moderno impulsó la implantación del constitucionalismo. Al afirmar que el Estado es presupuesto del Derecho constitucional, Rafael Asensio pone con precisión que no se puede dudar de la importancia que tiene el proceso de formación del Estado moderno como elemento explicativo de la aparición del constitucionalismo y de la Constitución<sup>37</sup>.

Sin embargo, mismo así, el poder del Estado se encontraba en las manos de personas y caso éstas no fuesen de buena índole, poderlo sería ejercido de forma arbitraria y prejudicial a los ciudadanos. Por esto, había la necesidad de evolucionarse para una circunstancia perfeccionadora del Estado, en el sentido de haber una nueva postura en el ejercicio del poder. Ahí nació el Estado Liberal.

---

<sup>34</sup> CHÂTELET, François, Olivier Duhamel, Evelyne Pisier-Kouchner, “*História das Idéias Políticas*”, op. cit., pág. 54.

<sup>35</sup> BONAVIDES, Paulo, “Teoria do Estado”, op. cit., pág. 33. El comentario realizado por el autor es el siguiente: “Pero había un precio impagado por las garantías que serían adquiridas. Consistía él en la alienación de todas las libertades, transferidas al Estado, señor absoluto de la vida y de los comportamientos humanos, por lo menos la tesis implícita en esa singular doctrina con que la razón buscó edificar el Estado Moderno”.

<sup>36</sup> DA SILVA, Paulo Napoleão Nogueira, “*Curso de Direito Constitucional*”, 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pág. 49.

<sup>37</sup> ASENSIO Rafael Jiménez, “*El constitucionalismo – Processo de Formação y Fundamentos del Derecho Constitucional*”, terceira edição. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S. A., 2005, pág. 21.

Aunque el Estado Liberal haya surgido en negación al Estado absoluto, dando énfasis la libertad individual y económica, produjo muchas injusticias sociales, factor que propició el surgimiento del Estado Social, que estaba asentado en la busca de la igualdad, pero, por consecuencia, produciendo quiebra del principio de libertad, todavía que mantuviese la situación de Estado de Derecho. Mientras, esta tentativa de correcciones de los rumbos del Estado, no produjo resultados satisfactorios para la población, había la necesidad de ser promovida una superación del conflicto entre igualdad, libertad y acción del Estado en defensa de los intereses sociales, se creó, entonces, el Estado Social Democrático.

En lo según período del Siglo XX, nació **el Estado del bienestar**, con modelo constitucional de concretización de los derechos fundamentales – welfare state – para, en su evolución, transformarse en el **Estado Empresario** porque estatiza empresas, participa, con el capital privado, de empresas mixtas y creaba empresas con capital público; y a **de Estado Distribuidor**, porque, para realización de la justicia social, distribuye bienes económicos y sociales<sup>38</sup>.

El Estado, con el fortalecimiento de la democracia, pasa a solidificar los derechos individuales, pero con garantías de atención de las necesidades del ciudadano, de tal forma que pasa a tener por objetivo el servicio de las necesidades de la población, buscando sustituir la incertidumbre de las providencias religiosas por la certeza de la providencia estatal, completando, así, su secularización<sup>39</sup>.

Por tanto, el Estado antiguo no es igual al del siglo XIX, así como ambos sano completamente diferentes del Estado de la primera mitad del siglo XX, y éste del Estado de las décadas 60, 70, 80 90 del siglo XX.

En ese sentido evolutivo, en los primórdios del siglo XXI, el Estado aún si depara con anteriores problemas pendientes de resolución, envolviendo situaciones relativas a la crisis del Estado del bienestar, así como el relativo al establecimiento de una nueva conformación espacial del Estado, alcanzando el entendimiento sobre soberanía, como la existente en la Unión Europea, que ofrece una variación de escenarios alternativos. De acuerdo con qué resalta Rodríguez-Zapata: *“El más probable en el futuro es, sin embargo, el escenario que ya vive España como Estado miembro de la Unión Europea:*

---

<sup>38</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit, pág. 89.

<sup>39</sup> Idem, pág. 89.



*un escenario transnacional de Estados interdependientes, interpenetrados y mutuamente vulnerables, en el que será necesario replantear la noción de Estado y de soberanía territorial. Si esse modelo prospera no se limitará sólo a Europa, ya que deberá ser seguido de inmediato en Norteamérica y otras regiones”*<sup>40</sup>.

De acuerdo con ése contexto de evolución, el Estado de este inicio del siglo XXI, presenta características de un Estado Democrático de Derecho o de un Estado Social y Democrático de Derecho, en que sus objetivos principales están dirigidos para resolución de los problemas sociales, buscando la pacificación social, asegurando el ejercicio de los derechos, de la garantía de la libertad y de la participación popular y democrática.

## **II – El Estado pre-constitucional y constitucional**

El Estado pre-constitucional es el Estado absolutista que, en su primera fase, se caracterizaba por el sistema de la Monarquía absoluta de derecho divino, pero cuya evolución ocurrida durante el período de la época del absolutismo ilustrado, desde la teoría del contratualismo social de Hobbes, hace nacer la seguridad jurídica, con producción de transformaciones políticas y jurídicas en toda una época, dando inicio al uso creciente de la palabra "Konstitution", así como del cambios de expresión que la acompañaron<sup>41</sup>.

Diese modo, la constitución pasa a existir para sostener un Estado soberano, para disciplinarlo y limitarlo, hecho demostrador de que, sin este tipo de Estado, la constitución carecería de fundamento y se reduciría la pura palabra de orden político. Por tanto, por consecuencia, el constitucionalismo es concebido como un conjunto de doctrinas que, aproximadamente desde la mitad del siglo XVII, se dedicó a recobrar, en la visión constitucional de los modernos, el aspecto del límite y de la garantía<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, *“Teoría y Práctica del Derecho Constitucional”*, op. cit., pág. 59.

<sup>41</sup> DIPPEL, Horst, *“Constitucionalismo moderno”*, traducción de Clara Álvarez Alonso y María Salvador Martínez,. Madri-Barcelona: Marcial Pons, 2009, pág. 13. Nesse aspecto, o autor ainda comenta: *“El término Konstitution, que ya se había abierto camino durante el siglo VII, adquirió su significado moderno en el último cuarto del siglo XVIII, referido a un tipo de constitución completamente nueva en términos cualitativos”*.

<sup>42</sup> FIORAVANTI, Maurizio, *“Constitución. De la Antigüedad a nuestros días”*, Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2201, pág. 84 e 85.

Continuamente, aún en el siglo XVII, las colonias inglesas de América del Norte se rebelan y forma una Confederación que, más tarde, mediante una Asamblea Constituyente, llamada a Convención de Filadélfia, elabora la primera constitución escrita del mundo, la Constitución norteamericana de 17 de septiembre de 1787. después de, en 1789, la Revolución francesa promueve un paso adelante en la liberación humana y, orientándose por una famosa trilogía constitucional - libertad, igualdad y fraternidad - producen una evolución solidificadora de un nuevo Estado constitucional, haciendo surgir el Estado Liberal.

## 1 – El Estado Liberal

**El Estado Liberal** surgió como factor de reacción contra el Estado absoluto. Como refiere Bobbio<sup>43</sup> este nacimiento, que tiene como fases culminantes las dos revoluciones inglesas del siglo XVII y la Revolución Francesa, fue acompañado por teorías políticas cuyo propósito fundamental es lo de encontrar un remedio contra el absolutismo del poder del príncipe. En la tradición del pensamiento político inglés, que ofreció la mayor contribución para la solución de este problema, se da el nombre específico de **constitucionalismo** al conjunto de movimientos que luchan contra el abuso del poder estatal.

Se puede decir que el hecho simbolizador del fin de la era del Estado absoluto fue la caída de la Bastilla en la Revolución Francesa que, teniendo como ideales la libertad, la igualdad y la fraternidad, buscó alejar las injusticias, las desigualdades y los privilegios establecidos por el Estado absoluto, volviéndose también símbolo del inicio de la redención de las clases sociales en tenemos de emancipación política y civil y, también, el símbolo de una ocasión única<sup>44</sup>.

El Estado Liberal, de acuerdo con el acentuado por Canotilho, pasó a englobar el liberalismo político, a lo cual estaban asociadas a las doctrinas de derechos humanos y la división de los poderes, y el liberalismo

---

<sup>43</sup> BOBBIO, Norberto, *“Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant”*, Tradução: Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, pág.15.

<sup>44</sup> BONAVIDES, Paulo, *“Teoria do Estado”*, op. cit. pág. 36. El autor menciona que esta ocasión única ocurre en el momento *“en la que nace el poder del pueblo y de la Nación en su legitimidad incontestable”*.

económico, caracterizado por la libre economía del mercado capitalista<sup>45</sup>. Otro aspecto relevante es que, como acentúa Sánchez Morón, “*en el Estado liberal la soberanía se atribuye en principio a la nación, un nuevo sujeto histórico, del que emana la legitimidad de los poderes públicos*”<sup>46</sup>.

Éste es el Estado constitucional, estructura política y jurídica consecuente de una ebullición de ideas expresas en el Contrato Social de Rousseau y el Espíritu de las Leyes de Montesquieu, que generaron una nueva concepción de gobierno, provocando modificaciones profundas en la sociedad, haciendo surgir el Estado de Derecho y estableciendo los fundamentos del Derecho Administrativo<sup>47</sup>.

Son varias las expresiones mencionadas por la doctrina para identificar el Estado del siglo XIX, lo que es hecho de acuerdo con la filosofía política o los objetivos de cada pensador: Estado liberal, Estado censitario, el Estado burgués, Estado nacional-burgués, Éta gendarme, Estado legislativo, Estado guarda-nocturno, Estado neutral, Estado-máquina, Estado-aparato, Estado-mecanismo, Estado-Catedral, Estado de la potencia y de la razón, Estado garantista, Estado-autoridad, Estado abstencionista<sup>48</sup>.

De un modo general, se puede decir que el Estado liberal garantizó el derecho a la propiedad privada, efectuaba la defensa externa y mantenía el orden interna, consagrando el derecho integral de la voluntad

---

<sup>45</sup> CANOTILHO José Joaquim Gomes, “*Direito Constitucional e teoria da Constituição*”, 7ª edição. Coimbra: Editora Almeida, 2000, pág. 109.

<sup>46</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, cuarta edición, Madrid: Editorial Tecnos, 2008, pág. 46.

<sup>47</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, 2008, *op. cit.*, pág. 47. Dice el autor: “*La teoría liberal del Estado proclama también la ‘supremacía de la ley’. Esta es la esencia del Estado de Derecho, sin la que no existiría el Derecho Administrativo*”.

<sup>48</sup> En el caso de la expresión Estado Administrativo, la doctrina utiliza tanto para denominar el Estado del Siglo XIX (Nigro. Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema político. Riv. Trim. Di Diritto Pubblico, pág. 730, 1970; e il ruolo dei giuristi nello Stato liberale. Scritti in onore di Massimo Severo Gianini: Giuffrè, 1988. vol. II, pág. 327; Schiera. Verso lo Stato pos-moderno. Crisi dello Stato e storiografia contemporanea. Bolonha: Il Mulino, 1979, pág. 155) como para denominar el Estado de fines del Siglo XX (Forsthoff. Stato di diritto in trasformazione. Milano: Giuffrè, 1973; Garcia Pelayo. Las Transformaciones Del Estado contemporáneo. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1987. pág. 36; Giannini. Il pubblici poteri negli stati puriclasse. Ver. Trim. Di Diritto Pubblico, pág. 390, 1979). también es comprendido con el sentido de: a) Estado centralizador e monopolístico (Chen-Tanugi. *Op cit.*, pág. XII); b) Estado planificador tendencialmente total (Baldassare. Lo Stato sociale: uma formula in evoluzione. Critica dello Stato sociale. Roma-Bari Laterza, 1982, pág. 27); c) Estado en que la burocracia tiene grande poder (Badie e Birnbaun. *Op.cit.* pág. 182); d) Estado en que la Administración lo envuelve, a punto de hablarse en imperialismo administrativo (Burgo y Marchán. El poder administrativo. Revista Espanola de Derecho Administrativo, pág. 250, 1982); e) Estado absoluto (Giorgio Berti. Diritto e Stato, *op. cit.* pág. 218). APUD Odete Medauar, “*O direito Administrativo em Evolução*”, *op. cit.*, pág. 78.

personal. El Estado no interfería en las relaciones privadas, económicas y sociales.

Es de ese período que nacen varios beneficios, entre quienes pueden ser mencionados: valorización de la libertad individual que se consolidó en la medida de la construcción de las instituciones; un grande avance en los aspectos económicos, técnicos y científicos; el establecimiento del principio de la legalidad, con imposición del entendimiento del poder legal en lugar del poder personal; los valores de reconocimiento y protección de la persona humana<sup>49</sup>.

Sin embargo, el Estado liberal, por la exacerbación de la libertad individual, ocasionó diversos problemas, pues, aunque con poder de coerción, no dirigía ni ordenaba las cuestiones de mercado y a las relativas a la sociedad civil, dejando de involucrarse en los conflictos de allí resultantes.

Así, en continuidad a su dinámica evolutiva, el Estado liberal tuvo de adoptar una nueva concepción política de adecuación a las necesidades sociales y, manteniendo el substrato de libertad, se apura y evoluciona para el establecimiento del Estado social y, posteriormente, al Estado Democrático-participativo<sup>50</sup>.

desde el fin del siglo XIX, el mundo pasa a enfrentar situaciones distintas de las hasta entonces enfrentadas. Hay una agilización de los acontecimientos. La revolución industrial creaba nuevos factores de enfrentamiento, generando situaciones de explotación del trabajo humano, envolviendo mujeres y niños. Empiezan a ser editadas leyes de protección social, envolviendo inicialmente reglas sobre accidentes del trabajo, posteriormente normas de seguro-enfermedad, asistencia invalidez, asistencia a la vejez, desempleo y sistema obligatorio de jubilaciones.

## **2 – El Estado Social**

**El Estado social** es una consecuencia de esas exigencias generadores de injusticias sociales graves, que necesitaban ser resueltas, sin

---

<sup>49</sup> MEDAUAR, Odete, “*O direito Administrativo em Evolução*”, 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 82.

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo, “*Teoria do Estado*”, op. cit., pág. 37.

embargo sin que hubiese abdicación al Estado de Derecho. En ese sentido, Lucas Verdú manifiesta: *“Pero el Estado de Derecho, que ya no podría justificarse como liberal, necesitó, para enfrentar la marea social, despojarse de su neutralidad, integrar en su seno, la sociedad, sin prescindir al primado del Derecho. El Estado de Derecho, en la actualidad, dejó de ser formal, neutral e individualista, para transformarse en Estado Material de Derecho, mientras adopta una dogmática y pretende realizar la justicia Social”*<sup>51</sup>.

En ese contexto, visando suplir las deficiencias del Estado liberal, con la aceptación de la doctrina de Adam Smith, empezaron a ser implantadas las normas de orden público, en el sentido de ser minoradas las cuestiones sociales, haciendo surgir un Estado regulador todavía que en el aspecto mínimo. Así, con la doctrina de Adam Smith, surgía el capitalismo<sup>52</sup>.

Con la publicación del *“Manifiesto Comunista”* por Karl Marx y el *“Manifiesto Socialista”* de Ferdinand Lassalle, tiene inicio el Estado Socialista y el Estado comunista. En la visión de François Châtelet *“La importancia que Marx confiere a los dinamismos materiales de las sociedades, unida al deseo de ir además de las teorías abstractas del Estado, lo lleva a tomar dos direcciones: por un lado, él se documenta sobre la situación del proletariado de las ciudades y de los campos y sobre la lucha que esa clase emprende para combatir la miseria y la sujeción a las cuales está reducida; y, por otro, se empeña en poner en evidencia los mecanismos económicos que gobiernan la sociedad actual y que están en el origen de las crisis y de los conflictos que la estremecen”*<sup>53</sup>.

El primer país a adoptar la doctrina socialista fue Rusia. Aunque la doctrina socialista, por un período de tiempo, haya causado una grande influencia en el mundo, no se mostró suficiente para resolución de los problemas sociales consecuentes del Estado liberal. Por ser cosas distintas, no se puede confundir política socialista y comunismo con Estado social. El Estado Socialista y comunista busca la igualdad, pero aniquila con la libertad personal y el derecho a la propiedad. El Estado social asegura la igualdad del Estado de Derecho, buscando compatibilizar la libertad personal y el derecho

---

<sup>51</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, *“La lucha por el Estado de Derecho”*, Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, pág. 94. APUD José Afonso da Silva, op. cit., pág. 115.

<sup>52</sup> SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da, *“Curso de Direito constitucional”*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 53.

<sup>53</sup> CHÂTELET, François, Olivier Duhamel, Evelyne Pisier-Kouchner, *“História das Idéias Políticas”*, op. cit., pág. 127.

a la propiedad, con el poder regulador del Estado, en el sentido de establecer directrices políticas, sociales y económicas<sup>54</sup>.

El Estado de Derecho generado en el siglo XIX, en su concepción clásica, establece la igualdad como un elemento puramente formal y abstracto, no teniendo base material para efectuar en la vida concreta. Así, esta tentativa de corrección de los rumbos del Estado, con la construcción del Estado social, no permitió que fuese asegurada la justicia social, bien como dejó de asegurar una efectiva participación democrática del pueblo.

### **3 – El Estado democrático de Derecho**

Según se constata de las consideraciones efectuadas en el estudio evolutivo del Estado, aunque sea una creación del Estado Liberal, el Estado de Derecho, sea en el modelo liberal sea en el modelo social, no necesariamente significa caracterización de Estado democrático. Así, el período evolutivo del Estado Democrático de Derecho, como Estado de legitimidad justa (o Estado de justicia material)<sup>55</sup>, posibilita la instauración de una efectiva **incorporación** el pueblo en los mecanismos de control de las decisiones, y de su real participación en los rendimientos de la producción<sup>56</sup>.

Por esto, en tal circunstancia, en el sentido de formar una clara comprensión de los factores y de las consecuencias caracterizadoras del Estado Democrático de Derecho, primero deben ser visualizados los factores relativos al Estado de Derecho; según ser verificados los elementos de esencia del Estado Democrático, para, finalmente, verifiquemos la unión de estos elementos en el Estado Democrático de Derecho.

#### **3.1 – El Estado de Derecho**

El Estado de Derecho, consonante su desarrollo histórico y los diferentes matices ideológicos de que estuvo revestido, pasando por el

---

<sup>54</sup> BONAVIDES, Paulo, “*Do Estado Liberal ao Estado Social*”, 5ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, págs. 179/187.

<sup>55</sup> SILVA, José Afonso da, “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, op. cit., pág. 118.

<sup>56</sup> DÍAS, Elias, “*Estado de Derecho y sociedad democrática*”, Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1973, págs. 139 e 141.

moderno Estado Social, hasta si fijar en la conciencia occidental contemporánea, fue motivo de grandes controversias, influenciando profundamente el pensamiento político de la Edad Moderna, con repercusión en la conquista de la propia democracia<sup>57</sup>.

Como dice Sánchez Morón, el Estado liberal de Derecho también propició el surgimiento del Derecho Administrativo<sup>58</sup>. El Estado de Derecho, en el proceso de formación del Estado moderno, es la llave para entenderse el surgimiento del constitucionalismo y de la constitución. En ese aspecto, Fioravante desarrolla la idea de **Constitución de los antiguos**<sup>59</sup>.

El Estado de Derecho es una concepción y una consecuencia del Estado Liberal, una oposición al Estado Absolutista. Por tanto, el Estado de Derecho es oriundo del siglo XVIII, en cuyo momento histórico se imponía a la eliminación del absolutismo de los monarcas, de vez que éste alejaba la libertad individual, mantenía en situación de privilegio una nobleza desocupada y no daba seguridad ni estímulo a las actividades económicas, por esto, se dirigió para una concepción individualista de la sociedad y del Estado. En ese momento histórico, en el sentido de atender las aspiraciones máximas de realización de los valores individuales, hubo la implantación de un mecanismo de control del ejercicio del poder, mediante la estructuración de sus organismos, asegurándose un mínimo de acción al Estado y destinando a los individuos la promoción de sus intereses.

Por tales razones, en el origen, el Estado de Derecho era un concepto típicamente liberal<sup>60</sup>, conteniendo las siguientes características básicas: a) **Sometimiento al imperio de la ley** – el Estado solamente podría actuar nos tenemos de la ley, siendo ésta considerada como el acto emanado del Poder legislativo, compuesto por representantes del pueblo; b) **división de**

---

<sup>57</sup> BONAVIDES, Paulo, “Do Estado Liberal ao Estado Social”, op. cit., pág.27.

<sup>58</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo – Parte General”, 2008, op.cit., pág. 48. Dice el autor: “de la división de poderes como sistema de controles y contrapesos y de la cláusula del Estado de Derecho deriva el sometimiento de la actividad administrativa a un control por órganos jurisdiccionales independientes, a los que cualquier persona pueda acceder en defensa de sus derechos e intereses legítimos”.

<sup>59</sup> FIORAVANTI, Maurizio, “Constitución. De la Antigüedad a nuestros días”. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, págs. 30/31. Sobre la Constitución de los antiguos el autor manifiesta: “...de los monarcas, para que no se conviertan en tiranos; pero también de la aristocracia, para que não se transformen en oligarquias cerradas; y también del pueblo, para que no oiga la voz de los demagogos. Los antiguos, entonces, dejan en herencia a los tiempos sucesivos esta gran idea: ‘que una comunidad política tiene una forma ordenada y duradera, en concreto una constitución’, si no está dominada unilateralmente por un principio político absolutamente preferente; si las partes que la componen tienen la capacidad de disciplinarse; si, en definitiva, su vida concreta no es mero desarrollo de las aspiraciones de los vencedores”.

<sup>60</sup> SILVA, José Afonso da, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, op. cit. , pág. 112.

**poderes** – el poder del Estado fue estructurado en tres poderes: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, para que actúen de forma independiente y armónica, en el sentido de asegurar la producción de las leyes al Legislativo, con el deber cumplimiento legal obligatorio de parte del Ejecutivo e independencia e imparcialidad del Judicial para juzgar las demandas entre Estado/individuos e individuos/individuos; c) **enunciado y garantías de los derechos individuales** – si la aspiración máxima del Estado de Derecho es la realización de los valores individuales, fueron enunciados y garantizados los derechos individuales<sup>61</sup>. Estas características permanecen como esencia del actual Estado de Derecho, configurándose en una conquista evolutiva del occidente.

Por tanto, en el transcurrir del siglo XX, especialmente en su década final, hubo una profunda modificación en el Estado Liberal de Derecho, desde luego, por cierto, mediante graves crisis político-sociales y períodos de autoritarismo político<sup>62</sup>.

Esta evolución del Estado de derecho aconteció en consecuencia de la concepción burguesa del orden político, efectuada en el siglo XIX, con ápice en la Revolución Francesa, que formuló los principios filosóficos de su sedición social<sup>63</sup>. Fue justamente por esos factores que Carl Schmitt definió el Estado de Derecho como el Estado Burgués de Derecho, teniendo en vista que el Estado Burgués de Derecho se basa en el imperio de la ley<sup>64</sup>.

Así, la concepción liberal del Estado de Derecho se vuelve factor esencial que da soporte a los derechos del hombre, convirtiendo los súbditos en ciudadanos libres<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> DÍAS, Elias, “*Estado de derecho y sociedad democrática*”, Madrid: Editorial Cuadernos para el diálogo, 1973, págs. 29 e ss.

<sup>62</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, 2008, *op.cit.*, pág.55. En ese aspecto, el autor producen el siguiente análisis: “*en el Estado Democrático la relación entre los poderes constitucionales se modifica. Ahora el Poder Ejecutivo queda sometido por principio a la ley en toda su actuación, pues la ley es el producto de la decisión del Parlamento que representa (ahora sí) a toda la sociedad y, formalmente, la expresión de la voluntad mayoritaria de la ciudadanía*”.

<sup>63</sup> BONAVIDES, Paulo, “*Do Estado Liberal ao Estado Social*”, *op. cit.*, pág. 30. En ese sentido el autor posiciona: “*Fue ésa la contradicción más profunda en la dialéctica del Estado moderno. La burguesía acordaba el pueblo, que entonces despertó para la conciencia de sus libertades políticas*”.

<sup>64</sup> SCHMITT, Carl, “*Teoría de la Constitución*”, *op. cit.*, pág. 149. La orientación del autor, sobre el Estado de Derecho, es: “*el Estado burgués de Derecho se basa en el <<imperio de la ley>>. Por eso es un Estado ‘Legalitario’. Pero la ley ha de guardar una conexión con los principios del Estado de Derecho y la libertad burguesa, si ha de subsistir el Estado de Derecho*”.

<sup>65</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, “*La lucha por el Estado de derecho*”, Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, pág. 94; Por su vez, como resalta JOSEP VALLÉS, “*En el Estado liberal, la relación*



Siendo el Estado de Derecho un Estado de legalidad, puesto que sometido al imperio de la ley, a él también está conjugado el nacimiento de la Constitución. Toda Constitución se proyecta sobre un Estado, en el sentido de que, con su conjunto de principios políticos-formales, dé la estructura jurídica a ser seguida. Por tanto, Constitución es un elemento propio del Estado de Derecho. Es por esto que Jiménez Asensio dice que *“el Estado es presupuesto del Derecho constitucional”*<sup>66</sup>. Es el Estado de Derecho que creaba las condiciones objetivas para el surgimiento de la Constitución.

De otra parte, como bien advierte Habermas, Estado de Derecho y democracia son objetos totalmente diversos<sup>67</sup>. Sin embargo, este tipo de Estado de Derecho, concebido por el liberalismo, no consiguió resolver los problemas económicos esenciales de las capas proletarias de la sociedad, por esto, entró en crisis, pasando por transformaciones que llevaron al reconocimiento general de la libertad política, con mínimas restricciones, cual sea, mediante el sufragio universal<sup>68</sup>.

En tal circunstancia, por la composición de intereses entre la clase burguesa y el restante de la sociedad, evolucionó el Estado de Derecho con mantenimiento de la idea de libertad moderna, libertad como valoración de la personalidad, ahora ya en el ámbito de la democracia plebiscitaria, vinculada al Estado social<sup>69</sup>.

---

*política principal no se establece ya entre un soberano omnipotente y un súbdito sumiso. Ante el poder estatal aparece ahora la figura del ciudadano, como sujeto protegido, vigilante y dispuesto a intervenir en la vida pública”* (VALLÉS, Josep M., *“Ciência Política: Uma Introdução”*. Barcelona: Editorial Ariel, 2004, pág. 91).

<sup>66</sup> ASENSIO, Rafael Jiménez, op. cit. pág. 19. El autor en continuidad su análisis constitucional con relación al Estado Moderno aún añade: *“la formación del Estado moderno como sustrato esencial a partir del cual se irán creando las condiciones objetivas que alimentarán la aparición de esse fenómeno que denominamos constitucionalismo y de su expresión racionalizadora por excelência que es la constitución”*.

<sup>67</sup> HABERMAS, Jürgen, *“A Inclusão do outro – estudos de teoria política”*. Edição brasileira. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2007, págs. 293/294. El célebre autor alemán enseña: *“Como todo dominio político es ejercido bajo la forma de derecho, también ahí existen órdenes jurídicos en que el poder político aún no domesticado bajo la forma del Estado de derecho. Y de la misma forma hay Estado de derecho en el que el poder gubernamental aún no fue democratizado. En suma, hay órdenes jurídicos estatales sin instituciones propias a un Estado de derecho, y hay Estados de derecho sin constituciones democráticas”*.

<sup>68</sup> BONAVIDES, Paulo, *“Do Estado Liberal ao Estado Social”*, op. cit., págs. 184/185. En sus comentarios, el autor aún menciona: *“Pero conquista que, del punto de vista del liberalismo clásico, implicó en irreparable derrota, que liquidó para siempre los anhelos burgueses de estratificación del orden o del ‘estatus quo’ político, con que soñaban los teóricos liberales en las décadas románticas de la primera mitad del siglo XIX”*.

<sup>69</sup> BONAVIDES, Paulo, *“Do Estado Liberal ao Estado Social”*, op. cit., pág. 185.

En ese sentido, conforme bien fija Lucas Verdú, “*el Estado de derecho, que ya no podría justificarse como liberal, necesitó, para enfrentar la marea social, despojarse de su neutralidad, íntegra, en su seno, la sociedad, sin prescindir al primado del Derecho. El Estado de derecho, en la actualidad dejó de ser formal, neutral e individualista, para transformarse en Estado material de derecho, mientras adopta una dogmática y pretende realizar la justicia social*”<sup>70</sup>. De esa forma, el Estado de Derecho se transforma en Estado Social de Derecho.

### 3.2 – El Estado Social de Derecho

Así, con **el Estado Social de Derecho** es buscado el abandono de la formalidad, neutralidad e individualismo, en el sentido de transformarse en Estado realizador de justicia social, cual sea: en Estado Material de Derecho, puesto que pretende salir del formal para materializar derechos de naturaleza social. Según Elías Díaz, el Estado Social de Derecho, con su sentido material, posee la caracterización de buscar compatibilizar dos elementos: “*el capitalismo, como forma de producción, y la consecución del bienestar social general, servido de base al neocapitalismo típico del ‘Welfare State’*”<sup>71</sup>.

Sin embargo, ése Estado Social de Derecho, es expresión que, normalmente, viene a acompañada de sospecha, una vez que el Estado Social se compadece con regímenes políticos antagónicos, como sean la democracia, el fascismo y el nacional-socialismo<sup>72</sup>. El Estado social de Derecho, hasta por su propia naturaleza, es un Estado intervencionista, resultando en una presencia efectiva del poder político en las esferas sociales. Siendo el Estado una organización de dominio, puede, bajo la conducción de Gobernantes autoritarios e inescrupulosos, volverse un Estado de abusos y atentados a la libertad humana, es el Estado Social Totalitario<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, “*La lucha por el Estado de derecho*”, *op.cit.*, pág. 94. También é citado por José Afonso da Silva, *op. cit.*, pág. 115.

<sup>71</sup> DÍAZ, Elías, “*Estado de derecho y sociedad democrática*”, *op.cit.*, pág. 96; VERDÚ, Lucas, Pablo, “*La lucha por el Estado de derecho*”, *op.cit.*, pág. 94. También citados por José Afonso da Silva, *op. cit.*, pág. 115.

<sup>72</sup> BONAVIDES, Paulo, “*Do Estado Liberal ao Estado Social*”, *op. cit.*, pág. 205/206

<sup>73</sup> SEGADO, Francisco Fernandez, “*El sistema constitucional Español*”. Madrid: Dykinson, 1992, pág. 1053. Por esto, es apropiada la advertencia efectuada por Francisco Segado: “*Es obvio que conceptos como Estado de Derecho, Estado social, libertad, igualdad..., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto*”.

De esa forma, el Estado Social de Derecho, como alerta Ernest Forsthoff, debía si libertar del totalitarismo y establecer, como régimen de gobierno, la democracia. Sin embargo, considerando que la democracia también puede presentar problemas como la demagogia y la plutocracia, debía si fijar a una voluntad social forjada por grupos de presión, con participación efectiva del pueblo y actuación de representantes auténticos<sup>74</sup>.

Aunque todas las contradicciones de esa evolución estatal, indudablemente, quedó fijado que el Estado social de derecho y democrático, con protección de la libertad, facción jurídico-constitucional, de garantía de los derechos individuales, se transformó en un Estado policrático, adoptando un sistema democrático mixto – participación directa y de representación – medio por el cual puede ser alcanzado el punto de equilibrio en el ejercicio del poder del Estado<sup>75</sup>. Fue lo que pretendió la República Federal de Alemania y España cuando adoptaron como política constitucional el Estado Social y Democrático de Derecho.

Habermas, al establecer la relación interna entre derecho y política, fija que el *“Estado se transforma en una institución para el ejercicio burocrático de la dominación legal”*, razón por la cual, *“El Estado es necesario como poder de organización, de sanción y de ejecución, porque los derechos tienen que ser implantados, porque la comunidad de derecho necesita una jurisdicción organizada y de una fuerza para estabilizar la identidad, y porque la formación de la voluntad política creaba programas que tienen que ser implantados. Tales aspectos no constituyen meros complementos, funcionalmente necesarios para el sistema de derechos, y sí, ‘implicaciones’ jurídicas objetivas, contenidas ‘in nuce’ en los derechos subjetivos. Pues el poder organizado políticamente no si allega al derecho como que desde afuera, una vez que es ‘presupuesto’ por él: él mismo se establece en formas de derecho. El poder político solo puede desarrollarse a través de un código jurídico institucionalizado en la forma de derechos fundamentales”*<sup>76</sup>. Éste es el Estado Social de Derecho, estructurado en la forma democrática, con el objetivo de alcanzar la materialidad de realización de los derechos fundamentales.

---

<sup>74</sup> FORSTHOFF, Ernest, APUD Paulo Bonavides, op. cit., págs. 196/197.

<sup>75</sup> DÍAZ, Elías, *“Estado de derecho y sociedad democrática”*, op.cit., págs. 139/141.

<sup>76</sup> HABERMAS, Jürgen, *“Direito e Democracia: entre facticidade e validade”*, op.cit., pág. 171.

### 3.3 – El Estado Democrático de Derecho y el Estado Social y Democrático de Derecho.

Para una mejor comprensión de los factores que constituyen el Estado Social y Democrático de Derecho, necesario es, de pronto, lograrse una visión objetiva sobre **Democracia y Estado Democrático**, en el sentido de ser entendida su conjugación con el Estado social de Derecho, así como del moderno sistema de democracia participativa y pluralista.

En esa línea de raciocinio es de ser resaltado que el Estado de Derecho, así como el Estado Liberal de Derecho o el Estado Social de Derecho no son, necesariamente, modelos caracterizantes del Estado Democrático.

La idea moderna de un Estado Democrático tiene sus orígenes en el siglo XVIII, con afirmación de determinados valores fundamentales de la persona humana, teniendo como exigencia la organización y el funcionamiento del Estado para la protección de esos valores. Por esto, las grandes transformaciones del Estado, envolviendo también grandiosos debates sobre él, en los últimos dos siglos, deja la conclusión de que los sistemas políticos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, fueron tan sólo tentativas de concretización de las aspiraciones del Estado del siglo XVIII<sup>77</sup>.

De cualquier modo, para la comprensión de lo que sea el Estado Democrático, se debe, inicialmente, verificar los principios implícitos de la idea de Estado Democrático, para, después, ser verificados los medios utilizados en la tentativa de su aplicación concreta y los resultados y consecuencias de esas tentativas.

Tenemos del concepto clásico, referido por todo el adoctrinadores, Estado Democrático *es el gobierno del pueblo por el pueblo*, el régimen jurídico en que poderlo reside en la grande masa de individuos,

---

<sup>77</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, “*Elementos da Teoria Geral do Estado*”, op. cit., pág. 145. El autor aún manifiesta que “La afirmación de ese punto de partida es indispensable para la comprensión de los conflictos sobre los objetivos del Estado y la participación popular, explicando también, en buena medida, la extrema dificultad que se ha encontrado para ajustar la idea de Estado Democrático a las exigencias de la vida contemporánea”.

siendo por ellos ejercido, en la forma directa o por medio de representantes electos<sup>78</sup>.

Mientras, hay una grande dificultad de ser conciliada la forma política estatal y el principio democrático, así como hay un carácter controvertido en el concepto de democracia. En ese sentido, Josep Vallès dice que, para los clásicos, la democracia – entendida cómo “*poder del pueblo*” o “*poder de la mayoría*” – no era un régimen político aconsejable. Sin embargo esta apreciación negativa se modificó en el decurso del siglo XIX: se estableció la exigencia de llevar la práctica de la idea de la igualdad humana y el derecho de todos para interceder en la política. Y, con esta exigencia, la democracia pasó a ser una bandera mobilizadora de energía política<sup>79</sup>.

Esta valoración positiva de la democracia posibilitó la elaboración de una abundancia de definiciones, cada una de las cuales poniendo en evidencia alguno de los aspectos característicos de la política democrática<sup>80</sup>.

Otro punto relevante dice respecto a la concepción de pueblo. La concepción de pueblo en el Estado moderno es completamente distinta del Estado Antiguo, especialmente del Griego. En el Estado moderno la concepción de pueblo es amplia, alcanzando a todos los ciudadanos del Estado, por esto, el pueblo es una abstracción con el sentido de designar todos los ciudadanos<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> AZAMBUJA, Darcy, “*Teoria Geral do Estado*”, 4ª edição, Porto Alegre: Editora Globo S. A, 1963, pág. 240.

<sup>79</sup> VALLÉS, Josep M., “*Ciencia Política: una introducción*”, op. cit., pág. 111.

<sup>80</sup> VALLÉS, Josep M., “*Ciencia Política: una introducción*”, op. cit., pág. 111/112. Vallès resume esas definiciones en un grupo de cinco: “ – la titularidad última del poder atribuida a todos los miembros de la comunidad, aunque el ejercicio de este poder sea confiado a una parte minoritaria de la misma (Rousseau, Jefferson); - la protección de los derechos de cualquier minoría frente a la mayoría, para evitar que una voluntad mayoritaria acabe – política o físicamente – con los que no forman parte de ella y para permitir que la minoría de hoy puede convertirse en la mayoría de mañana (Bentham, J. Mill); - la selección de los gobernantes mediante decisión popular, en un proceso de competencia abierta entre pluralidad de contendientes: en otras palabras, una selección basada en elecciones periódicas y competitivas (Schumpeter, Dahl); - la intervención popular en las decisiones, socioeconómicas – y no sólo políticas –, con el objetivo de promover el pleno desarrollo de las capacidades individuales y garantizar la progresiva igualdad de condiciones entre ciudadanos (Marx, Macpherson); - la capacidad de los ciudadanos para influir directamente sobre el contenido de las decisiones políticas, de tal manera que exista correspondencia entre las acciones del gobierno y las aspiraciones de quienes resultan afectados por las mismas (Barber)”.

<sup>81</sup> BOBBIO, Norberto, “*Teoría General de la Política*”, traducción de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello Prado. Edición exclusiva para España. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pág. 411. En ese sentido, según acentúa Bobbio, “en la democracia moderna el soberano no es el pueblo, sino todos los ciudadanos. El pueblo es una abstracción, cómoda pero al mismo tiempo, como he dicho, falaz; los individuos, con sus defectos e intereses, son una realidad. No por casualidad en la base de las democracias modernas están las

El Estado democrático, en sus primórdios, tuvo grande influencia de los llamados a jusnaturalistas, como Locke y Rousseau. Mismo no habiendo llegado a proponer la adopción de gobiernos democráticos, fue grande la influencia de Rousseau para el establecimiento de una idea de Estado Democrático, constando de su obra, de forma expresa, los principios consagradores de un Estado que quiera ser democrático. Principios éstos sintetizados por Dallari, ya anteriormente comentados, que son: **la supremacía de la voluntad popular; el preservación de la libertad; y la igualdad de derechos**<sup>82</sup>.

Adentro de esa concepción democrática, se impone verificar los medios y fines de la democracia: política es el medio de administrar los conflictos de una comunidad, mientras que democracia es el modo de intervención más amplia posible de los ciudadanos en los diferentes momentos de esa gestión, con la finalidad de seleccionar una de las alternativas propuestas<sup>83</sup>.

Más difícil es fijar los fines u objetivos que un sistema democrático debe alcanzar. Por esto, como advierte Vallès, la dificultad de definir una “*democracia de fines*” conduce, a veces, a conformarse con la “*democracia de los medios*”, lo que significaría a arrumbar la democracia sustantiva para concentrarse en una democracia instrumental<sup>84</sup>.

Otra circunstancia de relevancia es pertinente al sistema democrático contemporáneo, envolviendo democracia y soberanía del Estado, teniendo en cuenta el aspecto interno y el externo, en razón de factores que envuelven la posición del Estado nacional en la arena internacional, teniendo en vista la formación de uniones estatales como el de la Unión Europea. En el examen de esa materia, Habermas reflexiona sobre la especie y el ejercicio de

---

*declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano, desconocidas para la democracia de los antiguos*”. El autor, en secuencia, aún teje los siguientes comentarios: “*La democracia moderna reposa sobre una concepción individualista de la sociedad. Que luego este individualismo sea propuesto y reivindicado en nombre de la teoría utilitarista de la felicidad para el mayor número o de la teoría de los derechos del hombre, para mencionar rápidamente la disputa suscitada en estos años entre quien há asumido y defendido dos principios del utilitarismo y quien protesta poniendo por delante los derechos <<tomados en serio>>, es un tema que aquí puede dejarse de lado, porque lo que me interesa subrayar es el lugar central que ocupa el individualismo en el debate contemporáneo, cualquiera que sea su fundamento*”.

<sup>82</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, “*Elementos da Teoria Geral do Estado*”, op. cit., págs. 150/151

<sup>83</sup> VALLÉS, Josep M., “*Ciencia Política: una introducción*”, op. cit., págs. 112/113. Dice Vallés: “*Por tanto, no hay que ponerlo en riesgo, debatiendo sobre los valores o los fines que una democracia debe ambicionar – dirán – sólo puede subsistir en la medida en que es neutral cuando se plantea la cuestión de los objetivos o de los valores*”.

<sup>84</sup> VALLÉS, Josep M., “*Ciencia Política: una introducción*”, op. cit., págs. 112/113.

la soberanía interna, juntamente con el aspecto de la soberanía exterior que viene a ocupar el primer plan<sup>85</sup>.

Los aspectos arriba examinados son el mínimo indispensable para que un Estado pueda ser considerado democrático. Así, como destaca Vallès, *“Una versión razonablemente realista debería tener en cuenta tanto las reglas – el libre acceso a la intervención política por parte de los ciudadanos –, como los resultados – un bajo nivel de desigualdad social y económica –”*<sup>86</sup>. Esos factores constituidores de la democracia y del Estado democrático sano los elementos que irán a instruir la formación del Estado Democrático de Derecho y del Estado Social y Democrático de Derecho.

De esa forma, aunque, para la configuración **del Estado Democrático de Derecho**, ocurra una unión de los conceptos y fundamentos del Estado Democrático y del Estado de Derecho, en la realidad, ésta no es una mera unión formal, puesto que opera un concepto nuevo, en la medida que incorpora un componente revolucionario de transformación, que es el régimen democrático<sup>87</sup>.

Así, aun cuando las denominaciones utilizadas por los países sean diferenciadas – en Alemania y en España es utilizada la expresión Estado social y democrático de Derecho; en Portugal Estado de Derecho Democrático y en Brasil Estado Democrático de Derecho – y puedan generar discusión sobre cual la mejor denominación a ser utilizada, en la esencia, los conceptos de tales denominaciones no contiene alteración substancial, puesto que todos buscan el servicio de principios básicos, cuales sean: los inherentes la protección de la libertad; al del gobierno por el pueblo, de forma directa y por representación; la de la garantía de realización de los derechos y libertades fundamentales; los objetivos de implantación de una democracia económica,

---

<sup>85</sup> HABERMAS, Jürgen, *“A inclusão do outro – estudos de teoria política”*, op. cit., pág. 173.174. El autor expresa el siguiente entendimiento: *“Si autodeterminación democrática quiere decir participación homogénea de ciudadanos libres e iguales en el proceso del toma de decisiones y de la legiferación, qué muda con la democracia, en primera línea, es la especie y el ejercicio de la soberanía interna. El Estado democrático de derecho revoluciona el fundamento de la legitimación del poder. Pero se, por el contrario, autodeterminación democrática quiere decir a auto-afirmación y a auto-realización colectivas de miembros homogéneos o participantes de una misma comunidad, es el aspecto de la soberanía exterior que viene a ocupar el primer plan. Porque por medio de eso, el mantenimiento del poder del Estado adentro del sistema de las potencias gana más un significado, a saber, lo de que una nación, con su existencia, garantiza simultáneamente su peculiaridad delante de las demás naciones”*.

<sup>86</sup> VALLÉS, Josep M., *“Ciencia Política: una introducción”*, op. cit., pág. 116.

<sup>87</sup> SILVA, José Afonso da, *“Curso de Direito Constitucional Positivo”*, op. cit., pág. 119.

social y cultural; todo mediante un régimen democrático pluralista y participativo, con servicio al principio de la legalidad<sup>88</sup>.

Por tanto, invariablemente, la realidad política del actual Estado Democrático de Derecho o Estado Social y Democrático de Derecho es completamente diferente de la que era vigente en el Estado liberal y mismo en el Estado Social *stricto sensu*. En el Estado liberal había el distanciamiento y la oposición entre el Estado y la sociedad, mientras el autoritarismo exacerbado del Estado social violaba la libertad y los derechos individuales. En el Estado Democrático de Derecho, se evoluciona para un proceso de creciente aproximación y coordinación democrática de los dos polos<sup>89</sup>.

De esa manera, lo actual Estado Democrático de Direito busca la realización de la síntesis del proceso contradictorio del mundo contemporáneo, en el sentido de superar el Estado capitalista para configurar un Estado de justicia social<sup>90</sup>.

Por ese avance del proceso democrático en el Estado de Derecho contemporáneo, que no significa llegar a la culminación de la historia, el Estado Democrático de Derecho aparece como el modo institucional capaz de conjugar las concepciones actuales de democracia y socialismo.

Habermas, al analizar la lucha por reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho, teniendo en cuenta las conquistas políticas del liberalismo y de la social democracia, consecuentes del movimiento de emancipación burguesa y del movimiento de trabajadores europeos, asevera que la acrecimiento de derechos compartidos y la participación política, posibilita

---

<sup>88</sup> SILVA, José Afonso da, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, op. cit, pág. 119.

<sup>89</sup> MOREIRA, João Batista Gomes, “Direito Administrativo (Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática)”, op. cit., pág. 145. El autor concluye su raciocinio diciendo: “se habla, hoy, en inclinación para la ‘privatización’ como un retorno al abstencionismo del Estado con relación a la economía (neoliberalismo). El mantenimiento de la contradicción ‘libertad x Estado’ a la manera de la antigua dicotomía estatuida por Locke y Kant, sin consentir en la síntesis dialéctica hegeliana (ya instaurada) – dice Paulo Bonavides - , ‘representa una de las posiciones más caras del liberalismo burgués’. Pero la inclinación natural es juntar las fuerzas del Estado, (esencial, no necesariamente mínimo) y de la sociedad, en régimen de coordinación orgánica”.

<sup>90</sup> SILVA, José Afonso da, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, op. cit. pág.120. En complemento a ese comentario efectuado, el autor aún aduce: “En ese cuadrante, es aún pertinente recordar el pronunciamiento de Elías Díaz, que se reveló profético: ‘De esta forma, y sin querer llegar con eso apresuradamente ‘la grande síntesis final’ o a cualquiera otra forma de ‘culminación de la Historia’ (esto debe se poner bien claro), cabe decir que el Estado Democrático de Derecho aparece como la fórmula institucional en que actualmente, y sobretodo para un porvenir próximo, puede venir a concretarse el proceso de convergencia en la que puede ir afluyendo las concepciones actuales de la democracia y del socialismo”.



la chance de la población vivir con expectativas legítimas de contar con seguridad, justicia social y bien estar<sup>91</sup>.

En esa línea de entendimiento sobre lo actual Estado Democrático de Derecho, José Afonso da Silva, teniendo en cuenta la regulación constitucional brasileña de 1988, también refiere que la tarea fundamental del Estado Democrático de Derecho es superar las desigualdades sociales e instaurar un régimen democrático que realice la justicia social, con servicio de los siguientes principios: a) principio de la constitucionalidad; b) principio democrático; c) sistema de derechos fundamentales; d) principio de la justicia social; e) principio de la igualdad; f) principios de la división de poderes; g) principio de la legalidad; y h) principio de la seguridad jurídica<sup>92</sup>.

Este nuevo tipo de Estado – el Estado Democrático de Derecho o Estado Social y Democrático de Derecho – que debe atender al principio de la constitucionalidad, busca superar determinadas dificultades en lo que tañe la realización material de los objetivos del Estado, principalmente en cuanto a la inviolabilidad de los derechos fundamentales y la protección del principio de la igualdad<sup>93</sup>.

Justamente por esto, Habermas refiere que *“la justificación existencial del Estado no reside primero en la defensa de los mismos derechos*

---

<sup>91</sup> HABERMAS, Jürgen, “A inclusão do outro – estudos de teoria política”, op.cit., pág. 238/239. Buscando el reconocimiento del Estado Democrático de Derecho, HABERMAS dice: “En verdad, despues la bancarrota del socialismo de Estado quedó apenas esa perspectiva: por medio de la promoción del estatus del trabajo asalariado dependiente, alcanzado con el acréscimo de derechos de compartimiento y participación política, cabe a la masa de la población la chance de vivir con expectativas bien fundadas de contar con seguridad, justicia social y bien estar”.

<sup>92</sup> SILVA, José Afonso, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, op. cit., pág. 122.

<sup>93</sup> FIORAVANTI, Maurizio, “Constitución – de la antigüedad a nuestro días”. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta S. A, 2001, pág. 150. Este nuevo tipo de Estado Fioravanti retracta en la siguiente forma: “La constitución democrática del siglo XX, a partir de Weimar, pretende superar los confines fijados por la precedente forma constitucional estatal y parlamentaria. En pocas palabras, ya no pretende limitarse al ordenamiento de los poderes y al reenvío a la ley para garantizar los derechos; más bien pretende, sobre todo, significar la existencia de algunos principios fundamentales generalmente compartidos, que el ejercicio del poder soberano constituyente del pueblo há colocado en la base de la convivência civil”. En sus comentarios el autor aún añade: “A partir de aquí comienza una nueva história que, en buena medida, consiste en la búsqueda de los ‘instrumentos institucionales necesarios para la tutela y para la realización de estos principios fundamentales. Baste decir que entre éstos existen al menos dos que, desde este punto de vista, presentan problemas de notable relevancia: ‘el principio de la inviolabilidad de los derechos fundamentales’, que de nuevo propone la gran cuestión del control de constitucionalidad de las leyes en relación con las constituciones que han enunciado esos derechos normativamente, y ‘el principio da igualdad’, que - en las constituciones democráticas – tiende a afirmarse más allá de la mera prohibición, situándose en el plano del acceso a los bienes fundamentales de la concivencia civil, tal como la instrucción o el trabajo, poniendo así de manifiesto la otra gran cuestión de la garantía y de la realización de los derechos sociales”.

*subjetivos, sino en la garantía de un proceso incluso de formación de la opinión y de la voluntad, en que ciudadanos libres e iguales llegan al acuerdo mutuo en cuanto a cuales deben ser los objetivos y normas que corresponden al interés común. Con eso, se exige del ciudadano republicano más que orientación según sus respectivos intereses propios”*<sup>94</sup>.

Otro factor importante de las modificaciones estatales, confirmadoras de una nueva estructura político-jurídica en el Estado contemporáneo, con contribución del poder político para la función propia del derecho, dice respecto a la seguridad jurídica proporcionada por el Estado Democrático de Derecho, que permite a los destinatarios del derecho evaluar las consecuencias del comportamiento propio y ajeno<sup>95</sup>.

En tales condiciones evolutivas y de transformación del Estado, se puede decir que el Estado Democrático de Derecho se revela como un Estado de la justicia social, un Estado Constitucional formal y material, que busca convergir a las dicotomías contradictorias para la unión de principios políticos, jurídicos, sociales y económicos, en el sentido de reducir las desigualdades sociales y mejor atender las necesidades de esa nueva sociedad que se proyecta para el siglo XXI, consonante la implantación de un régimen democrático plural, transparente y de participación popular.

### **III – Evoluciones actuales del Estado**

La Revolución Francesa, asentada en valores de libertad, igualdad y fraternidad, con ideas políticas y filosóficas innovadoras, produjo transformaciones que aún se mantiene y fue elemento preparador al perfeccionamiento futuro del Estado, especialmente en cuanto a la capacidad de los Poderes soberanos, con establecimiento de limitaciones constitucionales a su ejercicio, así como la compaginación de los derechos fundamentales, que ahora es el principal factor de todo el proceso de libertación civil y social del hombre y razón de ser del nuevo orden jurídico y constitucional de la sociedad<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> HABERMAS, Jürgen, “*A inclusão do outro – estudos de teoria política*”, op. cit., pág. 280/281.

<sup>95</sup> HABERMAS, Jürgen, “*Direito e Democracia – entre facticidade e validade*”, op.cit., pág. 182.

<sup>96</sup> BONAVIDES, Paulo, “*Do Estado Liberal ao Estado Social*”. op. cit., pág. 208/209.

Por tanto, se puede decir que hay en el Derecho del Estado la tarea de una adaptación continua del Derecho a las necesidades de la sociedad<sup>97</sup>. Así, en esta fase evolutiva del Estado, como bien resume Márcio Augusto V. Diniz, primeiramente, hay una relación con el poder; cuando es demostrado como el poder se organiza y se institucionaliza. A continuación esa estructura organizacional es negada por la idea de libertad, alcanzando su cumbre con la Ilustración, el constitucionalismo y las Revoluciones liberales del siglo XVIII.<sup>98</sup>

Esta idea moderna de un Estado Democrático tiene sus raíces en Europa del siglo XVIII, que culminó, en el Estado contemporáneo, consolidando el Estado Democrático como un ideal supremo, tanto que ningún gobierno, mismo cuando totalitario, admite que no sea democrático<sup>99</sup>.

De esa forma, el Estado post-industrial, del inicio del siglo XX, buscó perpetuar la supremacía de la voluntad popular como valor democrático; el preservación de la libertad, en el sentido de disponer de su persona y sus bienes, sin cualquier interferencia del Estado; con igualdad de derechos, en el sentido de no haber distinción en el gozo de derecho. El Estado de Derecho pasa a tener como objetivo obligatorio a concretización de los derechos fundamentales por medio de una estructura de poder adecuado y jurídicamente organizado<sup>100</sup>.

El Estado post-segunda guerra mundial, desde la segunda mitad del siglo XX, experimenta una evolución veloz, diferenciada, a compleja, con surgimiento de tantos matices distintos que fueron criadas diferentes teorías para justificar los varios modos de funcionamiento del Estado y otras tantas para negarlas. Según Rosanvallon es considerar *lectura curta* situar el Estado en la relación a los movimientos del capitalismo y del socialismo de los siglos XIX y XX, o vislumbrarlo en medio a ambos, por esto

---

<sup>97</sup> KÄGI, Werner, “*La Constitución como Ordenamiento Jurídico Fundamental del Estado (investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional)*”. Trad. Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven. Madrid: Ed. DYKINSON, 2005, pág.133.

<sup>98</sup> DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos, “*Constituição e Hermenêutica Constitucional*”. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, pág. 89. El autor complementa su comentario diciendo: “*En un tercero y último período, a través de la mediatización y conservación de éstos dos momentos, el Estado, ahora en el plan del concepto, es Estado de Derecho; poder y libertad se implican mutuamente, el Estado tiene como finalidad suprema la realización de los derechos fundamentales por intermedio de una estructura de poder adecuada y jurídicamente organizada*”.

<sup>99</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari, “*Elementos da Teoria Geral do Estado*”, op. cit., pág. 40.

<sup>100</sup> DÍAZ, Elías, “*Estado de Derecho y sociedad democrática*”, Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1973, págs. 29 e ss.

las teorías liberales y marxistas habrían fracasado en la aprehensión del movimiento del Estado-Providencia<sup>101</sup>.

Sin embargo, éste es un nuevo tipo de Estado que se firma como Estado de Derecho, que Carl Schmitt interpreta: “*El ideal pleno del Estado Burgués de Derecho culmina en una ‘conformación judicial general’ de toda la vida del Estado. Para toda especie de diferencias y litigios, sea entre las autoridades superiores del Estado, sea entre autoridades y particulares, sea, en un estado federal, sea entre la Federación y un Estado-miembro, sea entre Estados-miembros, etc., habria de haber, para esse ideal de Estado de Derecho, un procedimiento en que, sin atención a la clase de litigio y de objeto litigioso, se decidiera a la manera del procedimiento judicial*”<sup>102</sup>.

En esa nueva visión de Estado, en lo según post-guerra, como menciona Diogo de Figueiredo, lo súbdito se transforma en ciudadano y, de las nuevas democracias emergentes, son establecidos cuatro pilares principiológicos que marcarían la virada del siglo: **los derechos fundamentales, la subsidiariedad, la legitimidad y el concepto de Constitución como orden de valores**<sup>103</sup>.

Según conceptúa el mismo autor, **los derechos fundamentales** fueron a determinante para el reequilibrio de las relaciones entre sociedad y Estado en la política y en el derecho contemporáneo; **a subsidiariedad** sería el factor reorganizador de las relaciones del Estado, entre sociedad y Estado y como referencia para todas las relaciones internas entre organismos públicos, efectuando un proceso continuado de desmonopolización del poder; **la legitimidad**, en razón de la democracia indirecta no ser suficiente para la legitimación plena de los gobiernos, para su efectución evolucionó para una democracia directa o semidirecta, con dependencia de participación ciudadana, abierta, asegurada e incentivada por el Estado, como condición de su realización; y el concepto de **Constitución como orden de valores** redefinió la estructura jurídica de las nuevas relaciones entre Estado y sociedad<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> ROSANVALLON, Pierre, “*La crise de L’État-providence*”, 2ª Ed. Paris: Ed. Du Seuil, 1978, pág. 19. APUD MEDAUAR, Odete, op. cit. pág. 86.

<sup>102</sup> SCHIMTT, Carl, “*Teoria de la Constitución*”. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2003, pág. 144.

<sup>103</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “*Mutações do Direito Público*”. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pág. 64.

<sup>104</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “*Mutações do Direito Público*”, op. cit., págs. 64/67.

Cual si ve, éste Estado de Derecho, con establecimiento de la igualdad ante la ley, tuvo aún como característica el factor democrático. se legitimó el ejercicio de lo poder veía democracia, dirigiendo sus acción para los intereses del ciudadano. En ese contexto, según advierte Habermas es indispensable a la existencia de una representación política que atienda a las necesidades del representado para que, efectivamente, ocurra legitimidad, puesto que solo por medio de la democracia, el derecho puede cumplir su papel, sin alejar la justicia y la seguridad<sup>105</sup>. Pero, éste Estado es de difícil encuadre en modelos, pues del punto de vista político es fraccionado y posee fragmentación<sup>106</sup>.

Hay también la línea doctrinaria que manifiesta el siguiente entendimiento: el Estado del Bienestar y su atención para el aspecto cuantitativo de bienes y productos de consumo derivan para una nueva fórmula de un *Estado post-industrial* o *post-welfarismo*, en la busca de atención de los elementos cualitativos, visando mejorar la calidad de vida tanto en el aspecto personal cuanto social, con el preservación del patrimonio cultural y artístico, la protección del medio ambiente, el acceso a la cultura y al ocio<sup>107</sup>.

Delante de esta circunstancia, hay una redefinición del papel y actuación del Estado en la creación de nuevas categorías de relaciones entre éste y la sociedad<sup>108</sup>. El Estado pasa a interferir en el orden económico, cuya situación los alemanes llamaron de “*economía social de mercado*”, con el Estado demostrando que asumió el bienestar económico de la colectividad entre los intereses públicos<sup>109</sup>. El Estado contemporáneo, en esa nueva conformación, amplía suya acción de política social, cuya generalidad de atención reduce el grado de injusticia social. Esta nueva visión de Estado posibilita también producción de literatura con valores democráticos, para

---

<sup>105</sup> VASCONCELOS, Waleska B. de C., op. cit. pág. 29. La autora cita comentario de Marcelo Campos Gallupo realizado em “*Igualdade e Diferença: Estado democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*”. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

<sup>106</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit., págs. 87/88. Por esto, Odete Medauar refiere que, en el ámbito de la doctrina, “*se habla en Estado astillado, alentado por fuerzas centrífugas. No más predominaría la imagen de pirámide, pero a de red de poderes; no más política vertical, y sí a política horizontal, con la participación en el poder, adentro y fuera del Estado, de masas, como democracia directa, además de la representativa*”.

<sup>107</sup> BASSOLLS COMA, Martín, “*Los principios del Estado de Derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución*”. Revista de Administración Pública, vol. 3, 1978, pág. 144.

<sup>108</sup> VASCONCELOS, Waleska B. de C., op. cit., pág. 31.

<sup>109</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit., pág. 89.

empezar experiencias de sistemas políticos abiertos, donde son creados los llamados a filtros de legitimación, entre quienes está la opinión pública, cuyo factor busca establecer una identificación entre el Poder del Estado con la voluntad del pueblo <sup>110</sup>.

Justamente por esto, Carl Schmitt, reconociendo la importancia del pueblo en la actuación del Estado contemporáneo, con dirección para una moderna teoría de la Constitución, en primer lugar, menciona “*pueblo como magnitud ‘no formada’, no regulada en Ley constitucional*” que serían: el pueblo como sujeto del Poder Constituyente; como portador de la opinión pública y sujeto de aclamaciones; como aquéllos que no gobiernan o no son autoridades, esto en lo que se relaciona con la iniciativa popular. En segundo lugar, establece “*Pueblo como entidad organizada y formada por Ley Constitucional*”, en el sentido de que existe un procedimiento legal para elecciones y la voluntad del pueblo surge como resultado de un sistema en vigencia <sup>111</sup>.

Según Habermas, la idea del Estado de Derecho exige en contra partida una organización del Poder Público que obliga el poder político, constituido conforme el derecho, a si legitimar, por su turno, por el derecho legítimamente instituido. Por esto, en su teoría, estructura el Estado de Derecho de acuerdo con principios, posibilitando una práctica jurídico-objetiva institucionalizada de autodeterminación del ciudadano <sup>112</sup>.

Ésos son factores que, sumados a una crisis de la democracia representativa (como identifica la ciencia política, son varios los aspectos que demuestran existencia de problemas, entre quienes: oligarquización de los partidos políticos; excesiva profesionalización de la política; incapacidad de los parlamentarios identificar y resolver problemas complejos; desprestigio de

---

<sup>110</sup> VASCONCELOS, Waleska B. de C., op. cit. pág. 31.

<sup>111</sup> SCHMITT, Carl, “*Teoría de la Constitución*”, op. cit., pág. 245.

<sup>112</sup> HABERMAS, Jürgen, “*Direito e democracia: entre facticidade e validade*”, vol. I, 2ª ed., traducción: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, págs. 212/213. Habermas habla sobre los principios del Estado de Derecho, en la siguiente forma: “*En el principio de la soberanía popular, según lo cual todo el poder del Estado viene del pueblo, el derecho subjetivo a la participación, con igualdades de chances, en la formación democrática de la voluntad viene al encuentro de la posibilidad jurídico-objetiva de una práctica institucionalizada de autodeterminación de los ciudadanos. Ese principio forma a unión entre el sistema de los derechos y la construcción de un Estado de Derecho. Interpretado por la teoría del discurso (a), el principio de la soberanía popular implica: (b) el principio de la amplia garantía legal del individuo, proporcionada a través de una justicia independiente; (c) los principios de la legalidad de la administración y del control judicial y parlamentario de la administración; (d) el principio de la separación del Estado y sociedad, que visa impedir que el poder social se transforme en poder administrativo, sin pasar antes por el filtro de la formación comunicativa del poder*”.

la ley como instrumento normativo, etc.<sup>113</sup>), pasan a delinear una participación popular en el ejercicio del Poder del Estado. El pueblo pasa a influenciar directa y decisivamente en la implantación de las políticas públicas, componiendo, exigiendo y fiscalizando la aplicación de los derechos fundamentales y sociales.

Fue con el denominado constitucionalismo joven europeo, inspirado por una nueva organización constitucional, que hubo la adopción de la democracia participativa, previendo el uso de la informática y el resguardo de los derechos fundamentales, como ocurre en los ejemplos de la Constitución Portuguesa de 1976 y de la Constitución Española de 1978. Posteriormente, con inspiración en los textos constitucionales Portugués y Español, fue editada la Constitución Brasileña de 1988. Esta nueva idea de democracia, de participación directa, además de la representativa, implica en mejor respeto a los derechos fundamentales, pero también por ser consecuente de la crisis del Estado, aún no soluciona todos los problemas, en faz de lo poder estar fraccionado.

Así, en la actualidad, como advierte Bonavides, lo no atención de los derechos sociales básicos genera serias desestabilizaciones constitucionales, en la medida que esos derechos se insieren en una esfera de lucha, controversia, movilidad, haciendo siempre precaria la obtención de un acuerdo sobre el sistema, el gobierno y el régimen<sup>114</sup>.

De cualquier modo, son valores del Estado contemporáneo, de fin del siglo XX, de post-modernidad, que están se consolidando para el establecimiento de nuevos valores de postura político-ideológica, dirigidos para un porvenir basado en la democracia, en la libertad y en el desarrollo<sup>115</sup>.

En tal circunstancia, en la feliz expresión de Têmis Limberger, el Derecho Público, en consecuencia del nuevo tipo de Estado, está en reaproximación de los valores sociales y jurídicos, principalmente de los de la

---

<sup>113</sup> PEREZ, Marcos Augusto, “*Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na administração pública*”. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pág. 31.

<sup>114</sup> BONAVIDES, Paulo, “*Curso de Direito Constitucional*”, op. cit. pág. 380.

<sup>115</sup> BONAVIDES, Paulo, “*Teoria Constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por repolitização da legitimidade*”. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 9. En ese sentido, el autor manifiesta: “*democracia participativa y Estado Social constituyen, por consiguiente, axiomas que han de permanecer inviolables e invulnerables, si los pueblos continentales de América Latina están en el decidido propósito de batallar por un porvenir que reside tan sólo en la democracia, en la libertad, en el desarrollo*”.

ética en el derecho. Aunque, a mucho los principios estén en el derecho, ahora ellos pasan a integrar el complejo de normas del derecho<sup>116</sup>.

Por tanto, en el Estado contemporáneo sano mantenidos los principios de armonía, coordinación y colaboración entre las diversa funciones del Estado. Esta visión de teoría sistémica propicia el abordaje de conjunto, partiendo del presupuesto de que cada función estatal posee la misma esencia, apenas adquiriendo aspectos particulares de actuación<sup>117</sup>.

En ese camino movedizo de las diversas características del Estado contemporáneo y post-moderno, debe ser recordada la advertencia de Rodrigues-Zapata: *“si a eso se añade el declive de las ideologías, como consecuencia del colapso de la comunista, el mundo de la postmodernidad ofrece un panorama en el que la economía tenderá tendencialmente a substituir a la política y en el que democracias postmodernas impulsarán mercados cada vez más abiertos, y vice-versa”*<sup>118</sup>.

La concepción constitucional contemporánea posibilita la comprensión de haber un Estado de innovadora compaginación, con protección al principio de la igualdad, propio del Estado de derecho, cuyo ejercicio de lo poder busca legitimación en una democracia directa o semidirecta y de representación, dirigido la realización de los derechos fundamentales del ciudadano, por esto, pudiéndose llamarlo de ***Estado Social del constitucionalismo democrático***, que, por sus características, está más adecuado para concretar la universalidad de los valores abstractos de las declaraciones de los derechos fundamentales<sup>119</sup>. Es lo que Rodríguez-Zapata llama de necesidad de *“replanteamiento”* de la concepción tradicional del Estado, en el sentido de acentuar el factor humano que lo debe informar<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> LIMBERGER, Têmis, *“TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E NOVAS TECNOLOGIAS: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático”*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul – Brasil, vol. 30, n. 64. Porto Alegre: PGE, jul./dez. 2006, págs. 33/47. La autora emite ésta su opinión con base en lecciones de Ricardo Lobo Torres, Ronald Dworkin, Rudolf Smend, Peter Härbele, Garcia de Enterria e Juan Alfonso Santamaría Pastor, manifestando: *“Los principios constitucionales hacen una síntesis de valores en el sistema jurídico y tienen como funciones principales, conferir unidad al sistema y auxiliar la actividad de interpretación, de allí la importancia de la hermenéutica jurídica. La Constitución pasa a ser un sistema abierto de principios y reglas, en los cuales los principios de igualdad, dignidad de la persona humana, pluralismo político y probidad administrativa desempeñan un papel central”*.

<sup>117</sup> MOREIRA, João Batista Gomes, *“Direito Administrativo (Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática)”*, op. cit., pág. 146.

<sup>118</sup> RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, *“Teoría y Práctica del Derecho Constitucional”*, op. cit., pág. 59.

<sup>119</sup> BONAVIDES, Paulo, *“Do Estado Liberal ao Estado Social”*, op. cit., pág.18.

<sup>120</sup> RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, *“Teoría y Práctica del Derecho Constitucional”*, op.cit., pág. 59. dice el autor: *“Ese factor humano aparece en el denominado ‘fin ético del Estado’ de la doctrina tradicional. Se*



Mientras, éstos son aspectos que están perfectamente definidos en el sentido formal – constitución y sistema normativo – pero que aún dejan mucho a desear en el sentido material, de concretización en la realidad<sup>121</sup>.

Éste el grande problema del Estado contemporáneo, el desequilibrio entre la regla formal de exigencia democrática y de participación popular, en el sentido de ser atendidos los derechos fundamentales, y los resultados materiales de esa acción del Estado.

Así, en el Estado contemporáneo, post-industrial y post-moderno, teniendo en vista una forma fraccionada del ejercicio del poder, con busca del respaldo popular, tornó aún más complejo los ya complejos mecanismos de producción del derecho, envolviendo la articulación de las normas jurídicas, la flexibilidad del contenido de las normas y de medios de integración con la sociedad, caracterizándolas como pilares de la post-modernidad<sup>122</sup>, circunstancias estas – pluralismo y negociación – que permiten una nueva dimensión del derecho<sup>123</sup>.

Otro factor importante dice respecto al del mantenimiento del orden para garantizar la seguridad física en las grandes ciudades, situación que se volvió una demanda extraordinaria para el Estado, pese a las varias peculiaridades que envuelven el problema<sup>124</sup>. La cuestión de la ingobernabilidad es otro tema de constantes debates en la doctrina, situación que está derechamente relacionada con el tamaño del Estado – mayor involucramiento y estructura del Estado, menor involucramiento y estructura del Estado – llevando a Bobbio a afirmar: *“de la creciente ingobernabilidad de las sociedades complejas o de la debilidad crónica de que de la pruebas el Poder Público en las sociedades económica y políticamente más desarrolladas, nace el neocontratualismo, esto es, la propuesta de un nuevo*

---

*manifiesta hoy en la dignidad del ser humano y en los derechos fundamentales que se afirman progresivamente en el Derecho internacional contemporáneo incluso frente al mismo Estado”.*

<sup>121</sup> FORSTHOFF, Ernest, *“Stato di diritto in trasformazione”*. Milano: Giuffrè, 1973, pág. 53. APUD José Afonso da Silva, op. cit., pág. 115.

<sup>122</sup> VASCONCELOS, Walesca B. de C., op. cit., pág. 30.

<sup>123</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. *“Direito Administrativo Pós-moderno”*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, pág.35. La autora manifiesta: *“Explican los puntos de rotura del derecho ‘post-moderno’ con el derecho de la modernidad: a la unidad se opone el pluralismo; a la jerarquía, la diversidad; a la coacción, la regulación y la emancipación; a la estabilidad, la adaptabilidad”*.

<sup>124</sup> MEDAUAR, Odete, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit. pág. 91.

*pacto social, global y no parcial, de pacificación general y de fundación de un nuevo ordenamiento social”*<sup>125</sup>.

Esta perspectiva de Bobbio parece perfecta, en la medida que la informática y el internet alteran profundamente qué se entiende por territorio, puesto que las limitaciones geográficas del Estado quedan ultrapasadas en el *ciber* espacio; la economía global y la interferencia interna de efectos externos, independientes de la voluntad gubernamental, tornan el concepto de soberanía relativo; y el sistema de frenos y contrapesos en el ejercicio del Poder del Estado se encuentra alterado, teniendo en vista la existencia de una amplia democratización del poder, tornando éste fraccionado. Todo a indicar que hay un nuevo ordenamiento social en estructuración en el Estado contemporáneo.

Esta circunstancia de transformación y modernización del Estado es factor de generación de crisis, puesto que dilución de los límites y contornos de los conceptos políticos y económicos, se convirtieron en característica de la hipermodernidad, generando incertidumbres<sup>126</sup>.

El actual período del Estado contemporáneo y post-moderno, de final del siglo XX e inicio del siglo XXI, es conturbado e impregnado de incertidumbres, es lo llamado Estado de las crisis. Son muchos los valores nuevos que se presentan y antes de se consoliden, ya hay nuevos valores siendo introducidos, con algunos autores llamando el Estado Social y Democrático de Derecho del Estado de la garantía de libertad posible<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> BOBBIO, Norberto, “*O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*”. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, pág. 148.

<sup>126</sup> DROMI, Roberto, “*Modernización del Control Público*”. Madrid-México: Hispania Libros, 2005, pág. 9. Dromi refiere que: “*Los cambios y las transformaciones encadenan una variedad de oportunidades que deben ser descubiertas para conocer el nuevo espacio del hombre en los tiempos por venir. La dificultad de comprender las nuevas condiciones existenciales no se encuentra en los detalles, sino en el planteamiento mismo. El hombre se halla hoy impelido a convivir paradójicamente en dos aldeas: la local y la global, es decir, debiendo apoyar un pie en cada una sin trasladarse del mismo lugar*”.

<sup>127</sup> MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, “*Fines del Estado y Constitución en los comienzos del Siglo XXI – La conservación*”. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, pág. 193. En ese aspecto, el autor manifiesta: “*A pesar de la existencia de estos fenómenos y otros que podrían añadirse como el arreglo privado de los conflictos, al margen de la organización judicial, y que ponen de manifiesto que aun las más clásicas funciones del Estado aparecen ahora compartidas – algunos podrían mantener que incluso desarrolladas con más eficacia – el Estado es todavía hoy y probablemente en el futuro, necesario. Se ha manifestado como la forma más eficaz para el desarrollo de las sociedades nacionales. Ha logrado construir extraordinarias unidades humanas que con sus caracteres diferenciales han generado culturas diversas que enriquecen al panorama de lo humano. Además, con las limitaciones de toda obra del hombre ha llegado a ser, transformándose en Estado Social y Democrático de Derecho, la garantía de la libertad posible*”.

Siendo así, se puede decir que esos fenómenos, conflictos y soluciones encontrados para cada tipo de situación estatal, en todas esas circunstancias causan una profunda interferencia en la acción del Estado, cual sea: en la Administración Pública. No afuera esto suficiente, todo ese nivel de transformación del Estado, envolviendo su modernización, con servicio de los derechos fundamentales del ciudadano, debe estar adecuado al sistema democrático, pluralista y de participación popular. Es lo que veremos en este título: el Estado pluralista; el Estado transparente y participativo; y su nueva conformación para el siglo XXI.

## 1 – El Estado pluralista

Cual si puede ver del análisis procedido en los tópicos anteriores, lo actual Estado democrático de Derecho posee una característica diferenciada de los demás tipos de Estado, pues, pretende, con regulación constitucional, establecer reglas formales con aspectos de realización material de una democracia pluralista, cual sea, constituirse en un **Estado de Democracia Plural**. Esto fluiu de una corriente de pensamiento político que siempre se opuso y continúa a si oponer a la inclinación de concentración y unificación del poder, propia de la formación del Estado moderno.

Indiscutible la existencia de complejidad social y el constante aumento de las necesidades personales y colectivas por mejores condiciones de vida, con participación de diversa y diferentes fuerzas sociales en el proceso político, caracterizando una participación pluralista de la comunidad en actividades que eran destinadas y reservadas apenas al ámbito estatal<sup>128</sup>.

Así, en el Estado de la Democracia Plural, el Poder Público está obligado a realizar una amplia planificación, dirección y protección de las necesidades públicas, buscando alcanzar todos los sectores de la sociedad, revelándose como un Estado constitucional liberal que actúa cada vez más como un Estado social provisor.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> SCHNEIDER, Hans-Peter, “*La Constitución. Función y estructura*”. In “*Democracia y Constitución.*” Traducción Angela Collado Ais e Manuela Bonanhela Mesa. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 35/52.

<sup>129</sup> SCHNEIDER, Hans-Peter, “*La Constitución. Función y estructura*”, op. cit., pág. 38. El autor, en ese asunto, comenta: “*de este modo, el Estado constitucional liberal se manifiesta cada vez mais como un Estado social provisor, que planifica, realiza prestaciones y reparte, cuyas actuaciones permanentes en el desarrollo global de la comunidad no pueden ser ya entendidas como intervenciones puntuales en un ámbito de la*

¿Pero lo qué es pluralismo? ¿se trata de un concepto político nuevo? De un modo general, hay una grande discusión sobre lo que es pluralismo. En una síntesis abarcante, poderse-iba a decir que pluralismo es un conjunto de ideas según las cuales los sistemas políticos, sociales y culturales pueden ser interpretados como el resultado de una multiplicidad de factores o concebidos como integrados por una pluralidad de grupos autónomos, pero interdependientes.

En la expresión de Bobbio, “*treinta años atrás éramos todos demócratas. Hoy somos todos pluralistas*”<sup>130</sup>. El término es nuevo, pero el concepto no, puesto que se encuentra en todo el historia del pensamiento político, el hecho de una sociedad ser más bien gobernada cuanto más repartido sea el poder y más numerosos los centros de poder que controlan los órganos del poder central<sup>131</sup>.

En esa línea de pensamiento, valiéndose aún de las lecciones de Bobbio, es de mencionarse la siguiente conceptualización de Pluralismo: “*en el lenguaje político se llama así la concepción que propone como modelo la sociedad compuesta de varios grupos o centros de poder, aun cuando en conflicto entre sí, a los cuales es atribuida la función de limitar, controlar y contrastar, hasta el punto de eliminarlo, el centro del poder dominante, históricamente identificado con el Estado*”<sup>132</sup>. Logicamente que este tipo de concepción política – pluralismo – no se confunde, por ser totalmente distinto, con la teoría de la separación de los poderes.

Son varias las formas de pluralismo existentes. Hay el pluralismo de los antiguos y el pluralismo de los modernos. El pluralismo socialista, el pluralismo cristiano-social y el pluralismo democrático. Como lo que importa en el presente trabajo es el pluralismo democrático, a él nos fijaremos para el establecimiento del pluralismo del actual Estado Democrático de Derecho.

---

*sociedad separada del Estado. Ello conduce a una interconexión cada vez mayor entre el Estado y la Sociedad, la política y la Administración, la esfera privada y la esfera pública, en processo pluralista de compensación general de ventajas y cargas, y incluso en ocasiones con la participación directa de los ciudadanos y grupos afectados”.*

<sup>130</sup> BOBBIO, Norberto, “*As ideologias e o poder em crise*”; traducción de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4ª edição, 1999, pág.15.

<sup>131</sup> BOBBIO, Norberto, “*As ideologias e o poder em crise*”; *op. cit.*, pág. 15.

<sup>132</sup> BOBBIO, Norberto, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. “*Dicionário de Política*”; traducción de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 12ª edição, 1999, vol. 2, pág. 928.

François Châtelet, cuando efectúa una crítica al actual pluralismo democrático, menciona que poderlo es un lugar que debe ser ocupado. La ocupación es legal y legítima cuando es resultado de una competición libre entre fuerzas reconocidas como plurales, surgidas de la sociedad, y que el pueblo representa pero no encarna<sup>133</sup>.

Sin embargo, para una mejor comprensión del problema, se debe examinar las corrientes teóricas que tratan de la cuestión. Posiblemente, entre las corrientes de la ciencia política americana, el análisis más importante para la comprensión de la sociedad pluralista sea la obra de Arthur F. Bentley – *“The process of government”* (1908) – reconquistada y continuada por David B. Truman – *“The governmental process”* (1953), donde es presentado como concepto fundamental el concepto de grupo, entendido como conjunto de individuos que desarrollan una actividad común<sup>134</sup>.

Aunque sean muchas las críticas contra el pluralismo, envolviendo tanto el aspecto teórico cuanto el ideológico, negando su validez como instrumento del ejercicio del poder, el cierto es que la idea de pluralismo se mantiene, siendo buscado elementos perfeccionadores de suya acción.

Considerando que la Constitución más que un texto jurídico, es también la forma de expresar la situación de desarrollo cultural de un pueblo, significa decir que, en el Estado Democrático de Derecho, la Constitución

---

<sup>133</sup> CHÂTELET, François, Olivier Duhamel, Evelyne Pisier-Kouchner, *“História das Idéias Políticas”*, op. cit., págs. 174/175. Según Châtelet, pluralismo no es idea nueva: *“Esa idea no es nueva; o sea, está contenida, desde sus orígenes, en la reclamación democrática, y se refiere al mismo tiempo a las fuentes y a los límites del poder del Estado. La necesaria separación entre gobierno y sociedad implica la regla del ‘pluralismo electoral’, diferente y constantemente evocada en todas las literaturas políticas del Estado-gerente”*.

<sup>134</sup> BOBBIO, Norberto, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. *“Dicionário de Política”*, op. cit., pág. 931. Bobbio refiere que *“el concepto de ‘grupo’, entendido como conjunto de individuos que desarrollan una actividad común. Partiendo del concepto de grupo, Bentley y sus seguidores dan particular relieve, en el análisis de la sociedad, la sociedad americana de la primera mitad del siglo, al hecho de que los individuos se asocian en grupos para satisfacer sus intereses (pudiendo, por eso, cada uno pertenecer y generalmente Pertence a grupos diverso) de que los grupos así constituidos, sobreponiéndose, permiten que los varios intereses se manifiesten y se contrapongan, sin acabar, sin embargo, en conflictos destructores de la sociedad en su conjunto, desde que arriba de los grupos parciales exista y se mantenga un grupo universal en potencia cuyo interés sea lo de no permitir que se alteren las reglas de lo juego”*.

adquiere su identidad e individualiza su cultura en el ámbito de esta sociedad abierta que le da fundamento<sup>135</sup>.

Justamente por esos factores es que Peter Häberle refiere que la Constitución es el orden jurídico fundamental del Estado y de la Sociedad, que ella no se revela solamente como la Constitución del Estado, pero que estructura y comprende todo el sociedad, por esto, debiendo la teoría constitucional llevar en consideración todo el sociedad, todos los individuos y grupos de individuos que en ella se constituyen, con sus ideas, valores e intereses, así como sus esperanzas, ansias y pretensiones, en una determinada época<sup>136</sup>.

En ese contexto de evaluación, el pluralismo, tanto en el aspecto teórico como en la práctica constitucional, adquiere fuerza e importancia que decurren de la alternatividad del acuerdo y del dissenso existente en la sociedad, posibilitando que ocurra una participación de todos<sup>137</sup>.

De esa forma, como manifiesta Fioravanti, siguiendo la trilla indicada por Kelsen, el pluralismo es el valor fundamental de la democracia y del carácter esencial de la Constitución democrática. Que la Constitución democrática es un verdadero y auténtico proceso histórico en que una grande cantidad de sujetos, de fuerzas sociales, de grupos de intereses buscan reglas comunes y adecuados puntos de equilibrio<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> HÄBERLE, Peter, “*Pluralismo y Constiruición – Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*” Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, pág. 88.

<sup>136</sup> HÄBERLE, Peter, “*verfassungsinterpretation als öffentlicherProseb – ein Plurslismuskonzept*”. Berlim: Duncker & Humblot, 1996, pág. 122, APUD Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, op. cit. pág.181.

<sup>137</sup> HÄBERLE, Peter, “*verfassungsinterpretation als öffentlicherProseb – ein Plurslismuskonzept*”. Berlim: Duncker & Humblot, 1996, pág. 146, APUD Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, op. cit. pág. 182. El autor realiza el siguiente comentario: “*La teoría del pluralismo se convierte en un grande denominador común, en el cual el Estado Constitucional liberal occidental encuentra su identidad como tipo de Estado: la teoría democrática de la Constitución es, en sí y por sí, pluralista, en un doble sentido: su teoría de la Constitución se combina con la teoría científica y social del pluralismo y permanece como tal contraria la toda especie de antipluralismo. Como teoría de un tipo de Constitución, abre espacio la muchas variedades de Constituciones diferentes. Así, se puede llegar, por la comparación constitucional a establecer y a estimular una competición entre los miembros de la familia de las constituciones del pluralismo. Su principio inmanente fundamental, se llama pluralismo*”.

<sup>138</sup> FIORAVANTI, Maurizio, “*Constituición – de la antigüedad a nuestro días*”, op. cit., pág. 156. Fioravanti, sobre lo tema, menciona: “*En esta situación la constitución no es hija de un <<poder>> o de un <<sujeto>>que expresse una <<voluntad>> como el pueblo soberano de la tradición rousseauniana, sino de ‘un proceso’ que produce constitución en la medida en que es capaz de mediar, de componer, de representar en su interior la pluralidad de las fuerzas y de los concretos intereses existentes*”.

En el panorama del pluralismo constitucional, teniendo en cuenta la apertura de la cooperación internacional y de la integración supranacional de constituciones estatales (Unión Europea), Rafael Bustos incluye aún el apareamiento de otros lugares constitucionales – o metaconstitucionais en la terminología de Walker – definiendolos como verdaderas normas constitucionales supra-estatales, como es el caso de la Constitución Europea<sup>139</sup>.

Por tanto, modernamente, el Estado Democrático de Derecho está estructurado mediante un sistema de democracia plural, donde la Constitución es la suma de dos aspectos: lo de reglamentación política y jurídica, envolviendo a acción de los órganos del Estado, con la creación de una integración pretensamente armónica de una sociedad compleja, pluralista y conflictiva<sup>140</sup>.

Siendo así, el sentido pluralista del actual Estado Democrático de derecho es la opción por una sociedad pluralista que respeta la persona humana y su libertad, aunque sus aspectos conflictivos, de intereses contradictorios y antagónicos. Por esto, teniendo en cuenta la necesidad de composición de esta complejidad de factores divergentes, debe el poder político adoptar medidas adecuadas para lo alcance del equilibrio, administrar los antagonismos y alejar las divisiones irreductibles<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> GIBBERT, Rafael Bustos, *“La Constitución Red: Un Estudio sobre supraestatalidad y Constitución”*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005, págs. 188/189. Dice el autor: *“La resolución de los conflictos no puede, en planteamiento pluralista puro, conferirse a ninguno de los lugares constitucionales. Por tanto, esto es la paradoja, si el pluralismo constitucional se fundamenta en el reconocimiento de la validez de otros órdenes constitucionales en el mismo ámbito de aplicación, no supone ello aceptar también las pretensiones de supremacía que cada orden ostenta para la resolución de los eventuales conflictos acerca del propio ámbito de actuación? Ciertamente así es”*.

<sup>140</sup> SCHNEIDER, Hans-Peter, *“La Constitución. Función y estructura”*, op. cit., págs. 40/43. Esta relación constitucional pluralista y antagónica es bien definida por Hans-Peter Schneider: *“en este sentido, también el concepto moderno de Constitución se debe orientar atendiendo a las funciones cambiantes de ésta y a su modo específico de funcionamiento en la comunidad pluralista e antagónica. Se debe rechazar tanto una concepción únicamente decisionista de la Constitución, entendida como decisión global sobre el tipo y la forma de la unidad política (C. Schmitt), cuanto una transcripción puramente formalista de la misma, como una ley de difícil modificabilidad (Kelsen). En conexión con Smend, Heller y Hesse, la Constitución se debe entender más bien en un sentido funcional: es el estuto jurídico fundamental para la formación de la unidad política, la asignación del poder estatal y la configuración social de la vida; por consiguiente, y ante todo, un instrumento de control social del proceso de consociación”*.

<sup>141</sup> SILVA, José Afonso, *“Curso de Direito Constitucional Positivo”*, op. cit., pág. 143. como bien anota José Afonso da Silva, con asiento en Georges Burdeau, *“El problema del pluralismo está precisamente en construir el equilibrio entre las tensiones múltiples y por veces contradictorias, en conciliar la amigabilidad y el particularismo, en administrar los antagonismos y evitar divisiones irreductibles. Ahí se insiere el papel del Poder Político: ‘satisfacer por la edición de medidas adecuadas el pluralismo social, conteniendo su efecto corruptor por la unidad de fundamento del orden jurídico’”*.

Al analizar el problema de las relaciones entre complejidad y democracia en el Estado contemporáneo, Habermas distingue la política pluralista, efectuando el siguiente abordaje: “*quizá se logre esto en el plano de la teoría de la planificación. Las discusiones sobre este último tema, habidas en los últimos diez años, han permitido discernir una oposición entre dos tipos de política en que se expresan, al mismo tiempo, estilos de planificación: la política procesual incrementalista y pluralista, que se ciñe prevalentemente a la planificación condicional, y la política sistémica racional y comprensiva, que requiere sobre todo la planificación de programas*”<sup>142</sup>.

En esa línea de entendimiento, se destaque que la Constitución brasileña de 1988 (art. 3º, I), procedió la importante regulación al conjugar la concepción de una *sociedad pluralista* con las de una *sociedad libre, justa, fraterna y solidaria*, buscando una realidad humanista y de fondo igualitario, mediante la concepción política plural-liberal.

Es lo que también pretende la Constitución Española de 1978 al Establecer que España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico *La libertad, La justicia, La igualdad y el Pluralismo político* (art. 1º), porque así es buscado el establecimiento de una democracia promotora de condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en los que se integran los individuos sean reales y efectivos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del país (art. 9ª, 2).

Esta disposición constitucional española establece una forma de Administración con organización plural<sup>143</sup>. En la misma trilla de posicionamiento está Rodríguez-Zapata, cuando menciona que el poder del Estado Español tiene frente única – el pueblo, pues es el pueblo que construye, juridifica y financia el Estado Social y Democrático de Derecho<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> HABERMAS, Jürgen, “*Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*”. Traducción de José Luis Etcheverry. Madrid: Ediciones Cátedra, 1999, págs. 218/219.

<sup>143</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, 2008, *op. cit.*, pág. 80. Esta norma de la Constitución española lleva a Sánchez Morón a afirmar: “*La Administración a que se refiere la Constitución es una organización plural. Este pluralismo administrativo es, ante todo, una consecuencia de la pluralidad de niveles de gobierno que la Constitución reconoce (art.97 y Título VIII), ya que cada Gobierno – el estatal, los autonómicos, los locales – dirige su propia Administración, distinta de las demás*”.

<sup>144</sup> RODRÍGUEZ-ZAPATA, Korge, “*Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*”, *op. cit.*, pág.122. por esto, comenta el autor: “*el Estado no es solo democrático en su estructura formal, sino en los aspectos esenciales de elecciones libres, pluralismo de partidos políticos y libertad de los medios de información*”.



Entonces, en tal circunstancia de evaluación, se puede decir que la doctrina del pluralismo terminó despuntando y firmándose en contraposición a los regímenes colectivistas, monolíticos y de poder cerrado, puesto que se realiza como un principio de la democracia de poder abierto.

Sin embargo, no se debe olvidar que en una sociedad compleja como el Estado moderno, juntamente con el equilibrio entre el momento de la fuerza y el momento del acuerdo, en los cuales habitualmente se apoyan los teóricos de la política, también se debe buscar el equilibrio entre el momento de la unidad y el de la pluralidad<sup>145</sup>.

Por fin, se resalta que esa idea de democracia pluralista constante del actual Estado Democrático de Derecho, enriquece la democracia y fortalece la garantía de realización de los derechos fundamentales del ciudadano – no apenas de algunos ciudadanos, pero de todos los ciudadanos – que ya está prometida y asegurada en las constituciones de varios países, incluso Brasil y España, faltando a la concretización efectiva de esas normas constitucionales. Ésta será la imperiosa exigencia futura de los individuos y el deber destinado para el Estado del siglo XXI.

## 2 – El Estado transparente y participativo

Lo actual Estado Democrático de Derecho, con el modelo de democracia pluralista establecido, configurado en dirección y protección al ciudadano, posibilitó el surgimiento de una sociedad con varias clases y está produciendo la remodelación de la estructura y de la acción administrativa estatal moderna, teniendo como fundamento un nuevo principio – **el principio de la transparencia**<sup>146</sup>.

Aunque puedan tener efectos distintos, publicidad y transparencia poseen la misma naturaleza, por esto, de una manera en general, los adoctrinadores realizan una evaluación evolutiva del instituto de la publicidad para la transparencia.

---

<sup>145</sup> BOBBIO, Norberto, “*As Ideologias e o Poder em Crise*”, op. cit., pág. 32.

<sup>146</sup> SÁINZ MORENO, Fernando, “*Secreto y transparencia*”, in “*Estúdios para la Reforma de la Administração Pública*”. Reimpressão. Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública, 2005, pág. 168.

**Publicidad**, en la definición de Hely Lopes Meirelles, es la divulgación oficial del acto (ley, actos y contratos administrativos) para conocimiento público e inicio de sus efectos externos, constituyéndose en requisito de eficacia y moralidad pública, cuya obligatoriedad de publicación deriva del hecho de la Administración ser pública<sup>147</sup>; o como dice Fernando Garrido Falla: *“las disposiciones y actos administrativos, de acuerdo con su carácter normativo, general o concreto, pueden ser fuente de derecho objetivo o creadores de situaciones jurídicas individuales. En cualquier caso, se comprende la necesidad de que sean comunicados y dados a conocer a la colectividad o a las personas particularmente interesadas en sus efectos. Crear el Derecho ‘secretamente’ carecería de sentido”*<sup>148</sup>.

**Transparencia** es, por su vez, como factor consecuente de la democracia pluralista y principio indispensable al ejercicio de la democracia participativa, el deber del Poder Público de dar conocimiento completo, absoluto, de todos los actos que practica. Es el aclarar de la actividad pública, en todos los sentidos y actividades, convirtiéndose en el opuesto al sigilo de la Administración. Así, transparencia es deber público, no opción de procedimiento. Como advierte Miguel Sánchez Morón, Administración en democracia significa Administración transparente<sup>149</sup>.

En este contexto, se puede decir que la transparencia envuelve factores de dos órdenes: a) el derecho de información del ciudadano; y b) el deber del Poder Público de dar conocimiento sobre quien sea responsable por la Administración, como practica sus actos y cuales actos practica. Es una transferencia de conocimiento sobre la Administración<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *“Direito Administrativo Brasileiro”*, op. cit., pág. 81/82. El autor menciona que *“El principio de transparência administrativa exige, también, racionalidad, claridad, certeza en la relación de la Administração con los ciudadanos”*.

<sup>148</sup> FALLA, Fernando Garrido, con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda e Herminio Losada Gonzalez, *“Tratado de Derecho Administrativo, vol. I, Parte General, 14ª edición*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, pág. 680.

<sup>149</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo – Parte General”*. 2008, op. cit., pág. 79. Ésta es la opinión de MORÓN: *“Administración en democracia significa Administración ‘transparente’. Sin embargo, la transparencia administrativa es una conquista reciente e incompleta, pues en otros tiempos y en regímenes no democráticos el secreto y la reserva eran reglas de comportamiento de la burocracia pública e instrumento de su poder. Todavía ese lastre histórico mantiene en la práctica su influencia. Pero hoy en día las Constituciones o la legislación general de los Estado democráticos (también de la Unión Europea) proclaman el principio de transparencia”*.

<sup>150</sup> SÁINZ MORENO, Fernando, *“Secreto y transparencia”*, in *“Estudios para la Reforma de la Administração Pública”*, op. cit., pág. 167.S. Sobre lo tema dice el autor: *“La transparência no se logra sólo sometiendo a la Administración a una posición pasiva de responder a las peticiones de información de los ciudadanos, sino que exige de ésta una posición activa de imagen, información y conocimiento”*.

Así, considerando que el Estado liberal evolucionó para un Estado Social y Democrático de Derecho, donde los derechos fundamentales del ciudadano poseen protección constitucional expresa, el derecho a la información se volvió un derecho fundamental de primera generación, firmándose como un pacto de vínculo entre Estado y ciudadano.

Es justamente por eso que Canotilho y Vital Moreira dicen que el ciudadano tiene el derecho **de informar, de se informar y de ser enterado**, especificando y retractando como puede ser entendido un de los componentes del moderno principio de la transparencia<sup>151</sup>.

A par del derecho a la información, el otro componente de la transparencia es el deber de la Administración de dar conocimiento absoluto de todos los actos que practica, resultando en el derecho del ciudadano de tener conocimiento amplio de como actúa la Administración, esta obligatoriedad de procedimiento envuelve una cuestión ética de la Administración, consolidándose en factor de moralidad pública que fortalece y estimula el ejercicio de la democracia participativa, alcanzando la acción de todos los funcionarios públicos<sup>152</sup>.

Por tanto, la transparencia es principio informador que da sustentación a la democracia participativa. Primero porque, siendo transparente, el Poder Público deja el ciudadano perfectamente enterado de todos los actos que practica, posibilitando una capacitación para aprehender, comprender, discutir, influenciar, participar y fiscalizar la actuación de la Administración Pública. Según porque, estando bien enterado sobre la actuación de la Administración Pública, teniendo conocimiento de quien haga

---

<sup>151</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; VITAL, Moreira, “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”. 1ª Edição brasileira, 4ª edição portuguesa revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 573. Éste es el entendimiento de los autores: “IV. **El derecho de información** (nº 1, 2ª parte) integra tres niveles: el derecho <<de informar>>, el derecho <<de informarse>>, y el derecho <<de ser enterado>>. El primero consiste, desde luego, en la libertad de transmitir o comunicar informaciones a otro, de las difundir sin impedimentos; pero puede también revestir de una forma positiva, mientras derecho **a informar**, o sea, derechos a medios para informar. El derecho de **informarse** consiste, designadamente, en la libertad de recoja de información, de busca de fuentes de información, esto es, en el derecho de no ser impedido de informarse, aunque sean admisibles algunas restricciones a la recoja de informaciones almacenadas en ciertos archivos (ex: archivos secretos de los servicios de información). Finalmente, el derecho a ser enterado es la versión positiva del derecho de informarse, consistiendo en un derecho a ser adecuadamente y verdaderamente enterado, desde luego, por medios de comunicación (cf. arts 38º y 39º) y por los poderes públicos (art. 48º-2) (...)”.

<sup>152</sup> DROMI, Roberto, “*Modernización del Control Público*”, op. cit., pág. 117. En ese aspecto, DROMI refiere: “La transparencia administrativa debe encontrar-se en todo el accionar de los funcionarios públicos, sea de gestión ou de control. La preocupación por la diafanidad y la ética en la Administración Pública, y por el uso justo y honesto del dinero público es una exigencia moral objetiva del funcionamiento del Estado que viene de antigua data”.

y lo que hace, el ciudadano se vuelve capacitado a observar los procesos de aplicación de las políticas públicas, pudiendo interferir derechamente en favor de sus necesidades y del interés público, cual sea: ejercer derechamente su derecho democrático de ciudadano, por esto, la publicidad es un factor llave en la democracia<sup>153</sup>. En otras palabras, es lo que afirma Sáinz Moreno: “*todo el poder público, no solo la Administración, está sometido en un Estado social y democrático de Derecho a un proceso constante de racionalización y transparencia, desencadenado por la propia dinámica del principio democrático*”<sup>154</sup>.

De esa forma, consonante la estructura del actual Estado Social y Democrático de Derecho, que debe poseer acción transparente y democracia participativa, los países han establecido reglas sobre la materia, como es el caso de la Constitución Española (art. 93.3 y art.105. b), más los arts. 35. la, 54 86 LRJPAC, que aseguran derechos de acceso y de informaciones sobre acciones de la Administración en España. Por su vez, el “*LIBRO BLANCO SOBRE LA GOBERNANZA EUROPEA*”, con o objetivo de “*profundizar en la democracia de la Unión Europea*”, busca aumentar la calidad del ejercicio de los poderes a nivel europeo, en particular, la responsabilidad, a legibilidad, **la transparencia**, la coherencia, la eficiencia y la eficacia. Del mismo modo, fue procedido en la legislación Comunitaria, mediante regla puesta en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el art. II-41 de la Constitución Europea.

Ahora, recién, el 13 de diciembre de 2007, los dirigentes de la Unión Europea firmaron el Tratado de Lisboa, poniendo fin hace varios años de negociaciones sobre cuestiones institucionales, alterando los tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea, en el sentido de realizar **una Europa más democrática y transparente**, con más oportunidades para que los ciudadanos hagan oír su voz y una definición más clara de quien haga lo que a los niveles europeo y nacional.<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> DROMI, Roberto, “*Modernización del Control Público*”, op. cit., pág. 118. dice el autor: “*la Publicidad de los actos de gobierno – sean de gestión o de control – es un factor clave en la democracia*”.

<sup>154</sup> SÁINZ MORENO, Fernando, “*Secreto y transparencia*”, in “*Estudios para la Reforma de la Administração Pública*”, op. cit., pág.166.

<sup>155</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, op. cit., pág. 82. En ese sentido, el autor comenta: “*El ciudadano tiene, pues, derecho a conocer tanto las decisiones que la Administración prepara y que puedan afectarle como los documentos e informaciones que obran en poder de la Administración y que sean de su interés y, por último, los motivos o razones por los que la Administración ha acordado alguna medida*”.

En Brasil, son varios los institutos constitucionales y legales que aseguran el derecho a la información y por decurso a la transparencia. Lo más importante es la regla contenida en el art. 5º, XXXIII, de la Constitución de 1988, estableciendo que “todos tienen el derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general”, consolidando, así, un Estado vinculado, la similitud del art. 268, nº2, de la Constitución Portuguesa, al principio de la administración abierta, en oposición al secreto administrativo, con fijación de la transparencia como regla. Aún en la línea de esa postura de Estado transparente y participativo, la Ley Complementaria nº 101, de 04.05.2000, en su art. 48, estableció de forma compulsoria el ejercicio de la **Transparencia de la Gestión Fiscal**, que debe ser asegurada mediante amplia divulgación, incluso por medios electrónicos de acceso público, de los planes, presupuestos y leyes de directrices presupuestarias, con incentivo a la participación popular y realización de audiencias públicas, durante los procesos de elaboración y de discusión de los planes, ley de directrices presupuestarias y presupuestos.

Así, lo actual Estado Social y Democrático de Derecho, mediante una democracia pluralista, está reformateando la estructura y a acción administrativa estatal contemporánea, teniendo como fundamento **el principio de la transparencia**, en el sentido de favorecer el ejercicio de **la democracia participativa**.

De esa forma, en secuencia, se pasa al examen de **la democracia participativa**, a fin de complementar la visión de un Estado transparente y participativo. Para comprensión de la **democracia participativa**, se hace necesario verificar algunos aspectos de naturaleza democrática, en el sentido de bien dimensionar lo que significa democracia participativa en el actual Estado social y Democrático de Derecho.

Siendo democracia el gobierno del pueblo, significa decir que cada un del pueblo (electorado) participa en las decisiones político-gubernamentales del Estado, llevando, inicialmente, al entendimiento de una clasificación de democracia directa e indirecta. Directa cuando el pueblo elige los gobernantes, indirecta cuando el pueblo elige indirectamente los gobernantes, por interpuestas personas. Sin embargo, en la democracia contemporánea, ese tipo de clasificación quedó superada, pues el grado de participación personal y franca de cada ciudadano, se volvió mayor y más relevante que la forma de investidura de los gobernantes. En esa circunstancia

de evaluación, según advierte Paulo Napoleão, la democracia contemporánea se clasifica en: delegativa, representativa y participativa<sup>156</sup>.

En la democracia representativa, la elección por el pueblo de sus gobernantes, permitió, reconoció y preservó las libertades públicas; derechos fundamentales; el principio de la separación de los poderes; sometimiento del gobierno a la ley; y legitimación del gobierno mediante la realización de elecciones periódicas. Sin embargo, toda esa perspectiva de actuación democrática del Estado y su aplicación práctica fue extremadamente conflictiva, teniendo en cuenta los intereses de ascensión del proletariado y la postura de permanencia del estatus de parte de la burguesía, que había ascendido a la categoría de clase dominante.

Aunque todas esas vicisitudes en el desarrollo del proceso democrático, mismo con todos los conflictos sociales que surgieron, el principio democrático se consolidó y la democracia prevaleció, con la democracia representativa fortaleciéndose y alcanzando su ápice al final del siglo XIX e inicio del siglo XX<sup>157</sup>.

Sin embargo, mismo en faz de los varios acontecimientos habidos en el decurso del siglo XX, envolviendo la ocurrencia de dos guerras mundiales, el surgimiento del nazismo, del fascismo y del stalinismo, más la contradicción entre intervencionismo económico-social y liberalismo político-jurídico, el sistema representativo se mantuvo junto a lo orden democrático de lo post-guerra<sup>158</sup>, y empezaron a ser diagnosticados varios problemas

---

<sup>156</sup> SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da, “Curso de Direito Constitucional”, op. cit. pág. 67. Las definiciones son las siguientes: “a) ‘delegativa’, aquella en que los ciudadanos delegan a sus representantes las tareas del Estado y de gobierno, ‘sin cualquier instrumento o intención de fiscalización y de control sobre su actuación; o, solamente con instrumentos formales de fiscalización y control, sin cualquier intención y posibilidad de utilización efectiva’; b) ‘representativa’, en la cual los ciudadanos escogen sus representantes para las tareas de Estado y Gobierno, para que actúen según parámetros preestablecidos, en mayor o menor medida sujetos la fiscalización y controles efectivos en cuanto a su fidelidad a aquellos parámetros; y c) ‘participativa’, en la cual, allende escoger sus representantes para las tareas del gobierno en el día a día, los electores participan directa y personalmente de las ‘grandes y generales decisiones’ político-gubernamentales”. El autor aún advierte: “Las dos primeras, delegativa y representativa, son ‘indirectas. La última, participativa, es directa. Esto, se note bien, ‘independientemente del proceso de elección o investidura de los ocupantes de los principales cargos del Estado y del gobierno’”.

<sup>157</sup> PEREZ, Marcus Augusto, “A Administração Pública Democrática”, op. cit., págs. 28/29. El autor concluye su pensamiento diciendo que: “La ampliación de la democracia representativa acarrearía a un profundo cambio en el perfil del Estado. Impulsó el ejercicio de las libertades públicas y, bajo presión de los electores, fueron consagrados los derechos sociales, derechos fundamentales de segunda generación. Desde entonces, el Estado pasó a ingerir en todo el tejido social, regulando relaciones de toda el naturaleza”; SCHMITT, Carl, “Teoría de la Constitución”, op. cit. pág.260/265.

<sup>158</sup> PEREZ, Marcos Augusto, “A Administração Pública Democrática”, op. cit., pág. 30.

envolviendo la democracia representativa (entre los varios problemas pueden ser referidos: excesiva profesionalización de la política; incapacidad de los parlamentarios para identificar y resolver los complejos problemas inherentes a la actuación estatal en el dominio social y económico; falta de educación política de los electores; dificultad de contención del abuso económico en las elecciones; personalización excesiva del proceso electoral; etc...) <sup>159</sup>, que empezó a perder credibilidad junto a la población.

Por esto, pasaron a ser buscados nuevos caminos, en el sentido de ser producida una realidad más concreta de democracia, pero sin tornar inviable los mecanismos de representatividad conocidos. No fueron aún encontradas las soluciones definitivas para tales problemas, más los caminos están dirigidos para la implantación de la **democracia participativa** o como prefieren algunos de la **democracia semidirecta**.

Por tanto, de inmediato, es de ser destacado que la democracia participativa actual no tiene nada a ver con la participación popular antigua (ex: democracia ateniense, de los Cantones Suizos, de la Comuna de París, del anarquismo y del socialismo utópico) <sup>160</sup>, en la medida que su concepción es reciente, buscando resolver los problemas de la democracia representativa. Por eso, la participación popular exigida por la democracia participativa, se volvió factor indispensable a la concretización democrática post-moderna.

La nueva idea de participación genera una nueva forma de funcionamiento de la soberanía del pueblo. Como bien explicita Tomás Font i Llovet la participación sirve al objetivo del Estado salir de la crisis de la crisis de la legitimación del poder basado únicamente en la representación parlamentaria y dar un nuevo contenido a la funcionalidad de la soberanía popular <sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, "A Revisão da Doutrina Democrática". Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, nº 1, 1992, p.1937, apud Marcos Augusto Perez, op. cit., pág.30.

<sup>160</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, "Elementos da Teoria Geral do Estado", op. cit., pág. 152/153; PEREZ, Marcos Augusto, "A Administração Pública Democrática", op. cit., pág. 32.

<sup>161</sup> FONT i LLOVET, Tomás, "Algunas Funciones de la idea de participación". Revista Española de Derecho Administrativo nº 45, enero/marzo 1985, pags.45/53. Com apoyo en la Constitución española, el autor aún destaca en sus comentarios que "El actual texto constitucional no es ajeno a esta perspectiva, que adopta ya desde el propio título preliminar, al imponer a los poderes públicos el deber positivo de facilitar la participación de los ciudadanos en todos los aspectos de la vida política, económica, cultural y social. Principio de participación que adquiere, por su ubicación, un valor estructurante de todo el ordenamiento jurídico-constitucional propio del Estado social y democrático de Derecho. La propia Constitución viene luego a concretar, a lo largo de su articulado, algunas manifestaciones singulares de la ideología participativa, que llegan a cubrir los distintos ámbitos de expresión del poder y del ejercicio de las actividades privadas".

Adentro de ese nuevo contexto, la democracia participativa o democracia semidirecta envuelve una expresión amplia, como indicativo de una forma democrática que admite una mayor participación de los ciudadanos en las tomas de decisiones políticas-gubernamentales, que tradicionalmente son otorgadas por la democracia representativa. se puede calificar la democracia participativa como un modelo político que facilita y producen oportunidad a los ciudadanos para que se asocien y se organicen de manera que puedan ejercer una influencia directa en las decisiones públicas de gobierno<sup>162</sup>.

Justamente por esto, Sáinz Moreno menciona que *“El derecho de todo ciudadano a estar informado (art. 20 CE), y especialmente a estar informado sobre la actividad de los poderes públicos, es un presupuesto ineludible para participar <<en la vida política, econômica, cultural y social>> (art.9.2 CE) y para poder participar en los asuntos públicos (art.23.1 CE)”*<sup>163</sup>.

Por su vez, Carmén Lúcia, Ministra del Supremo Tribunal Federal brasileño, buscando firmar la importancia de la participación del ciudadano en el actual Estado Democrático de Derecho, refiere que el Estado descubrió no poder más ejercer sus objetivos solo, sin la participación del ciudadano<sup>164</sup>. Es lo que Diogo de Figueiredo llamó de democracia sustantiva,

---

<sup>162</sup> SILVA, José Afonso da, *“Curso de Direito Constitucional Positivo”*, op. cit., pág. 141. Éste es el pensamiento del autor: *“El principio participativo se caracteriza por la participación directa y personal de la ciudadanía en la formación de los actos de gobierno”*.

<sup>163</sup> SÁINZ MORENO, Fernando, *“Secreto y transparencia”*, in *“Estúdios para la Reforma de la Administração Pública”*, op. cit., pág.172.

<sup>164</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *“República e Federação no Brasil – Traços constitucionais da organização política brasileira”*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pág. 125. *“se note, al final, que la ciudadanía hoy concebida no tiene su justificación apenas en la sensibilidad política del propio ciudadano, en su demanda de mayor participación, pero también en el pleito del propio Estado. Éste se descubrió incapaz de, solo, sin el ciudadano, ejercer sus funciones de manera efectiva y eficaz de modo a guardar legitimidad en todas sus acciones”*. La autora también producen los siguientes comentarios sobre lo tema: *“Descubrió el Estado que, para hacer pese a las demandas, para resistir a las presiones de los grupos económicos poderoso, para hacer transparentes los motivos verdaderos de sus acciones, para mostrar a todos los ciudadanos los reales intereses de los diferentes grupos de la propia sociedad, era imprescindible contar con la presencia de todos los miembros de la sociedad política. Los gobernantes y los administradores públicos tomaron ciencia de su indefectible capacidad de resolver todos los problemas puestos y habidos en la sociedad sin la participación de ella misma. Los papeles en los cuales se inscriben las leyes no bastaron, cual si vio por los siglos afuera, para garantizar la legitimidad de las acciones de poder, ni aun la legitimidad del propio poder. La ciudadanía se transpuso a la condición de elemento de legitimidad y también de eficacia del poder político. Pero también se volvió fuente de deberes políticos para los individuos que viven en la sociedad ”*.



pues ahora no basta apenas la elección por el voto formal, hay que haber una participación del ciudadano para la elección de las políticas públicas<sup>165</sup>.

Todavía, esta participación del ciudadano no brota espontáneamente ante el Estado. se trata de un principio democrático que tiene de estar regulado, en el sentido del aspecto formal posibilitar a concretización material de la participación popular. Esta regulación, por envolver el ejercicio del poder del Estado y la legitimación del poder gubernamental, solo puede si dar por medio de norma constitucional<sup>166</sup>.

Justamente por esos factores, Josep Vallès, al examinar la democracia en las “*poliarquías contemporáneas*”, ressaltó “*la capacidad de los ciudadanos para influir directamente sobre el contenido de las decisiones políticas, de tal manera que exista correspondencia entre las acciones del gobierno y las aspiraciones de quienes resultan afectados por las mismas*”<sup>167</sup>.

Atendiendo a ese tipo de exigencia formal, desde la década de 70 del siglo XX, los países pasaron, en sus Constituciones, a realizar la estructuración del Estado, consonante el principio de la democracia participativa – como fue el caso de España, por medio de la Constitución de 1978 y el de Brasil, con la Constitución de 1988 – en el sentido de que objetiven la superación de las deficiencias del modelo político representativo.

De esa forma, en la regulación del derecho de participación del ciudadano, la Constitución española de 1978, en su artículo 9.2, ordenó a todos los poderes públicos “*facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. Por tanto, en España, hubo el reconocimiento del Estado a la participación del ciudadano,

---

<sup>165</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “*Mutações do Direito Público*”, op. cit, pág. 58. El autor así se posicionó: “*así, no más bastando el ‘acuerdo en la elección de personas’ por el voto formal, se trata de buscar un ‘acuerdo más amplio sobre la elección de políticas públicas’ a través de otras formas institucionales que puedan disciplinar con fidelidad y seguridad el proceso de formación de la voluntad participativa*”.

<sup>166</sup> BONAVIDES, Paulo, “*Teoria do Estado*”, op. cit., pág. 52. En ese sentido, BONAVIDES explicita: “*Con la democracia participativa la soberanía pasa del Estado para la Constitución, porque la Constitución es el poder vivo del pueblo, el poder que él no alienó en ninguna asamblea o órgano de representación, el poder que hace las leyes, toma las decisiones fundamentales y ejercita una voluntad que es suya, y no de otro, porque voluntad soberana no se delega sino en la forma decadente de la intermediación representativa de los cuerpos que legislan, según ponderaba Rousseau, con absoluta carencia de legitimidad en presencia de bulo y significado e importancia de la materia sujeta*”

<sup>167</sup> VALLÉS, Josep M., “*Ciencia Política – una introducción*”, op.cit., pág. 112.

individualmente o de forma organizada, en las decisiones políticas-gubernamentales.<sup>168</sup>

En Brasil, por la Constitución de 1988, las primeras reglas sobre la democracia participativa fueron relativas a la democracia semidirecta, combinando los institutos de participación directa con institutos de participación indirecta<sup>169</sup>, mediante las siguientes posibilidades: a) **iniciativa popular** (art. 14, III, CF), instrumento que permite el pueblo presentar proyectos de ley al legislativo, suscrito por, por lo menos, 1% del electorado nacional (cerca de 800.000 electores); b) **referéndum popular** (art.14, II, CF), medio por el cual proyectos de ley aprobados por el Legislativo tengan de ser legalizados por el pueblo; c) **plebiscito** (art.14, I, CF) consulta popular que objetiva una decisión previa sobre determinado asunto político o institucional, antes de ser encaminada al Legislativo; d) **acción popular** (art.5º, LXXIII, CF), instrumento jurídico que posibilita cualquier ciudadano anular acto lesivo al patrimonio público, a la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural. Hay, aún, varios dispositivos constitucionales regulando la participación del ciudadano en decisiones político-gubernamentales como: art. 29, X, CF – instituto de participación popular en los Municipios; art. 187, CF – participación popular en la actividad administrativa de planificación de la política agrícola; art.198, III, CF – participación de la comunidad en la organización de las políticas, acciones y servicios públicos de salud; art. 204, II, CF – los servicios públicos de asistencia social debe ser organizados y ejecutados con la participación popular; etc.

Sin embargo, dispositivo de reglamento general sobre la democracia participativa, envolviendo la participación popular en la Administración Pública es más reciente y fue editada mediante enmienda a la Constitución de 1988 – Enmienda Constitucional nº 19, de 05.06.1998 – que produjo a Reforma Administrativa brasileña y añadió el § 3º a su art. 37,

---

<sup>168</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo – Parte General”, 2008, op. cit., pág. 80. Sobre esta situación, dice el autor: “Por lo que atañe a la Administración, esa directriz constitucional se traduce en el reconocimiento a favor de los ciudadanos y de las entidades sociales en que se organizan de intervenir en la adopción de las decisiones administrativas que afecten a sus intereses, individuales o colectivos. En consecuencia, el artículo 105.a) dispone que la ley regule <<la audiencia de los ciudadanos, directamente, o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten>>. El artículo 105.c), por su parte, ordena también que la ley debe garantizar, cuando proceda, la audiencia de los interesados en el procedimiento de adopción de los actos administrativos”.

<sup>169</sup> SILVA, José Afonso da, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, op. cit., pág. 141.

determinando que la ley disciplinará las formas de participación del usuario en la administración pública directa e indirecta, regulando especialmente:

I – las reclamaciones relativas a la prestación de los servicios públicos en general, aseguradas el mantenimiento de servicio de servicio al usuario y la evaluación periódica, externa e interna de la calidad de los servicios;

II – el acceso de los usuarios a registros administrativos y a informaciones sobre actos de gobierno, observado el dispuesto en el art. 5º X y XXXIII;

III – la disciplina de la representación contra el ejercicio negligente o abusivo de cargo, empleo o función en la administración .

De ese modo, aunque sea reciente y aún no si refleje como una solución definitiva a los problemas presentados por la democracia representativa, el Estado Social y Democrático de Derecho del final del siglo XX, reafirmando la importancia de mantenimiento del sistema democrático para el ejercicio del poder gubernamental, optó por estructurar políticamente el Estado de acuerdo con el principio de la transparencia, con vista a la implantación de la democracia participativa o semidirecta, faz el incremento positivo de la participación popular.

Por esto, y teniendo en cuenta que la participación popular puede si concretar por varios medios democráticos, en razón de la crisis de legitimidad porque pasan las instituciones representativas, el momento actual ha sido de estímulo y promoción al desarrollo de la democracia participativa, con busca de ampliación de la base de Poder, en la medida que se trata de una nueva visión política que necesita consolidación de sus idearios y de una efectiva concretización de la participación de los ciudadanos en las decisiones político-gubernamentales.

En este inicio de Siglo XXI, después de tantas idas y venidas, cual si vio, se reafirmó el sistema democrático de gobierno. El Estado Social y Democrático de Derecho se confirmó como un Estado plural, que, formalmente, garantiza la libertad, afirma y protege los derechos fundamentales del ciudadano, asegura la realización de un orden económico y social justa, todo adentro del principio de la igualdad ante la ley y estructura de acuerdo con una nueva concepción política de poder, adoptando el principio de la transparencia, con participación popular.

Queda, de otra parte, en el decurso del siglo XXI, haber la aplicación, de forma real y concreta, de estos nuevos diseños del Estado Social y Democrático de Derecho, en el sentido de ser resueltos los conflictos políticos, económicos y sociales que estuvieron presentes al final del siglo XX, con establecimiento de una sociedad más justa y solidaria, donde sea posible la erradicación de la pobreza y de la marginación, con reducción de las desigualdades sociales.

### **3 – La nueva configuración del Estado y su proyección para el futuro**

Según se puede constatar en el desarrollo de este capítulo sobre el Estado, retrata una fantástica forma de organización política, que terminó siendo adoptada en el mundo entero. *“El Estado – como forma de organizarse políticamente – es un invento europeo. Nació – como se ha dicho – en algunas sociedades del norte y occidente del pequeño continente. En los cinco siglos siguientes a su aparición – desde finales del siglo XV hasta mediados del siglo XX – , la forma estatal se fue extendiendo por todo el planeta como modelo dominante”*<sup>170</sup>. Por tanto, como resalta Josep Vallès, se trata de una creación producida en determinadas circunstancias históricas y culturales que se amolda a situaciones completamente diferentes de las originales<sup>171</sup>, tanto que, en la actualidad, prácticamente todas las formas de sociedad están organizadas bajo la estructura política de Estado.

De esa forma, el Estado, creado, inicialmente, para establecimiento de la política como un ámbito diferenciado del parentesco familiar, de la relación económica, de la creencia religiosa y otras formas de interacción social, con establecimiento de la capacidad de mandar y determinar obediencia, reivindicando a sí la exclusividad de la coacción, produciendo todas las normas de cumplimiento obligatorio y con capacidad de resolver los conflictos en un territorio claramente fijado, pasó, en el decurso del tiempo, en razón de las nuevas realidades del mundo y de las necesidades políticas, económicas y sociales de las personas, a vivir un proceso de evolución agitado y grandioso<sup>172</sup>, culminando con la compaginación del actual Estado Democrático de Derecho o Estado Social y Democrático de Derecho.

---

<sup>170</sup> VALLÈS, Josep M., *“Ciencia Política – Una Introducción”*, op. cit., pág. 129.

<sup>171</sup> VALLÈS, Josep M., *“Ciencia Política – Una Introducción”*, op. cit., pág. 130.

<sup>172</sup> SILVA, José Afonso da, *“Curso de Direito Constitucional Positivo”*, op. cit., págs. 112/120.

Así, invariablemente, conforme ya fue destacada anteriormente, por ese proceso de evolución experimentado, la realidad política del Estado Liberal se mostró completamente diferente del Estado antiguo, de la misma forma que el Estado Democrático de Derecho o Estado Social y Democrático de Derecho es totalmente diferente de la que estaba en vigor en el Estado liberal y mismo en el Estado Social “*stricto sensu*”. En el Estado liberal había el distanciamiento y la oposición entre el Estado y la sociedad, mientras el autoritarismo exacerbado del Estado social violaba la libertad y los derechos individuales<sup>173</sup>. En el Estado Social y Democrático de Derecho, hubo el establecimiento de un Estado plural, transparente y participativo, evolucionando para un proceso de creciente aproximación y coordinación democrática de los dos polos, en el sentido de ser juntadas las fuerzas del Estado y de la sociedad para, mediante esfuerzos comunes, ser superadas las desigualdades sociales, económicas y políticas, para el establecimiento de un régimen de democracia participativa que realice la justicia social, con garantías formales y materiales del principio de la igualdad, consonante la garantía de realización de los derechos fundamentales de la ciudadanía<sup>174</sup>.

Sin embargo, al final del siglo XX, como ocurre en todo proceso evolutivo, se estableció un nuevo conflicto, un desconcierto muy grande sobre la actuación del Estado Social y Democrático de Derecho, bajo lo argumento de que el Estado estaba en crisis, pues no habría conseguido funcionar desde un sistema liberal clásico, ni habría alcanzado soluciones para los problemas sociales de aquel momento histórico de la humanidad.

Otros, consonante los factores de la post-modernidad, referieron la existencia del Estado de las crisis – el Estado estaría en permanente crisis en razones de los problemas económicos globalizados, la liberalización de los mercados y el proceso de globalización. Las modernas tecnologías habían dado lugar a noticias y complejas formas de interrelación entre el sector público y el económico, favoreciendo el desarrollo de la corrupción y de la malversación del dinero público, propiciando nuevas formas de delito como el tráfico de influencias, el lavado de dinero, formando vínculo con otras formas de delincuencia como: los delitos fiscales; el tráfico de armas; el tráfico de personas, la delincuencia económica organizada y el tráfico de narcóticos, a lo que son sumadas las cuestiones de naturaleza

---

<sup>173</sup> BONAVIDES, Paulo, “*Do Estado Liberal ao Estado Social*”, op.cit., págs. 198/200.

<sup>174</sup> SILVA, José Afonso da, “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, op. cit., pág. 120.

política influenciadoras del sentimiento de seguridad de los ciudadanos, el terrorismo político<sup>175</sup> - factores que pasaron a influenciar decisivamente la actuación del Estado.

Realmente, éstos son aspectos consecuentes de las mutaciones sociales, políticas, jurídicas y culturales que crean una nueva situación para la sociedad post-moderna o post-hipermoderna. Son factores consecuentes de la globalización, del desarrollo tecnológico y de los ágiles flujos de información, productores de un esfuerzo de modernización de la Administración, influenciando drásticamente la actuación del Estado, en el relativo a la aplicación de las políticas públicas<sup>176</sup>.

En ese contexto, y teniendo en vista las varias formas asumidas por el Estado para dar cuenta de sus nuevas obligaciones consecuentes de la evolución del mundo, Odete Medauar realiza una necesaria evaluación sobre los términos encontrados en la reciente literatura del derecho público, en la tentativa de haber apenas una designación para retractar la facción del Estado contemporáneo: a) **Estado regulador y Estado controlador** – retiran servicios públicos de varios sectores, transfiriéndolos a la actividad privada, pero fijando reglas, fiscalizando su cumplimiento y aplicando sanciones; b) **Estado subsidiario** – está asentado en la controversia de la llamada subsidiariedad horizontal, en faz del neoliberalismo y del relieve atribuido al mercado, con una línea de pensamiento que defiende la primacía de la sociedad y el carácter residual de la actuación del Estado; c) **Estado propulsivo y Estado animador** – y el escultor, animador y promotor de la sociedad, actuando por la adopción de políticas públicas y de los programas de acción para orientación de la sociedad; d) **Estado reflexivo y Estado catalizador** – busca la negociación, el acuerdo, la autorregulación dirigida, la regulación, efectuando una asociación con los sistemas dirigidos; e) **Estado incitador** – busca influir al revés de imponer, con utilización de la persuasión, de la información, de la difusión de conocimientos, de los acuerdos y de las recomendaciones, pero sin renunciar de las sanciones; f) **Estado mediador y Estado negociador** – utilizan la coordinación, incluso la negociación, actuado en todos los aspectos de la regulación económica, social y jurídica; g) **Estado**

---

<sup>175</sup> ALFARO, Luis H. Contreras, “*Corrupción y Principio de Oportunidad Penal*”. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2005, pág. 7.

<sup>176</sup> RIUS, Pilar Jiménez, “*El Control de los Fondos Públicos*”. Navarra: Ed. Thomson-CIVITAS, 2007, pág. 38. La autora refiere que: “*Los fenómenos de la globalización y de la descentralización administrativa unidos al desarrollo tecnológico y a los ágiles flujos de información están creando una sociedad global, diferente, moderna y dinámica que ya empieza a exigir del sector público, una apreciable intensidad y de un esfuerzo de modernización*”.

**cooperativo** – es lo que trabaja mediante sistema de colaboración, auxiliándose de las aparcerías público-privadas para la ejecución de las tareas públicas; h) **Red** – su organización deja de ser jerarquizada y uniforme, pasando a tener una estructura de red y geoméricamente variable de acuerdo con el tipo de actuación<sup>177</sup>.

De cualquier modo, cual si ve de las denominaciones arriba referidas, el Estado contemporáneo es individualmente cada de ellas y también la forma conjunta de todas ellas, no posibilitando un entendimiento único como definición del Estado actual.

Esa situación del Estado contemporáneo demuestra el nivel de grandiosidad y complejidad que envuelve lo actual Estado Social y Democrático de Derecho. El proceso político que fue desarrollado demuestra la existencia de una dupla faz del Estado, una relativa al aspecto interno y otra a las influencias externas<sup>178</sup>.

En su vertiente interna, como aún explica Vallès<sup>179</sup>, el Estado parece haberse hecho demasiado grande y demasiado complejo, con las demandas sociales limitando su capacidad de resolución de los problemas; la centralización del poder político estatal que, en determinado momento, fue una ventaja eficaz, ahora se transforma en desventaja; de otra parte, en los últimos 50 años, el Estado creció tanto en complejidad – más instituciones, más servicios, más agencias, etc. – que se volvió difícil coordinar todos esos nuevos componentes; y, finalmente, en razón de eso todo, el ciudadano exige más participación directa en las decisiones político-gubernamentales, con implantación de la democracia participativa, creando una diferenciación institucional en el ejercicio del poder.

Por su vez, en su vertiente externa, por los cambios ocurridos, el Estado parece ahora menor, la concentración del poder estatal en el ámbito de su territorio ya no es tan importante y decisiva, la tecnología del transporte y de la comunicación redujo drásticamente las distancias, intensificando todo

---

<sup>177</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit., pág. 98/99.

<sup>178</sup> VALLÈS, Josep M., “*Ciencia Política – Una Introducció*”, op. cit., pág. 132. Dice el autor: “*La cara interna del Estado há revelado una determinada forma de organizar la práctica política – sus actores, sus procesos, sus interacciones – con objetos de asegurar la subsistencia y la integración de la propia comunidad. Por su parte, la cara externa hace del estado una pieza de un sistema político global: en este espacio exterior, cada comunidad organizada en estado pretende defender su identidad y su integridad contra agresiones o intromisiones exteriores de carácter económico, militar, cultural, etc.*”.

<sup>179</sup> VALLÈS, Josep M., “*Ciencia Política – Una Introducció*”, op. cit., págs. 132/133.

el tipo de intercambio<sup>180</sup>, valiendo únicamente las estrategias financieras, militares o culturales de alcance global. El reconocimiento formal como Estado no es suficiente para intervenir en ese escenario globalizado, teniendo en vista factores que escapan su interferencia, *“el Estado se convierte en uno mas de los actores políticos planetarios y pierde protagonismo”*<sup>181</sup>. Ahora, como aún advierte Vallès<sup>182</sup>, hay una nueva constelación de actores políticos en escala global, entre quiénes pueden ser citados:

– las organizaciones interestatales a las que los estados – de buen grado o la fuerza – ceden competencias: la Unión Europea, la ONU, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, la OTAN, etc. ;

- las grandes empresas transnacionales, cuya creciente concentración les permite tratar de tú a tú a gobiernos estatales y organismos internacionales: en la área de las finanzas, de la energía, de las comunicaciones, de la producción farmacéutica, etc.;

- las organizaciones llamadas no gubernamentales, que desarrollan su actuación más allá de las fronteras estatales en variedad de ámbitos y conflictos: Amnistía Internacional, Greenpace, Médicos sin Fronteras, etcétera.;

- las llamadas <<redes invisibles>> que mezclan negocio y crimen organizado a escala mundial: tráfico de armas, narcotráfico, paraísos fiscales, etcétera.;

- determinados actores privados que asumen papeles hasta hace poco reservado a autoridades públicas: bufetes jurídicos que arbitran en conflictos legales entre particulares o entre estados y particulares, sociedades

---

<sup>180</sup> VALLÈS, Josep M., *“Ciencia Política – Una Introducción”*, op. cit., pág. 132/133. Por esto, menciona el autor que: *“Como resultado de esta evolución acelerada, las desigualdades entre grupos y personas y los conflictos generados por estas desigualdades se pantean hoy abiertamente a escala planetaria”*.

<sup>181</sup> VALLÈS, Josep M., *“Ciencia Política – Una Introducción”*, op. cit., pág. 134.

<sup>182</sup> VALLÈS, Josep. M., *“Ciencia Política – Una Introducción”*, op. cit., pág. 134. Como ejemplo de esas nuevas condiciones de relación de poder en el plan internacional, el autor cita un “ranking” de empresas y Estados, demostración del factor de importancia de esas empresas: *“En un ranking de 1994 que incluye estados ordenados – según la magnitud de su PNB – y empresas – según el volumen de sus ingresos anuales –, doce impresas privadas se sitúan entre los primeros cincuenta puestos, superando en potencial económico a más de cien estados <<independientes>>. En esta dimensión, por ejemplo, una empresa como General Motors aventaja a estados como Dinamarca, Indonesai, Turquía, Noruega, Irán, Finlandia, Portugal, Grecia o Israel. La creciente fusión de grandes empresas en los últimos años há incrementado más todavia la ventaja comparativa de las grandes corporaciones – en el sector financiero, de la energía o de las comunicaciones – sobre la mayoría de los estados”*.



o agencias que valoran la solvencia financiera de los propios estados y de otras instituciones públicas, etc.

De esa forma, se vuelve incontestable que el Estado del final del siglo XX pasó a tener un ingrediente de influencia llamado **globalización**, venido a generar efectos provocativos de contrariedad en el mundo entero, en la medida que produjo, de acuerdo con la literatura de derecho público, consecuencias ni siempre aceptada por todos, como: la globalización redujo el espacio y la importancia del político; la globalización fuerza el mercado en la sustitución de la democracia; la posición del Estado se integra con los mercados; y el Estado del bienestar se pone enyesado por la estructura de la máquina económica<sup>183</sup>.

Analizando la cohesión interna entre Estado de Derecho y democracia, Habermas trata de la relación entre autonomía privada y pública, posibilitando un claro entendimiento sobre la política de mercado, refiriendo que el paradigma jurídico liberal cuenta con una sociedad económica que se institucionaliza por medio del derecho privado<sup>184</sup>.

A par de la globalización, desde los años 80, incentivado por instituciones financieras americanas, surgió el **neoliberalismo**, como un modo de designar ideas en favor de la economía de mercado, con el objetivo de disciplinar la situación macroeconómica, la economía de mercado y la apertura comercial internacional. Inicialmente fue adoptado por los gobiernos de Estados Unidos y Inglaterra, expandiéndose para Europa y países en desarrollo, con estímulo de organizaciones internacionales – FMI, BIRD y Banco Mundial<sup>185</sup>.

Otro factor de influencia en el Estado actual es el relativo a la **privatización**, que tiene ocasionado calurosos debates sobre la llamada crisis del Estado. La privatización puede ser comprendida en sentido amplio, como un factor de reducción en el tamaño del Estado y su ingerencia en diversos aspectos de la sociedad, como: venta de estatales; quiebra de monopolios

---

<sup>183</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit., pág. 96.

<sup>184</sup> HABERMAS, Jürgen, “*A inclusão do outro – estudos de teoria política*”, op. cit., pág.302. Habermas se posiciona del siguiente modo: “*El paradigma jurídico liberal cuenta con una sociedad económica que se institucionaliza por medio del derecho privado – especialmente por vía de derechos a la propiedad y libertades de contratación – y que se coloca a la merced de la acción espontánea de mecanismos de mercado. Esa ‘sociedad de derecho privado’ es hecha bajo medida con relación a la autonomía de los sujetos de derecho, que, en el papel de integrantes del mercado, buscan realizar de forma más o menos racional los propios proyectos de vida*”.

<sup>185</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit., pág. 97.

públicos; fuerte utilización de las concesiones y permisos de servicio público; aumento de las aparcerías público-privadas; ablandamiento de las formas de intervención en la economía; estímulo a la autorregulación; y mayor incentivo a la actuación particular en la órbita social (tercer sector)<sup>186</sup>.

Por esos factores todos, no queda duda de que el Estado del fin del siglo XX e inicio del siglo XXI, en la expresión de Cassese, en su obra *“La crisi dello Stato”*, se encuentra en transformación, buscando el establecimiento de nuevos paradigmas, con recomposición y redimensionamiento en su forma de actuación<sup>187</sup>. Por estos motivos, se puede afirmar que está a surgir un Estado modificado.

De allí surge a la indagación: ¿cómo será el Estado del siglo XXI en su forma recompuesta y redimensionada? Algunos son extremadamente pesimistas y dicen que, aunque arriesgada una opinión, es de ser afirmado el surgimiento de muchos peligros e insatisfacciones para la sociedad del siglo XXI. Es el caso de Serrano, cuando manifiesta: *“El aumento de la población dejara sentir sus efectos en los países en desarrollo con graves consecuencias internas para los mismos y para el conflicto latente con los países industrializados. Desde un punto de vista social, la sociedad de masa se compondrá de una extensa clase media, consumista y manipulable por los medios de comunicación, a pesar del incremento que se espera en la educación.(...) La reducción numérica del núcleo familiar y la laicización de la sociedad serán elementos fundamentales para entender el próximo siglo.(...) La crisis en la convivencia social debida al aumento de población y la falta de una ética personal y ciudadana conducirá a una sociedad que podemos de calificar de violenta.(...) Politicamente, la concentración de poder en el Estado, una creciente nuclearización del poder social en los grupos financieros e industriales y una globalización de medios de comunicación y de mercados, generarán problemas difícilmente manejables para la justicia en relación con la igualdad y libertad de los ciudadanos. El orden publico, el orden que resulta de una justicia que asigna derechos y deberes será perturbado por el aumento global de la conflictividad. Estos son, quizá, los grandes retos para los políticos del siglo XXI”*<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> MEDAUAR, Odete, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit., pág. 97.

<sup>187</sup> CASSESE, Sabino, *“La crisi dello Stato”*, Roma-Bari, 2002, APUD MEDAUAR, Odete, op. cit., pág. 97.

<sup>188</sup> SERRANO, José Luis Esteve, *“Una Aproximación a la Política”*. Madrid: Editorial El Arcón, 2005, págs. 145/146.

Otros ofrecen visiones futuristas, manifestando posición de continuidad de algunos aspectos conocidos como el hecho del mercado privar el Estado de sus símbolos de soberanía: primero será la moneda, después la ciudadanía. La tecnología impondrá la privatización de la salud y de la educación. Según Jacques Attali *"En numerosos países de entre los más desarrollados e hipermodernos, el Estado, arrastrado por la revolución tecnológica y la globalización de los mercados, será casi inmaterial, virtual. En otros, con un nivel de desarrollo no tan avanzado, adoptará una nueva estructura y se hará más fuerte. En los países más recientes y más pobres no podrá consolidarse más que el amparo de un imperio protector"*<sup>189</sup>.

La regulación social y a gobernanza democrática de la mundialización es situación que también tendrá enfrentamiento, en faz de recomposición en las relaciones de actores políticos, grupos estraperlistas y Ongs. Según Allí Kazancigil, cuando manifiesta ideas sobre el *governance* de la globalización, dice que, aunque la democracia esté territorialmente cimentada y los ciudadanos expresen su voluntad adentro de ese límite territorial, deberá ser establecida una forma de ser realizada política en nivel global y del régimen regulatorio, y que el *governance* global deberá incorporar el sistema de la política democrática, en el sentido de que ésta venga a funcionar en favor de la población mundial y no apenas de aquéllos que pueden aprovechar los recursos de los mercados capitalistas<sup>190</sup>.

De otra parte, hay también manifestaciones de que el nuevo siglo (XXI) posee dos inclinaciones que animan y reorienta la Administración Pública, entendida ésta como estructura y proceso administrativo de las decisiones de gobierno, como ejercicio profesional y disciplina académica. La primera estaría dirigida para reivindicar, recobrar y reconstruir la naturaleza pública de la Administración. La segunda buscaría recobrar, reactivar y reconstruir la capacidad administrativa de la Administración Pública<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> ATTALI, Jacques, *"Diccionario del Siglo XXI"*. Traducción de Godofredo Gonzáles. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S. A. , 1999, pág. 126.

<sup>190</sup> KAZANCIGIL, Ali, *"A regulação social e a governança democrática da mundialização"* in *"Democracia e Governança Mundial – Que regulações para o século XXI"*. Organizadores: Carlos Milani, Carlos Arturi Germa'n Splinís. Porto Alegre: Ed. Universidade?UFRGS/UNESCO, 2002, págs. 47/62.

<sup>191</sup> VILLANUEVA, Luis F. Aguilar, *"Gobernanza y Gestión Pública"*. México: FCE, 2006, págs. 40/41. Conforme VILLANUEVA *"En parte, las dos tendencias, la pública y la gerencial, corresponden a las respuestas que en las dos décadas pasadas dieron los gobiernos y las sociedades, por convicción o por fuerza, al problema de cómo enfrentar y superar la crisis política y económica de los Estados sociales, sean asistenciales, de bienestar, socialdemócrata o, como en nuestro medio, Estados sociales desarrolladores, de formato 'burocrático-autoritario'. Por outra parte corresponden al modo de dar respuesta a los nuevos retos y riesgos que al Estado y a sus gobiernos plantean tanto la configuración más autónoma, diferenciada y abierta de las sociedades contemporáneas como la transformación acelerada de la economía del mundo, con*

Logicamente que todas esas cuestiones, fijadas en una visión de porvenir, consideran el mantenimiento y el perfeccionamiento del sistema democrático vital para el nuevo tipo de Estado, una vez que las interrelaciones sociales, la aproximación del Poder Público y la sociedad, y la valorización de la acción de la ciudadanía se volvió punto relevante, así, como advierte Dalmo Dallari, *“dotándose el Estado de una organización flexible, que asegure a permanente supremacía de la voluntad popular, buscándose el preservación de la igualdad de posibilidades, con libertad, la democracia deja de ser un ideal utópico para convertirse en la expresión concreta de un orden social justa”*<sup>192</sup>.

En ese sentido, recién, acontecieron dos episodios importantes con vista a la modernización del Estado contemporáneo.

Un ocurrió en Francia. Fue elaborado un Comité de especialistas independientes, presidido por el economista Jaques Attali, que fue una especie de eminencia parda de la época Meditterrand, en el sentido de ser realizadas propuestas para reactivación de la tercera economía de Europa. El Comité produjo un diagnóstico bastante liberal del Estado en el mundo y en Francia, con sustentación en el sistema democrático, buscando un camino de cambios, con establecimiento de los modos de implantar las Reforma pretendidas, que deberán integrar un **proyecto de ley de modernización de la economía**. Al todo sano **316 propuestas**, cuyo texto inicia con la siguiente advertencia: todas sano críticas para el éxito del conjunto. Constituyen un plan global, no político, que deberá ser aplicado en el curso de las próximas legislaturas, con base en el gasto público estabilizado. Deberán ser acompañadas por decisiones sobre el departamento de los frutos del crecimiento, delegando a cada mayoría política la definición según sus prioridades.

Por tanto, se trata de un medio, una forma, del Estado contemporáneo, teniendo en cuenta la realidad francesa, mediante una democracia pluralista, de manera transparente y participativa, establecer condiciones de realizar materialmente las necesidades del ciudadano, consonante sus derechos fundamentales.

---

*sus extraordinarias oportunidades y sus ominosos riesgos. Cada tendencia representa una respuesta a las inconformidades con el pasado gubernamental y administrativo, al que cuestionan y critican, y cada una brota de las preocupaciones sobre el futuro social, tratando de anticiparlo y moldearlo”.*

<sup>192</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *“Elementos de Teoria Geral do Estado”*, op. cit., págs. 306/307.

Otro episodio relevante consiste en la práctica de un acto importante y reciente envolviendo directrices para la acción del Estado en el siglo XXI y, por ser muy reciente, aún no debidamente evaluado por los estudiosos del derecho público – se trata **del Tratado de Lisboa**, firmado por los Jefes de Estado y de Gobierno de los 27 Estados Miembros de la Unión Europea el 13.12.2007 – que consolida una posición firme en favor de la democracia, buscando el incremento de una Europa más democrática y transparente, con participación popular, pues, desde ahora los ciudadanos de los Estados Miembros podrán pedir derechamente (con por lo menos un millón de ciudadanos) la presentación de noticias propuestas políticas. De ese modo, el Tratado de Lisboa dirige Europa rumbo al siglo XXI y *“dotará la Unión Europea de instituciones modernas y de métodos de trabajo eficientes que le permitirán dar una respuesta efectiva a los desafíos actuales. En un mundo en rápida mutación, los europeos cuentan con la Unión Europea para tratar de cuestiones como la globalización, las alteraciones climáticas, la seguridad y la energía. El Tratado de Lisboa irá a reforzar la democracia en la Unión Europea y mejorar su capacidad de defender los intereses de sus ciudadanos en el día a día”* <sup>193</sup>.

Más de lo que un indicativo, los 27 países que componen la Unión Europea, establecen reglas y manifiestan su comprometimiento para la consolidación de un Estado Social y Democrático de Derecho, plural, transparente y participativo, que, por medio de una organización interestatal – Unión Europea – también sean encontradas soluciones para los problemas y crisis del Estado actual, y sea el realizador de acciones productoras de bien estar social.

De cualquier modo, sin si tener aquí a menor pretensión de establecer el porvenir del Estado o querer hacer especulación futuroológica, qué se buscó examinar fueron los aspectos de evolución del Estado, con la finalidad de identificar las principales inclinaciones de esa evolución y cuales sus repercusiones en un porvenir próximo para el Estado, pues, como advierte Sonthimer, *“entre la especulación irresponsable, influenciada por interés personal, del ideólogo o charlatán, y las expectativas irracionales de una*

---

<sup>193</sup> [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/index\\_pt.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/index_pt.htm) . En este sitio son presentados textos de información y evaluación del Tratado de Lisboa.

*exacta predicción científica, hay una esfera de acción que permite una indagación responsable sobre el porvenir*”<sup>194</sup>.

Así, adentro de ese contexto, se puede decir que son identificados tres grupos de teorías que preconizan la alteración de la cantidad de Estados, a saber: a) las teorías que afirman que habrá un Estado mundial; b) las que sostienen que todos los Estados irán a desaparecer; y c) aquéllas para las cuales habrá en el mundo un pequeño número de super Estados. Un cuarto grupo es el de los que no se refieren al número de Estados, afirmando que irá a ocurrir una transformación en la calidad de los Estados existentes <sup>195</sup>.

Sin embargo, aunque todas las tentativas teoréticas realizadas, por la influencia que el Estado causa en la vida de todas las personas y pueblos, desde sus primórdios hasta los actuales días del mundo contemporáneo, independientemente de las peculiaridades modificadoras y perfeccionadoras de suya acción, el Estado deberá permanecer existiendo, sino que se modifique la naturaleza humana. Como no hay señales de que esto pueda ocurrir, la conclusión es de que no existe perspectiva de la desaparición del Estado<sup>196</sup>. Acontece que el Estado Social y Democrático de Derecho asumió nuevas formas de relación entre la sociedad y el Estado-organización, pasando a compartir funciones que antes fueron consideradas como definidoras de la posición de aquél en la gama de grupos sociales<sup>197</sup>, con adopción de una remodelación de acuerdo con la necesidad de los nuevos tiempos.

De esa forma, todo está a indicar que los países continuarán a formar instituciones interestatales con intereses mutuos, pero permaneciendo, de forma individual o colectiva, no solo en la busca del mantenimiento, pero,

---

<sup>194</sup> SONTHEIMER, Kurt, *Prediction as the Aim and Problem of Modern Social Science, Law and State*, vol. I, 1970, pág. 50, APUD DALLARI, Dalmo de Abreu, *“O futuro do Estado”*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 190/191.

<sup>195</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *“O futuro do Estado”*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. XI. En ese aspecto, el autor comenta: *“Un cuarto grupo es el de los que no se refieren al número de Estados, afirmando que irá a ocurrir una transformación en la calidad de los Estados existentes. Según los adeptos de esa teoría, todos los Estados caminarán para una especie de ‘convergencia’, bajo influencia de factores determinantes que alcanzarán dimensión mundial, imponiendo la estandarización de organización y comportamientos, llegándose a una situación en la que no habrá conflictos porque todos tendrán condiciones semejantes. para que no si haga confusión, es bueno dejar claro que se encuadra en esa hipótesis la pretensa ‘globalización’, mero artificio que fue usado por los grandes grupos económicos y financieros al final del siglo XX para simular una nueva inclinación e intentar abrir totalmente las fronteras para sus negocios”*.

<sup>196</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *“O futuro do Estado”*, op cit., pág. 192.

<sup>197</sup> MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, *Fines del Estado y Constitución en los comienzos del Siglo XXI- La conservación*”, op. cit., pág.191.

sobretudo, por el fortalecimiento del Estado Social y Democrático de Derecho en el siglo XXI, en su concepción pluralista, transparente y participativa, sin embargo, con una remodelación y un redimensionamiento de su estructura organizacional y funcional en el ejercicio del poder, en el sentido de ser alcanzadas las soluciones para los emblemáticos problemas del final del siglo XX, con materialización de las necesidades del ciudadano, consonante los objetivos de realización de las ideas de libertad, igualdad y justicia social. Cual si ve, el Estado va se adaptando las circunstancias influenciadoras que van aconteciendo en el decurso de la vida. *“Cada momento, cada siglo, cada período histórico introduce innovaciones y determina la creación de nuevas reglas de vida que afectan más o menos profundamente el Estado”*<sup>198</sup>.

El grande ejemplo de eso son las circunstancias que posibilitaron la eclosión de la llamada crisis financiera mundial de 2008, que está afectando derechamente el Estado, con producción de reflejos directos sobre todos los ciudadanos y países del mundo.

Por esto, teniendo en cuenta que, mismo tratándose de cuestión económica, la nueva realidad mundial interfiere derechamente en la acción del Estado, puesto que obscurece la economía de mercado y exige la intervención del Estado en la economía. Esta nueva situación pone en cheque la visión neocapitalista del Estado, indicando la necesidad de un examen más detallado sobre sus problemas y los posibles resultados para el futuro del Estado. Teniendo en vista el grado de importancia de ese hecho, pasamos a examinar la turbulencia económica mundial y sus reflejos en la estructura y en la acción del Estado.

---

<sup>198</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *“O futuro do Estado”*, op. cit., pág. 188.

## Capítulo II – Turbulencia Económica Global y sus reflejos en el Estado contemporáneo.

Turbulencia Económica Global o Crisis Financiera Global de 2008 es, en el lenguaje economista, una crisis financiera de larga escala<sup>199</sup>, que perdura en los días actuales. Aunque haya tenido crecimiento paulatino, se volvió más efectiva en septiembre de 2008, con la falencia de grandes empresas financieras norte-americanas. Esta crisis es consecuencia directa de la crisis del crédito hipotecario de alto riesgo y que pone a descubierto las fragilidades del liderazgo financiero de Estados Unidos y de los países de Europa, especialmente los de la Zona del Euro<sup>200</sup>. Iniciando por los fallos de las grandes empresas norte-americanas, rápidamente se extendió por todo el mundo, afectando bancos europeos y las plazas de negocios de varios países del mundo causando también caída en los precios de los productos petrolíferos<sup>201</sup>, llevando los Estados a proceder a una interferencia en la economía, en el sentido de ser evitado el colapso general. En razón de su importancia, con reflejos efectivos en la acción del Estado, incluso propiciando el establecimiento de nuevos rumbos en la economía, se vuelve inevitable su examen en el presente trabajo.

### I – Factores económicos

Según algunos, la crisis económica de 2008 es una crisis financiera internacional que tiene sus raíces en la “*ampolla del internet*” de 2001; otros que sería decurso de la guerra de Irak; o todavía que ambos habrían concurrido para el acontecimiento de la crisis (Alan Geenspan, entonces presidente del Banco Central americano, *FED – Federal Reserve Board*, de 1987 a 2006, visando proteger los inversionistas decidió orientar las inversiones para el sector inmobiliario, adoptando una política de tasas de intereses muy bajas y de reducción de los gastos y de reducción de los gastos financieras, induciendo los intermediarios financieros e inmobiliarios a incitar una clientela cada vez mayor a invertir en inmuebles, creando el sistema de las *hipotecas subprimes*, empréstitos hipotecarios de alto riesgo y tasa variable,

---

<sup>199</sup> Colapso Financeiro Mundial (<http://www.globalresearch.ca/index.php?context=va&aid=10549>), acceso en 08.02.2009.

<sup>200</sup> Descalabro estrutural ([http://www.economist.com/finance/displaystory.cfm?story\\_id=114123940](http://www.economist.com/finance/displaystory.cfm?story_id=114123940)), acceso en 08.02.2009.

<sup>201</sup> Crise financeira global de 2008 ([http://pt.wikipedia.org/wiki/crise\\_financeira\\_global\\_de\\_2008](http://pt.wikipedia.org/wiki/crise_financeira_global_de_2008)), acceso en 08.02.2009.



concedidos las llamadas a familias “*débiles*”, que la banca sabían de antemano no tienen renta familiar para poder arquear con las prestaciones<sup>202</sup>) y que se precipitó con la falencia del tradicional banco de inversión americana *Lehman Brothers*, fundado en 1850, seguida en el espacio de pocos días por la falencia técnica de la mayor empresa aseguradora de Estados Unidos, a *American International Group (AIG)*.

Paul Krugman, ganador del Premio Nobel de Economía de 2008, cuando analiza la situación de la crisis y de sus porqués, habla sobre las ampollas de Greenspan, y analizando la ampolla de acciones de la década de 1990, dice que el hecho refleja dos factores: una o extrema optimismo envolviendo la generación de lucro con la tecnología de la información; y otro un exacerbado sentido de seguridad con la economía, llevando a la creencia de que los graves días de recesión era cosa de la pasado; y que ambos los factores se conjugaron para elevar los precios de las acciones a niveles espantosos<sup>203</sup>. Concluyendo que a la proporción que ascendían, los precios de las acciones si auto-alimentaban, pero que todo tiene un límite, un día faltan interesados que entren con el dinero y todo el esquema desploma<sup>204</sup>. Luego enseguida empezó a formarse nueva ampolla, **la ampolla habitacional**.

Muchos economistas, incluso Paul Krugman, alertaron para la existencia de una grande ampolla habitacional, cuyo estalló ocasionaría serios problemas para la economía<sup>205</sup>. Sin embargo, Alan Greenspan, en especial, como presidente del Fed – Federal Reserve Board, el Banco Central americano, entendía cómo improbable la caída en el precio de las casas, por eso, admitía poder haber alguna “*espuma*” en ciertos mercados inmobiliarios, pero no una ampolla nacional<sup>206</sup>. Pero había una ampolla habitacional, y ella

---

<sup>202</sup> *Crises financières à répétition: quelles explication? Quelles réponses*, Fondation Res Publica, Paris, 2008; [http://pt.wikipedia.org/wiki/Crise\\_econ%C3%B4mica\\_de\\_2008](http://pt.wikipedia.org/wiki/Crise_econ%C3%B4mica_de_2008), acceso en 08.02.2009; [http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao\\_4/2008/09/16/em\\_noticia\\_interna.id\\_sessao=4&id\\_noticia=7](http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao_4/2008/09/16/em_noticia_interna.id_sessao=4&id_noticia=7), acceso en 08.02.2009.

<sup>203</sup> KRUGMAN, Paul, “*A crise de 2008 e a economia da depressão*”, Traducción de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pág. 152.

<sup>204</sup> KRUGMAN, Paul, “*A crise de 2008 e a economia da depressão*”, pág. 154. Éste es el comentario del autor: “*Las ampollas de activos sano como corrientes de la dicha naturales, en que se gana dinero mientras haya otarios que entren con dinero. Pero, un día faltan otarios y todo el esquema desploma. En el caso de las acciones, el pico fue alcanzado en verano de 2000. En los dos años siguientes, las acciones retrocedieron, en media, cerca del 40% con relación a la cotización máxima*”.

<sup>205</sup> KRUGMAN, Paul, “*A crise de 2008 e a economia da depressão*”, pág. 157.

<sup>206</sup> KRUGMAN, Paul, “*A crise de 2008 e a economia da depressão*”, pág.157.

comenzó a si vaciar en 2006, primero lentamente, posteriormente adquiriendo velocidad cada vez mayor, resultando en el grande estalló de 2008<sup>207</sup>.

Por su vez, Alan Greenspan, después de dejar la presidencia del Fed, realizó en 2007 un profundo análisis de las cuestiones envolviendo el nuevo momento del mundo, en consecuencia de un período de transformaciones radicales, que lo llevaron a expresar: “*Estamos realmente viviendo en un mundo nuevo*”. En esa ocasión, Greenspan, aunque realice un grande ensayo sobre el difícil arte de tomar decisiones, no efectua una defensa de las decisiones tomadas con relación a las ampollas de acciones y habitacional. Sin embargo, en el Capítulo 18 – Cuentas corrientes y Endeudamiento, de su excelente obra “*A Era de la Turbulencia – aventuras en un mundo nuevo*”<sup>208</sup>, efectua un análisis sobre los desequilibrios globales de balances de pago, dejando un indicativo de las razones que pueden haber propiciado la crisis de 2008, cual sea: hiato dramático entre las importaciones y las exportaciones del país<sup>209</sup>.

Por su vez, Joseph Stiglitz, Premio Nobel de Economía de 2001, lanza una obra de análisis devastador del boon económico americano de los años 90, llamada “*Los exuberantes años 90 – una nueva interpretación de la década más próspera de la historia*”, en cuyo apartado 6 – la banca y la ampolla, refiere que muchas personas en el mundo de los negocios y de las finanzas se entusiasmaron haciendo dinero y rebajaron su calidades éticas al correr tras ganancias: “*los analistas de los bancos adquirieron acciones malas, los banqueros apoyaron la empresa a esconder sus deudas, distribuyeron acciones en IPOS calientes para sus amigos y se involucraron en todos los tipos de actividades condenabais. En 2001 y 2002, muchos de los principales bancos de EEUU se involucraron en un escándalo despues el otro,*

---

<sup>207</sup> KRUGMAN, Paul, “*A crise de 2008 e a economia da depressão*”, pág. 159. En la situación, el autor comenta: “*En el caso , las consecuencias del estalló de la ampolla de inmóviles fueron peores que los más agoreros presagios. ¿Por qué? Porque el sistema financiero alterara de manera y con intensidad que nadie había evaluado en toda su extensión*”.

<sup>208</sup> GREENSPAN, Alan, “*A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo*”, Traducción de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, págs. 333/349.

<sup>209</sup> GREENSPAN, Alan, “*A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo*”, op.cit., pág. 334. GREENSPAN menciona el siguiente indicativo: “*El déficit en cuenta corriente de Estados Unidos ha ascendido en ritmo acelerado en los últimos años, de cero, en 1991, para 6,5% del PIB, en 2006. Al mismo tiempo, dejó de ser apenas nota de rueda pie misteriosa en periódicos académicos para adquirir estatus de cabecera en todo el globo. En esas condiciones, fue un de los apartados de la agenda de casi todas las reuniones económicas internacionales de que participé en los últimos años. Es el foco del miedo mundial de que los desequilibrios externos de Estados Unidos – hiato dramático entre las importaciones y las exportaciones del país – precipiten el colapso del dólar americano y desencadene una crisis financiera mundial*”.

*entre ellos nombres lendários como J.P. Morgan Chase, Merrill Lynch, Credit Suisse First Boston, Citigroup y su división de corretaje, la respetable empresa Salomon Smith Barney, Goldman Sachs. Todo culminó en pagos de compensación de US\$ 1,4 mil millones impuestos por el procurador-general del Estado de Nueva York, Eliot Spitzer”*<sup>210</sup>.

En junio de 2008, Timothy Geithner, Presidente del Federal Reserve Bank de Nueva York, en discurso realizado en el *Economic Club* de Nueva York, intentó explicar como el fin de la ampolla habitacional puede causar tantos daños (aunque no supiese que el peor aún estaba por venir). En esa ocasión, Geithner dejó translucir con nitidez su perplejidad con la falta de control del sistema<sup>211</sup>. Dijo considerar que todo el gama de esquemas financieros, no solo “*auction-rate securites*”, constituían el “*sistema financiero no bancos*”: entidades que no eran bancos, bajo el punto de vista regulatorio, pero que, aún así, ejecutaban funciones de bancos. Y para demostrar lo cuanto el nuevo sistema era vulnerable, expresó: “*La escala de los activos de largo plazo, arriesgados y relativamente brutos, financiados por pasivos de mucho corto plazo tornó vulnerables numerosos vehículos e instituciones de ese sistema financiero paralelo a un tipo clásico de carrera, pero sin las protecciones del tipo de seguro de depósito con que cuenta el sistema bancario para reducir esos riesgos*”<sup>212</sup>. Cual sea, un sistema bancario paralelo – sistema financiero no bancos – con absoluta falta de control regulatorio.

En resumen, la crisis financiera de 2008 tiene origen en los excesivos costos del Gobierno Americano, sumados a los desequilibrios externos del balance de pago de Estados Unidos, que, para ayudar a compensar el coste excesivo, llevaron al Fed a inundar el mercado con dólares, reduciendo las tasas de intereses e incentivando el mercado consumidor doméstico a tomar empréstitos, generando el sector inmobiliario de riesgo (títulos *subprime*)<sup>213</sup>, sin control regulatorio. Despues, la banca y el sistema paralelo que crearon esas hipotecas crearon también los llamados **derivativos negociables en el mercado financiero**, en el sentido de

---

<sup>210</sup> STIGLITZ, Joseph E., “*Os exuberantes anos 90 – uma nova interpretação da década mais prospera da história*”. Tradução: Sylvia Maria S. Cristóvão dos Santos, Dante Mendes Aldrighi, José Francisco de Lima Gonçalves e Roberto Mazzer Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, pág. 161/162.

<sup>211</sup> GEITHNER, Timothy, APUD Paul Grugman, “*A crise de 2008 e a economia da depressão*”, *op. cit.*, pág. 168.

<sup>212</sup> GEITHNER, Timothy, APUD Paul Grugman, “*A crise de 2008 e a economia da depressão*”, *op. cit.*, pág. 169.

<sup>213</sup> [http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao\\_4/2008/09/16/em\\_noticia\\_interna](http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao_4/2008/09/16/em_noticia_interna), id\_sessão=4&id\_noticia=7..., aceso en 8.02.2009.

transformarlas en títulos libremente negociables – sostenidos por las hipotecas – que pasaron a ser vendidos para otros bancos, instituciones financieras, compañías de seguros y fondos de pensión mundo afuera, recibiendo de las agencias mundiales de crédito, por una razón que es desconocida, la aprobación máxima (AAA). Cuando el Fed, Banco Central americano, en 2005, aumentó la tasa de intereses para intentar reducir la inflación, acabó por desregular el sistema. El precio de los inmuebles cayó, tornando imposible su refinanciación para los llamados a clientes *ninja* (clientes sin cualquier capacidad financiera), ocurriendo un incumplimiento en masa. Los títulos derivados se volvieron imposibles de ser negociados, a cualquier precio, desencadenando un efecto dominó, haciendo balancear todo el sistema bancario internacional desde agosto de 2007, con ápice en lo según semestre de 2008<sup>214</sup>.

Inicialmente, el sistema bancario y financiero quedó abandonado a las “*soluciones de mercado*”, con un precario o inexistente sistema regulatorio, quedando alcanzadas las más importantes instituciones financieras del mundo: Lehman Brothers, Citigroup y Merrill Lynch, en Estados Unidos; Northern Rock, en el Reino Unido; Swiss se Rie y UBS, en Suiza; Société Générale, en Francia, entre varias otras, todos declararon pérdidas colosales en sus balances, agravando el clima de desconfianza, que se generalizó<sup>215</sup>.

Es lo que Krugman llamó de “*negligencia maligna*”, en la medida que algunas de las estructuras financieras arriesgadas, desarrolladas durante años de prosperidad, eran operaciones extracontables (*off balance sheet*) de los bancos comerciales. Por esto, dice que la crisis, en buena parte, no envolvió problemas con instituciones sin reglamentación, que asumieron nuevos riesgos, al contrario, giró en torno a riesgos asumidos por instituciones que nunca fueron reglamentadas<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> [http://pt.wikipedia.org/wiki/Crise\\_econ%20mica\\_de\\_2008](http://pt.wikipedia.org/wiki/Crise_econ%20mica_de_2008), acceso en 8.2.2009.

<sup>215</sup> [http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao\\_4/2008/09/16/em\\_noticia\\_interna](http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao_4/2008/09/16/em_noticia_interna), id\_sess o=4&id\_noticia=7..., acceso en 8.02.2009.

<sup>216</sup> KRUGMAN, Paul, “A crise de 2008 e a economia da depressão”, op. cit., pág.. 170/171. KRUGMAN, en esa circunstancia, afirma: “Al contrario, giró en torno a riesgos asumidos por instituciones que, para comenzar, nunca fueron reglamentadas. Y  sa, yo diría, es la esencia de los acontecimientos. Con la expansión del sistema bancario paralelo, a punto de igualar o mismo sobrepasar en importancia el sistema bancario, políticos y autoridades del gobierno deben haber percibido qué estábamos restableciendo la especie de vulnerabilidad financiera que posibilitó la Grande Depresión – a lo que deberían haber reaccionado con el aumento de la reglamentación y con el esfuerzo de la red de seguridad financiera, de modo a abarcar también las nuevas instituciones “.

Sin un control de reglamentación del sistema y con las “*soluciones de mercado*” quebradas, hubo la necesidad de la intervención económica del Estado, qué, además, ocurrió también por pedido del propio sistema bancario, financiero y empresarial.

En octubre de 2008, Alemania, Francia, a Austria, Holanda y Italia, anunciaron paquetes que suman 1,17 billón de euros (US\$ 1,58 billón) en ayuda a sus sistemas financieros. En febrero de 2009, el Congreso americano aprobó un paquete de 800 mil millones de dólares para aplicación en el mercado financiero, buscando revertir la inclinación de recesión. Esos recursos, en Estados Unidos, servirán para crear un banco “*bad Bank*”, con la misión de comprar títulos podridos, promover la estatificación de bancos y producir la reducción de intereses, en el sentido de dar incentivos a la iniciativa privada, con la finalidad de revertir la crisis de confianza, iniciando una recuperación de la economía<sup>217</sup>.

El Director General del Fondo Monetario Internacional (FMI). Dominique Strauss-Kahn, en pronunciamiento en El Cairo, Egipto, dice que la crisis económica y financiera actual “*No tiene precedentes*”, y complementa: “*Estamos delante de una crisis financiera inédita, porque ella nació en el corazón del sistema, Estados Unidos, y no de su periferia, y afectó simultáneamente el mundo entero*”<sup>218</sup>.

Cual si ve, la crisis financiera adquirió proporciones muy serias, alcanzando, incluso, un de los principales puntos del Estado post-modernidad, que es el sistema capitalista de libre mercado, en un mundo globalizado.

Según Krugman, “*Los grandes enemigos de la estabilidad capitalista siempre fueron a guerra y la depresión*”. Refiere que las grandes guerras casi determinaron el fin del capitalismo en mediado del siglo pasado, pero que hoy es difícil imaginar la posibilidad de un conflicto de tal magnitud entre las grandes potencias. De otro lado, la Grande Depresión por poco no destruyó el capitalismo y la democracia, pero cual si siguió una generación de

---

<sup>217</sup> Noticias transmitidas por todos los diarios del mundo, en los meses de enero y febrero de 2009, especialmente en el diario “Zero Hora”, de Porto Alegre, RS, Brasil.

<sup>218</sup> [http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao\\_4/2008/09/16/em\\_noticia\\_interna](http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao_4/2008/09/16/em_noticia_interna), id\_sessão=4&id\_noticia=7..., acceso en 08.02.2009.

crecimiento económico sostenido en el mundo industrial, las recesiones que ocurrieron fueron breves y blandas<sup>219</sup>.

Ahora no se tiene aún una clara dimensión del tamaño de la crisis y de sus consecuencias. Aunque sea un acontecimiento económico, está derechamente interligado con la política y produciendo efectos en la acción política del Estado. Por esto, se vuelve relevante e importante su examen en este trabajo, con finalidad de ser verificada su consecuencia para el Estado del siglo XXI.

Para Stiglitz, Estados Unidos en los años 90, cuyos reflejos están apareciendo ahora, estaba tentado en busca de una tercera vía para el capitalismo americano (existen varios tipos de capitalismo: el capitalismo americano, el capitalismo de Japón y el capitalismo europeo), una vía entre el socialismo y su gobierno excesivamente intruso y los gobiernos minimalistas de derecha de los seguidores de Reagan-Thatcher. Sin embargo, como no hay una única tercera vía, hay una multiplicidad de terceras vías, hubo la busca de una tercera vía que fuese mejor para Estados Unidos, en lo que él observa: *“Como vemos, esa busca estaba distorsionada: no alcanzamos el equilibrio que buscábamos. Llevamos lejos demás a desregulamentación y la reducción del déficit, sin defender tan vigorosamente como deberíamos las importantes funciones que el gobierno puede, y debía, desempeñar”*<sup>220</sup>.

En ese contexto, aunque aún existan defensores de una economía sin reglamentación, en ámbito nacional y mundial, por entender qué no cabe imponer límites a la actividad económica de que depende la prosperidad mundial, en la medida que el proteccionismo político o económico, sobre el comercio o sobre las finanzas, sería receta para la estagnación económica y para el autoritarismo político<sup>221</sup>, es cierto que la cada crisis mundial que surge, económica, financiera o ética, aumenta el número de los que defienden la práctica de un Estado Regulador, en el sentido de haber una regulación más efectiva en el ámbito económico, especialmente en el financiero, concretado mediante un sistema de normas equilibradas, en el sentido de que ocurra defensa de la libertad como conviene a un Estado Democrático de Derecho, pero sin ser descuidado el lado social, de los derechos fundamentales, como deber del Estado<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> KRUGMAN, Paul, *“A crise de 2008 e a economia da depressão”*, op. cit., pág. 15.

<sup>220</sup> STIGLITZ, Joseph E., *“Os exuberantes anos 90 – uma nova interpretação da década mais próspera da história”*. Op. cit., pág. 291.

<sup>221</sup> GREENSPAN, Alan, *“A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo”*, op.cit., pág. 363.

<sup>222</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, *“Introducción al Derecho Administrativo Económico”*, op. cit., págs. 25/28; JUSTEN FILHO, Marçal, *“O Direito Regulatório”*, op. cit., págs. 29/30.

## II – Factores Políticos

El Gobierno Clinton en Estados Unidos, mediante recuperación económica y reducción del déficit, pasó a desarrollar actos de gestión de la política externa, resultando en dos acuerdos que favorecieron el fortalecimiento de la globalización: a) el primero de los acuerdos comerciales creó la Área de lo Libre Comercio de América del Norte (Nafta), uniendo Estados Unidos, México y Canadá (420 millones de personas y un PIB acumulado de US\$11,8 billones); b) en 1994, con la rodada Uruguay de negociaciones comerciales, fue creada la Organización Mundial del Comercio, una institución internacional concebida para asegurar el cumplimiento de las reglas del juego en el Comercio Internacional, del mismo modo como el Fondo Monetario Internacional, creado al final de la segunda guerra mundial, para administrar el sistema financiero global<sup>223</sup>.

Así, como en los Estados nacionales las economías crecen y prosperan, en la medida que sus habitantes aprenden especialidades y practican la división del trabajo, el mismo también ocurre en la escala global. Es por esto que Greenspan afirma que la creciente capacidad de realizar transacciones y de asumir riesgos en todo el mundo está creando una economía verdaderamente global<sup>224</sup>.

Sin embargo, está en curso un debate mundial sobre el futuro de la globalización y del capitalismo, cuyo final podrá definir las características del mercado global y de nuestro estilo de vida en las próximas décadas, circunstancia que llevó a Greenspan a manifestar: *“Mundo ‘plenamente globalizado’ es aquél en que la producción, el comercio y las finanzas no sufren restricciones y son impulsadas por la busca del logro y por la Asunción de riesgos, de manera totalmente indiferente a las distancias y a las fronteras nacionales. Esa situación jamás será alcanzada. La aversión al riesgo, inherente a la naturaleza humana, y el bias doméstico, manifestación de esa repulsa, significan que la globalización tiene límites. La liberación del comercio en las décadas recientes resultó importante reducción de las*

---

<sup>223</sup> STIGLITZ, Joseph E., “Os exuberantes anos 90 – uma nova interpretação da década mais próspera da história”. Op. cit., pág. 221.

<sup>224</sup> GREENSPAN, Alan, “A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo”, op.cit., pág. 351. Ésta es la manifestación del autor: “La globalización – el ahondamiento de la especialización y la ampliación de la división del trabajo además de las fronteras nacionales – es sin duda fundamental para la comprensión de buena parte de nuestra historia económica reciente. La capacidad creciente de realizar transacciones y de asumir riesgos en todo el mundo está creando una economía verdaderamente global. La producción se vuelve cada vez más internacional”.

*barreras a lo libre movimiento de bienes, servicios y flujos de capital. Sin embargo, la continuidad del progreso será cada vez más difícil”*<sup>225</sup>.

Otro factor relevante en debate es el hecho de que la globalización produjo cambios importantes en las autoridades políticas convencionales, los Estados nacionales, pues, cual si sabe, el Estado moderno nace con la conquista de tres monopolios: a) el monopolio de la producción de la norma jurídica – solo el Estado tiene poder de crear ley aplicable a todos los ciudadanos de su territorio; b) el monopolio de la extracción y del uso colectivo de parte del excedente económico generado en el mundo privado – solo el Estado tiene el poder de aplicar tributos; c) el monopolio de la coerción legítima, uso legítimo de la fuerza física – solo el Estado tiene lo puede de usar la fuerza física para hacer cumplir las determinaciones legales<sup>226</sup>. En consecuencia de la globalización, son exactamente éstos tres monopolios de los Estados Nacionales que pasan a ser demilitados, reducidos o monitorizados angostamente por “autoridades” políticas supranacionales – acreedores sin rostro y entidades multilaterales, reguladores o aprobadoras, como el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>227</sup>.

Volviendo el análisis de Stiglitz, éste refiere que la globalización tuvo gestión equivocada por parte de Estados Unidos, en la medida que, internamente, luchaban contra la privatización de la Seguridad Social, pero en el exterior a promovían; en el plano interno había lucha contra a enmienda de presupuesto equilibrado, pero en el exterior eran impuestas políticas fiscales contracionistas en países que caminaban para la recesión; en Estados Unidos había lucha por una ley de falencias para proteger los deudores y darles un auxilio inicial, pero en el exterior la falencia fue tratada como una anulación del contrato de crédito; en el plano interno, la lucha era contra alterar el mandato del Fed para que éste tuviese como foco exclusivo la inflación – en verdad, había la preocupación con el hecho del Fed dar mucho poca énfasis a la creación de colocaciones, mientras que en el exterior era exigido que los bancos centrales enfocasen exclusivamente la inflación<sup>228</sup>. Por

---

<sup>225</sup> GREENSPAN, Alan, “*A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo*”, op.cit., pág. 352.

<sup>226</sup> MORAES, Reginaldo Carmello Correa de, “*Estado, Desenvolvimento e Globalização*”, São Paulo: Editora da UNESP, 2006, pág. 29.

<sup>227</sup> Idem, pág. 29.

<sup>228</sup> STIGLITZ, Joseph E., “*Os exuberantes anos 90 – uma nova interpretação da década mais prospera da história*”. Op. cit., pág. 244.



tanto, Estados Unidos imponían el fundamentalismo de mercado al resto del mundo, mientras ejercía un tipo de capitalismo propio a sus intereses<sup>229</sup>.

Este tipo de actitud ha ocasionado enormes problemas mundiales, pues mismo que el sistema económico americano tenga muchos méritos, no es el único sistema que funciona. Como advierte Stiglitz, *“Si vende el capitalismo y la democracia americanos era un de los principales objetivos de la política externa americana, nuestra conducta engendró nuestro fracaso”*<sup>230</sup>.

Delante de ese cuadro demostrativo de los principales aspectos de la globalización, sumados a los factores de la crisis económica de 2008, que alcanzan contundentemente el capitalismo y lo *“libre mercado”*, debe ser resaltada la advertencia realizada Roberto Gilpin, conocido estudioso de las relaciones internacionales: *“El sistema capitalista internacional no podría sobrevivir, probablemente, sin fuerte y sabio liderazgo. El liderazgo internacional debe promover la cooperación internacional para establecer e imponer reglas que regulen el comercio, la inversión extranjera y las relaciones monetarias internacionales. Pero es igualmente importante que el liderazgo asegure por lo menos salvaguardas mínimas para los inevitables perdedores, adentro de esas fuerzas de mercado y del proceso de destrucción creativa; aquéllos que pierden deben por lo menos creer que el sistema funciona de modo justo. La supervivencia del Mercado o del sistema capitalista estará en riesgo, sino que las consideraciones basadas en la eficiencia sea contrabalanceadas por protección social para los económicamente flacos y por el entrenamiento/educación de aquellos trabajadores que son dejados para atrás por el rápido cambio económico y tecnológico”*<sup>231</sup>.

Al final, con todos esos problemas, ¿cuáles son las perspectivas globales? Es difícil cualquier pronóstico, en el momento, en la medida que aún

---

<sup>229</sup> STIGLITZ, Joseph E., *“Os exuberantes anos 90 – uma nova interpretação da década mais prospera da história”*. Op. cit., pág. 245. Por esto, STIGLITZ complementa: *“Esas ideas de fundamentalismo de mercado se reflejaban en la estrategia básica para el desarrollo (y para la gestión de crisis y de la transición del comunismo para el mercado), defendida en el comienzo de los años 80 por el FMI, por el Banco Mundial y por el Tesoro americano, una estrategia diversa veces llamada de ‘neoliberalismo’ o, porque los principales protagonistas que la promovían estaban todos en Washington, del Acuerdo de ‘Washington’*. Ella envolvía minimizar el papel del gobierno, mediante la privatización de empresas de propiedad estatal y la eliminación de las reglamentaciones e intervenciones gubernamentales en la economía”.

<sup>230</sup> Idem, pág. 289.

<sup>231</sup> GILPIN, Robert, *“Economia Política das relações internacionais”*. Brasília: Editora Brasília, 2002, págs. 3 e 4.

nos encontramos en el ojo del huracán de la crisis de 2008. Todo dependerá de los modos y medios de solución de la crisis y cuando ésta acontecerá. se habla en nuevos paradigmas para la economía mundial, con nuevas reglas, nuevos procedimientos y nuevos controles y reglamentaciones, que, invariablemente, influenciará la política y a acción del Estado. A ese ejemplo, ésta la propuesta de Stiglitz y Greenwald en su reciente obra “*Rumbo a un nuevo paradigma en economía monetaria*”. Conforme alerta la presentación de la obra, el nuevo paradigma enfatiza la demanda y a oferta de fondos de empréstito, que exige, por su vez, la comprensión de los defectos de la información y del papel de los bancos. Una visión aclaradora es a de que el crédito es muy diferente de otras “commodities”, en el sentido de que se basa en la información y en el riesgo de incumplimiento. Teniendo en cuenta esos aspectos, el libro se constituye en dos partes: La primera desarrolla un modelo básico de crédito, basado en las elecciones de portfólio de los bancos. La segunda es dedicada a las consecuencias de ciertas políticas , entre las cuales están la liberación de los mercados financieros, la crisis del Este Asiático y la recesión norte-americana de 1991, así como su subsiguiente recuperación <sup>232</sup>.

Sin embargo, Krugman entiende qué necesitamos reflejar en profundidad sobre como manejar la globalización financiera, puesto que no se llegó a estrategias que funcionasen adecuadamente, pues la globalización financiera concluyentemente se reveló más peligrosa del que era imaginado<sup>233</sup>. Pero, aún así, amparado en ponderación de Keynes sobre la importancia de las ideas, él posee una confianza inamovible en el poder de las ideas para reformar el mundo económico y, por consecuencia, el mundo político<sup>234</sup>.

De una manera general, como advierte Stiglitz, los problemas tienen mucho a ver con el hecho de la globalización económica andar mucho más rápido del que la globalización política, y con las consecuencias económicas de la globalización anden más deprisa que nuestra capacidad de comprenderla y moldearla y de manejar sus consecuencias por medio de procesos políticos. Reformar la globalización es una cuestión política <sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> STIGLITZ, Joseph E.; GREENWALD, Bruce, “*Rumo a um novo paradigma*”, Presentación de Luiz Conzaga Belluzzo. Traducción: Laura Knapp e Cecília Bartalotti. São Paulo: Francis, 2004.

<sup>233</sup> KRUGMAN, Paul, “*A crise de 2008 e a economia da depressão*”, op. cit., pág. 200.

<sup>234</sup> KRUGMAN, Paul, “*A crise de 2008 e a economia da depressão*”, op. cit., pág. 201. Éste es el comentario del autor: “*Todavía, solo alcanzaremos nuevo nivel de comprensión si estamos dispuestos a pensar con claridad sobre nuestros problemas y a continuación las conclusiones de esas ponderaciones, no importa para donde nos lleven. Hay quien diga que nuestros problemas económicos son estructurales; sin embargo, creo que los únicos obstáculos estructurales relevantes a la prosperidad del mundo son las doctrinas obsoletas que entupen a mente de las personas*”.

<sup>235</sup> STIGLITZ, Joseph E., “*Globalização: como dar certo*”, op. cit., págs.411/412.

Por tanto, innegablemente, es hecho que la globalización, allende posibilitar crecimiento económico y desarrollo, también posibilitó una desigualdad creciente en el mundo, cuya globalización financiera ha sido extremadamente peligrosa, necesitando una reforma en el modo como la globalización es administrada. Por esto, como propone Stiglitz, deben ser incentivadas “*cambios en la manera como la globalización es administrada – cambios que son inevitables – en la dirección cierta y a acelerar el ritmo de las reformas*”<sup>236</sup>.

De otro lado, la globalización de la economía fue factor de intensa desreglamentación especialmente en el decurrir de los años 90, en consecuencia del sistema capitalista que debía ser implantado, cuya implantación era orientada para una economía de libre mercado, dejando la resolución de los negocios al propio mercado, con un mínimo de interferencia del Estado, y, si posible, sin interferencia del Estado, pues el entendimiento de esa teoría es de que, la producción, el comercio y las finanzas no deben sufrir restricciones, siendo acarreadas por la busca del logro y por la Asunción de riesgos<sup>237</sup>.

Según Greenspan, en consecuencia de la desreglamentación, del aumento de la innovación y de la reducción de las barreras al comercio y a la inversión, el intercambio comercial transfronterizo en las últimas décadas se expandió en ritmo mucho más acelerado que el PIB, en todo el mundo.<sup>238</sup> Así, por entender qué el consecuente avance de los mercados financieros globales resultó en mejorías substanciales en la eficiencia con que se invierten los ahorros mundiales, dice que los mercados globales, en grande parte no reglamentados, con algunas notables excepciones, parecen avanzar con tranquilidad de un para otro estado de equilibrio<sup>239</sup>.

De esa forma, hasta por haber sido presidente del Fed – Banco Central Americano – Greenspan defiende a desreglamentación del mercado, expresando que, a lo largo de los años, aprendió muy sobre el tipo de reglamentación que genera menos interferencia y, para tanto, dice que, a

---

<sup>236</sup> STIGLITZ, Joseph E., “*Globalização: como dar certo*”, op. cit., pág. 38.

<sup>237</sup> GREENSPAN, Alan, “*A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo*”, op.cit., pág. 352.

<sup>238</sup> GREENSPAN, Alan, “*A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo*”, op.cit., pág. 353. El autor aún refiere: “*En consecuencia, la mayoría de las economías está cada vez más expuesta a los rigores y a las tensiones de la competición internacional, que, aunque un poco diferentes del estrés de la competición interna, parecen menos dominables*”.

<sup>239</sup> GREENSPAN, Alan, “*A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo*”, op.cit., pág. 354.

veces, varios reguladores son mejores que un. Que los reglamentos sobreviven la propia razón de ser y, por esto, deben ser renovados<sup>240</sup>.

De otra parte, según destacan los economistas, hay ciertas circunstancias bajo las cuales es más probable que una economía sufra crisis o recesiones duras. Según Stiglitz, en los años 90 hubo una *desreglamentación desenfrenada*, tanto que en las últimas tres décadas, el mundo sufrió una centena de crisis y muchas de ellas habrían sido provocadas por alguna forma de desreglamentación demasiado rápida<sup>241</sup>. En complemento al raciocinio desarrollado, que, aunque la retracción de la actividad económica en 2001 fuese apenas una forma más suave de estos tipos de problemas, no quedó dudas de que partes importantes de la retracción resultaron de la desreglamentación de los años 90<sup>242</sup>.

El cierto es que, como bien explicita Stiglitz, en muchos, pero no en la mayoría, de los episodios de la reglamentación, los resultados acontecieron de modo muy diferente de aquél que sus defensores afirmaron. *“Las reglamentaciones fueron típicamente impuestas a causa de algún fallo del mercado. La retirada de la reglamentación no removi6 ese fallo. Pero, con mucha frecuencia, los defensores de la desreglamentación olvidaban, o*

---

<sup>240</sup> GREENSPAN, Alan, “A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo”, op.cit., págs. 361/362. El autor da tres reglas básicas: “1. Las reglamentaciones aprobadas durante crisis siempre deben pasar, posteriormente, por el proceso de sintonía fina. La Ley Sarbanes-Oxley, aprobada las prisas por el Congreso en la secuencia de las falencias de la Enro y de la WorldCom, que impone a las empresas mayores exigencias de divulgación de informaciones, es hoy fuerte candidata a la revisión. 2. A veces, varios reguladores son mejores que un. El regulador solitario se vuelve al riesgo, intentando protegerse de todos los resultados negativos imaginables, tornando difícil y gravosa la observancia de sus normas. En los sectores financieros, en los cuales el Fed comparte jurisdicción regulatoria con el Comptroller of the Currency y con a Securities and Exchange Commission, y otras autoridades, tendíamos a controlarnos mutuamente. 3. Los reglamentos sobreviven a la propia razón de ser y deben ser renovados periódicamente. Aprendí esa lección con Virgil Mattingly, jefe había mucho tiempo del departamento jurídico del Federal Reserve Board. Llevaba muy en serio la determinación estatutaria de rever cada norma de cinco en cinco años; las que fuesen consideradas obsoletas eran revocadas sin ceremonia”.

<sup>241</sup> STIGLITZ, Joseph E., “Os exuberantes anos 90 – uma nova interpretação da década mais prospera da história”, op. cit., pág. 110.

<sup>242</sup> STIGLITZ, Joseph E., “Os exuberantes anos 90 – uma nova interpretação da década mais prospera da história”. Op. cit., págs. 110/111. En ese sentido el autor ejemplifica: “A desreglamentación del sector de telecomunicaciones abrió camino la ampolla del la superinversión, que después estalló con tanta repercusión en 2001. A desreglamentación del sector eléctrico llevó la manipulación del mercado, lo que perjudicó la economía de California, el centro de buena parte de la innovación de Estados Unidos. A desreglamentación del sector bancario – especialmente el rechazo de la ley Glass-Steagall – abrió nuevas oportunidades para los conflictos de intereses, cuando lo que se necesitaba era de reglamentaciones más Fortes devotadas para los conflictos de intereses ya existentes y crecientes que acabarían por aflojar la confianza en nuestros mercados de acciones. La reglamentación floja de la actividad contable propició oportunidades e incentivos para el suministro de informaciones engañosas o equivocadas”.

*extrañaban deliberadamente, los fallos que habían dado origen a las reglamentaciones”*<sup>243</sup>.

En esa línea de análisis de Stiglitz, aún es observado que la desreglamentación puede haber sido motivada más por las tentativas de aumentar las ganancias de lo que por un genuino interés por la eficiencia de la economía y del Estado, pues mucha cosa fue revelada en la constatación de los que ejercían presiones en favor de la desreglamentación y por una menor participación del gobierno, cuando fueron examinadas sus actitudes con respeto a los subsidios a las empresas y a la protección del Gobierno<sup>244</sup>.

Por su vez, Krugman recordando John Keynes en el comienzo de la Grande Depresión<sup>245</sup>, dice de las razones de haber surgido ése según grande atolladero en 2008, refiriendo que, en el final de la Grande Depresión, la banca pasaron a actuar bajo rigurosa reglamentación y protección de fuerte red de seguridad, mientras que los movimientos de capital internacionales que fueron tan destructivos en la década de 30 también fueron sometidos a restricciones, cual sea: El sistema financiero se volvió un poco monótono, pero se quedó mucho más seguro<sup>246</sup>.

hasta que, una vez más, empezaron a acontecer cosas interesantes y peligrosas. Flujos de capital internacionales dispusieron el escenario para crisis cambiales devastadoras, en la década de 1990, y para una

---

<sup>243</sup> STIGLITZ, Joseph E., “*Os exuberantes anos 90 – uma nova interpretação da década mais prospera da história*”. Op. cit., pág. 125.

<sup>244</sup> STIGLITZ, Joseph E., “*Os exuberantes anos 90 – uma nova interpretação da década mais prospera da história*”. Op. cit., págs. 127/128. Como presidente del Consejo de Consultores Económicos en Estados Unidos, Stiglitz menciona que constató tres tipos de procedimiento, casi infalibles, en los que fueron a pedir ayuda: “*Primero, los hombres de negocios se oponen, en general, a los subsidios para todos, excepto para ellos mismos. Para sus sectores, hay siempre una grande cantidad de argumentos que justifican la necesidad de ayuda del gobierno. De la competición injusta en el exterior a una retracción inesperada de la actividad económica interna, las historias no tienen fin. Según, todos eran a favor de la competición en todos los sectores, excepto en suyos. Nuevamente, hay una gama enorme de argumentos para explicar porque la competición en su sector sería destructiva, o porque era necesaria administrarla con cautela. Y tercero, todos eran a favor de la apertura y de la transparencia en todos los sectores, excepto en suyos. En el sector de ellos, la transparencia llevaría a disturbios, corroería su margen competitivo y así por delante. De esa manera, la mayoría de las empresas consideraba cualesquiera subsidios que recibiesen u otras formas de intervención del gobierno como totalmente justificadas (y no sentían necesidad ninguna de justificar esos subsidios e intervenciones en el lenguaje peculiar de los economistas); sin embargo, el Consejo miraba típicamente de soslayo*”.

<sup>245</sup> KRUGMAN, Paul, “*A crise de 2008 e a economia da depressão*”, op. cit., pág. 199. El autor menciona que: “*el motor económico, en general, funcionaba bien, pero un componente crítico, el sistema financiero, no actuaba a contento*”, por esto, “*nos metemos en un grande lodazal, atolondramos el control de una máquina delicada, cuyo funcionamiento no comprendemos*”.

<sup>246</sup> KRUGMAN, Paul, “*A crise de 2008 e a economia da depressão*”, op. cit., pág. 199.

crisis financiera global, en 2008<sup>247</sup>, en la medida que hubo una expansión del sistema bancario paralelo, sin cualquier aumento de la reglamentación.

Por esto, Krugman efectúa una conclusión contundente: *“Lo que tendremos de hacer, sin sombra de duda, es reaprender las lecciones impuestas a nuestras abuelas por la Grande Depresión. No intentaré exponer los detalles de un nuevo régimen regulatorio, pero el principio básico debe ser claro: cualquier cosa que necesite socorro durante crisis financiera, por desempeñar papel esencial en el sistema financiero, debe ser sometido a la reglamentación, ‘cuando la crisis tenga sido superada’, para que no si envuelva riesgos excesivos”*<sup>248</sup>.

Siendo, así, no queda duda que deberá ser realizada una profunda ponderación sobre la crisis financiera global de 2008, en el sentido de ser adoptadas reglamentaciones para los sectores alcanzados por la crisis y ser establecidas reglamentaciones en busca del equilibrio para problemas consecuentes de los fallos del mercado.

Según Roberto Guttman, el capitalismo dirigido por las finanzas diseminó su lógica inexorable del mercado caracterizado por la ausencia de reglamentación y devotado para a maximización del valor a los accionistas por todos los cantos del planeta.<sup>249</sup>

Sin embargo, el sistema entró en crisis, hasta porque el capitalismo dirigido por las finanzas siempre tuvo una propensión a crisis financieras. Todavía, la crisis actual es diferente, pues no apenas emanó del centro, al revés de surgir en la periferia, como también reveló fallos estructurales profundos en la arquitectura institucional de contratos, fondos y mercados que componían el sistema financiero nuevo y desreglamentado<sup>250</sup>.

Por esto, los defensores de la reglamentación y otros economistas heterodoxos pasaron a reconocer un tipo diferente de capitalismo,

---

<sup>247</sup> KRUGMAN, Paul, “A crise de 2008 e a economia da depressão”, op. cit., pág. 199.

<sup>248</sup> KRUGMAN, Paul, “A crise de 2008 e a economia da depressão”, op. cit., pág. 200.

<sup>249</sup> GUTTMANN, Robert, “Uma introdução ao capitalismo dirigido pelas finanças”, Traducción: Hélio Mello Filho. Artículo publicado en “**Novos Estudos 82**” – CEBRAP – novembro 2008, pág. 11. Sobre el asunto GUTTMANN comenta que: “En el último cuarto de siglo, su propagación ayudó la integración de mitad de la raza humana a una economía de mercado privada, financió una nueva revolución tecnológica y empujó el proceso de globalización con un breve capirotazo. La organización de nuevas formas de financiar deudas nos permitió amenizar el ciclo de negocios y acomodar desequilibrios externos muy mayores entre países: realizaciones de bulto de nuestros esfuerzos perennes por la estabilización”.

<sup>250</sup> GUTTMANN, Robert, “Uma introdução ao capitalismo dirigido pelas finanças”, op. cit., pág. 12.

intitulado alternadamente de capitalismo patrimonial<sup>251</sup>, régimen de crecimiento dirigido por las finanzas<sup>252</sup> o régimen de acumulación domeñado por las finanzas<sup>253</sup>. Independientemente del nombre adoptado, el importante, en la realidad, es que: el nuevo régimen es dirigido por las finanzas<sup>254</sup>. De esa forma, el atributo principal de ese tipo de capitalismo sería un proceso ampliamente referido como *financeirización*, que Epstein definió como “(...) *el aumento del papel de los motivos financieros, mercados financieros, actores financieros e instituciones financieras en las operaciones de las economías nacionales e internacionales*”<sup>255</sup>.

Adentro de ese contexto, debe se ser recordado que, en la terminología de Weber<sup>256</sup> el Estado moderno pasó de una asociación ordenadora (ideal del Estado de Derecho Liberal) para una asociación regladora (el Estado de Derecho Social). Es lo que Habermas llamó de un capitalismo organizado por el Estado<sup>257</sup>.

Según André-Noël, la actual crisis del Estado indica que los mecanismos económicos, sociales y jurídicos de regulación ya no funcionan, y que una de las principales causas, sino la principal, de esa crisis de regulación, está en el fenómeno de la globalización, generando cuatro tipos de rotura con el orden mundial pasado: pérdida de soberanía, mundialización de la economía, internacionalización del Estado y el derecho internacional<sup>258</sup>.

---

<sup>251</sup> AGLIETTA, “*Lê capitalismo de demain*”. Paris: Fondation Saint-Simon, 1998, APUD GUTTMANN, Robert, “*Uma introdução ao capitalismo dirigido pelas finanças*”, op. cit., pág. 12.

<sup>252</sup> BOYER, “*Is a finance led growth regime a viable alternative to fordism? A preliminary analysis*”. *Economy anal Society*, vol. 29, n° 1, 2000, pp. 111-45. APUD GUTTMANN, Robert, “*Uma introdução ao capitalismo dirigido pelas finanças*”, op. cit., pág. 12.

<sup>253</sup> STOCKHAMMER, E., “*Some stylized facts the finance-dominated accumulation regime*”. Artículo presentado en el Seminario CEPN, MSH Paris-Nord, 4 April 2008. Disponible en [www.univ-paris 13.fr/CEPN/texte\\_stockammer\\_040408.pdf](http://www.univ-paris-13.fr/CEPN/texte_stockammer_040408.pdf), acceso en 23.11.2008. APUD GUTTMANN, Robert, “*Uma introdução ao capitalismo dirigido pelas finanças*”, op. cit., pág. 12.

<sup>254</sup> TABB, W., “*The centrality of finance*”. *Journal of World-Systems Research*, vol. 13, n° 1, 2007, pp. 1-11. APUD GUTTMANN, Robert, “*Uma introdução ao capitalismo dirigido pelas finanças*”, op. cit., pág. 12.

<sup>255</sup> EPSTEIN, G., “*Financialization and the world economy*. Northampton, MA: Edgar Elgar, 2005, p.3. APUD GUTTMANN, Robert, “*Uma introdução ao capitalismo dirigido pelas finanças*”, op. cit., pág. 12.

<sup>256</sup> M. WEBER, “*Economia y Sociedad*”, Fondo de Cultura Económica, 8 ed., Mexico, 1987, pág. 55.

<sup>257</sup> HABERMAS, Jürgen, “*Razon et Légitimité*”, Paris, 1978. APUD ANDRE-NOËL ROTH, “*O Direito em crise: Fim do Estado Moderno?*” pág. 2. Disponible en <http://br.geocities.com/dcentauros/r/roth.pdf>.

<sup>258</sup> ANDRE-NOËL ROTH, “*O Direito em crise: Fim do Estado Moderno?*”, op. cit., pág. 3e 4. El autor trata de las rupturas, de la siguiente forma: “*Todas esas rupturas tienen por consecuencia una pérdida de la soberanía y de la autonomía de los Estados Nacionales en la formulación de políticas internas. En el plan externo, el Estado Social ya no puede pretender regular la sociedad civil nacional de manera soberana. Y, en el plano interno, suya acción no permite resolver la crisis y aparece como impotente. La distancia entre su voluntad y la realidad, entre la ley y su aplicación, va creciendo. disminuidos sus poderes de coacción, el Estado tiene que compartirlos con otras fuerzas que trascienden el nivel nacional y que, según su posición en*

De cualquier forma, mismo con esta crisis político-económica existente, el Estado moderno, más que una superestructura política representativa del capitalismo, es el eje, el soporte funcional (político-administrativo), la fuerza agregadora, la fuerza motriz del capitalismo<sup>259</sup>, pues, como expresa Mézáros, “*sin la emergencia del Estado moderno, el modo espontáneo de control metabólico del capital no puede si transformar en un sistema dotado de microcosmos socioeconómicos claramente identificables – productores y extractores dinámicos del trabajo excedente, debidamente integrados y sosteníais*”<sup>260</sup>.

Tanto que, por la primera vez desde 1917, el capitalismo se ha mostrado seguro, no solo por haber logrado éxito, principalmente después de la caída del comunismo en Rusia y de los países que constituían la antigua Unión Soviética, pero también porque nadie presentó alternativa admisible<sup>261</sup>. Logicamente que, si la actual crisis persiste y profundizarse, podrán surgir otras ideologías. Sin embargo, por mientras, es incontestable la dominación del mundo por el capitalismo<sup>262</sup>.

Siendo así, no parece creíble, por lo menos en el momento, que el Estado Social y Democrático de Derecho, en su compaginación pluralista, transparente y participativa, teniendo como elemento agregador la fuerza motriz del capitalismo, pueda sucumbir en consecuencia de la crisis de 2008. ¿Pero, el Estado del bienestar social deberá subsistir con qué tipo de capitalismo? ¿Lo de libre mercado?

Históricamente, las reacciones encontradas de las personas al capitalismo diseminaron varias modalidades de prácticas de capitalismo, desde lo post-guerra, desde las muy reglamentadas, o somete la muchas normas, hasta las poco limitadas, o sujeta a pocas limitaciones<sup>263</sup>. Estados Unidos son apuntados como la más “libre” de las grandes economías, teniendo, por esto, un objetivo mayor para el riesgo del negocio y su

---

*la jerarquía mundial, lo determinan. Incapaz de imponer una regulación social, y aprisionado entre un nivel internacional más coactivo y un nivel infra-nacional que busca liberarse de su tutela, el Estado se encuentra en una crisis de legitimidad”.*

<sup>259</sup> MARTINEZ, Vinício C., “*Estado moderno ou Estado de Direito capitalista*”, in Doutrina Jus Navigandi, elaborado en 05.2006. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8536>, acceso en 18.03.2009.

<sup>260</sup> MÉSZÁROS, István, “*Para além do capital: rumo a uma teoria da transição*”. Bom tempo Editorial. Editora da UNICAMP. São Paulo: Campinas, 2002, pág. 123.

<sup>261</sup> GREENSPAN, Alan, “*A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo*”, op.cit., pág. 283.

<sup>262</sup> GREENSPAN, Alan, “*A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo*”, op.cit., pág. 15.

<sup>263</sup> GREENSPAN, Alan, “*A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo*”, op.cit., pág. 261.



recompensa (en la misma línea de capitalismo están: Hong Kong, Singapur, Australia, Reino Unido, Nueva Zelanda y Irlanda). Europa continental, por su lado, reconstruyó sus economías dilaceradas por la guerra en ritmo capitalista, no obstante los factores reglamentarios impuestos por la cultura socialista democrática<sup>264</sup>. Pero aún existen tres importantes naciones que no están ni entre el capitalismo de competición desenfrenada ni entre los de restricciones de la red de seguridad social: China, Rusia y India<sup>265</sup>.

Por tanto, el mundo está pasando por un período difícil de crisis económico-financiera, dirigiéndose para el establecimiento de un nuevo paradigma para el sector económico, qué, por vía de consecuencia, ocasionará también una transformación del capitalismo. Galbraith, al examinar el concepto del Poder compensatorio en el Capitalismo Americano, afirmó que *“la inflación, no la deflación o la depresión provocará una transformación del capitalismo por medio de una amplia decisión centralizada”*<sup>266</sup>.

En ese aspecto, aunque la crisis financiera de 2008 no tenga por base un proceso inflacionista influenciando una transformación del capitalismo, al considerarse que los sistemas bancarios han fallado repetidamente, con estos fallos imponiendo grandes costes a la sociedad, tanto por las perturbaciones macroeconómicas a que ellas dan origen, como por los paquetes de socorro a que ellas dan origen, como por los paquetes de socorro a la cuenta de dinero público que casi inevitablemente se siguen<sup>267</sup>, se constata que los gobiernos han reglamentado las instituciones financieras, con un papel regulatorio que se ha mostrado superior a cualquiera otro sector de la economía.

Entonces, como la actual crisis se dio por contundentes fallos en el sistema bancario y financiero, los factores que irán a orientar una nueva economía, posiblemente pasarán por un proceso regulatorio, aumentando el poder de intervención del Estado en la economía. Amartya Sen, premio Nobel

---

<sup>264</sup> GREENSPAN, Alan, *“A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo”*, op.cit., pág. 283.

<sup>265</sup> GREENSPAN, Alan, *“A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo”*, op.cit., pág. 283. Según el autor, *“los tres siguen, hasta cierto punto, las reglas de mercado, pero con importantes desvíos que no son posibles de categorizar ni de prever. China está se quedando cada vez más capitalista, con apenas algunas regláis formales sobre derecho de propiedad. Rusia tiene leyes, pero la conveniencia política dicha la extensión en la que son observadas. Y los derechos de propiedad en India están sujetos la tanta reglamentación específica, no raro aplicada de forma discricionária, que no son tan vinculantes como deberían ser para atraer inversiones extranjeras directas”*.

<sup>266</sup> GALBRAITH, John Kenneth, *“Capitalismo americano – o conceito do poder compensatório”*, tradução Clara A Colotto. Osasco, São Paulo: Novo Século Editora, 2008, pág.161.

<sup>267</sup> STIGLITZ, Joseph; GREENWALD, Bruce, *“Rumo a um novo paradigma em economia monetária”*, op. cit., pág. 288.

de 1998 y doctor Honoris causa por la Universidad Complutense de Madrid, en entrevista concedida para “*El País*”, en Madrid – 08 de febrero de 2009 – hablando de las causas y de los efectos de la crisis, dice que “*necesitamos una buena alianza entre el Estado y el mercado*”, pues no queda duda de que no puede haber una dependencia exclusiva de la economía de mercado, en la medida que el Estado también posee un papel a desempeñar, por esto, concluye su evaluación en la siguiente forma: “*El mercado puede ser un instrumento dinámico de progreso económico, eso hay que reconocerlo. No hay razón para prescindir de él, pero hay que regular su funcionamiento. Hay gente que piensa que la búsqueda del beneficio es la única clave del éxito de la economía de mercado, pero eso nunca ha sido así*”<sup>268</sup>.

Así, en consecuencia de la crisis económica mundial de 2008, existen nuevos paradigmas para la economía mundial y para el Estado contemporáneo, que, posiblemente, irán a producir transformaciones en el régimen capitalista. Son cambios de naturaleza económica, produciendo efectos de naturaleza política en el mundo entero.

### **III – Factores relativos a la prestación de cuentas**

El Estado Social y Democrático de Derecho, lo llamado Estado del bienestar social, está arraigado en el ámbito de Europa Occidental, produciendo fuerte influencia en los países del este Europeo, después la caída del comunismo en Rusia y en el antiguo Bloque Soviético<sup>269</sup>. En Estados Unidos y países de idioma inglés, donde el Estado Liberal producen un capitalismo de mercado más “libre”, también ya estarían sufriendo fuerte influencia del Estado del bienestar social, mediante transformaciones en su tipo de capitalismo, reflejando un aumento de la interferencia del Estado, con producción reglamentar de varios aspectos de la economía de mercado<sup>270</sup>, especialmente ahora, con lo desenrollar de la crisis económica global. De esa forma, habiendo nuevos paradigmas económicos que influyen el Estado del 3º milenio, que están causando un fortalecimiento del Derecho Administrativo Económico y del Derecho Administrativo Regulatorio, deben esos aspectos

---

<sup>268</sup> <http://www.elpais.com/articulo/economia/Necesitamos/alianza/Estado/mercado/elpepueco/20090207...> , disponible en 09.02.2009. Entrevista de Amartya Sen para el diario “El País”, de Madrid, en 08.02.2009.

<sup>269</sup> GREENSPAN, Alan, “*A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo*”, op.cit., pág. 281

<sup>270</sup> KRUGMAN, Paul, “*A crise de 2008 e a economia da depressão*”, op. cit., pág. 21/23; GREENSPAN, Alan, “*A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo*”, op.cit., pág. 258/283.

del Derecho público causar una nueva postura de exigencia de obligatoriedad de prestación de cuentas para la sociedad, cual sea: todos, independientemente del aspecto público o privado, poseen responsabilidades con la sociedad, por esto, debiendo someterse a la regulación del Estado. Así, se revelan como factores inherentes a la prestación de cuentas, que influyen la compaginación del actual Estado Social y Democrático de Derecho.

No queda duda que la concepción de Estado Liberal, idealizado y preponderante en los siglos XVIII y XIX, actuando como protector de la libertad y de la propiedad, vía instrumentos jurídicos represivos, evolucionó para la concepción del Estado del bienestar, cuyo instrumental jurídico deja de preocuparse apenas en reprimir la autonomía privada y se dirige también para incentivar el cambio de los paradigmas sociales<sup>271</sup>. Así, el Estado del bienestar social pierde su connotación exclusivamente represiva y adquiere, en la expresión de Bobbio, contornos “*promocionales*”<sup>272</sup>.

En tal circunstancia, comienza surgir la figura del Estado Regulador, que está derechamente interligada con la concepción intervencionista del Estado del bienestar, hasta porque adentro de la propia agenda neoliberal, aunque la inclinación general fuese a desregulación, como dice PRATS CATALÁ, “*nunca se renuncio a construir una capacidad reguladora del Estado que remediara los innegables fallos del mercado, sin dejar de considerar en ningún caso lo que la economía de la elección pública há llamado los <<fallos del Estado>>*”<sup>273</sup>.

Ese contexto de realidad del mundo actual demuestra en cuanto a la economía, la política y el derecho están interligados, por esto, la política es tan importante para el derecho, cuanto el derecho para la economía<sup>274</sup>. La utilización del análisis económico del derecho se volvió método usual para comprensión de los problemas resultantes del ordenamiento jurídico, circunstancia que lleva a PASTOR a referir: “*una disciplina que*

---

<sup>271</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, “*O Direito Regulatório*”, in Revista Interesse Público, ano 9, nº 43, maio/jun. 2007. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, pág. 20.

<sup>272</sup> BOBBIO, Norberto, “*Dalla Struttura allá funzione*”. Milano/Itália: Ed. di Comunità, 1977. En los ensayos contenidos en las páginas 13/122, se encuentra el pensamiento que establece la distinción entre las funciones represiva y promocional. APUD Marçal Justen Filho, “*O Direito Regulatório*”, op.cit, pág. 20.

<sup>273</sup> PRATS CATALÁ, Joan, “*Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*”, in *Estudios para la reforma de la Administración Pública*. Reinpressão. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, pág. 71.

<sup>274</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, “*Introducción al Derecho Administrativo Económico*”, Tercera edición (revisada, corregida y ampliada). Salamanca: Ratio Legis, 2005, pág. 21. El comentario del autor es: “*Las instituciones políticas y jurídicas son condiciones previas del sistema económico, dependiente de ellas*”.

*esencialmente consiste en aplicar principios o técnicas habituales en el análisis económico al estudio de problemas característicos del ordenamiento (sistema) jurídico*<sup>275</sup>.

Consonante esa moderna evolución del Derecho Público, surge el Derecho Económico para producción de análisis de cuestiones como la regulación de mercados, el régimen de competencia, los derechos de los consumidores o la protección del medio-ambiente<sup>276</sup>. Sin embargo, este tipo de intervención del Estado, la regulación, no ocurre de manera excesiva, pues envuelve una técnica de intervención más respetuosa con la iniciativa privada, funcionando como una alternativa más adecuada a la protección de la economía de mercado y el interés protectivo del Estado, pues, como refiere Gimeno Feliu, las actividades económicas consideradas esenciales para la sociedad deben tener regulación del proceso económico<sup>277</sup>.

Esta nueva forma de actuación estatal, que pasa a ser necesaria desde el agotamiento de la capacidad del Estado realizar derechamente todas las necesidades de la población, ocurre con una segregación entre las actividades de regulación y a de prestación de servicios<sup>278</sup>, así como la implementación del control de la acción privada con la finalidad de implantarse y fomentar la competencia, ahora posible en razón de los avances tecnológicos y al mismo tiempo la adecuada prestación de servicios<sup>279</sup>. Por tales razones es forzoso concluir que, desde una perspectiva material, la

---

<sup>275</sup> PASTOR, Juan Alfonso Santamaría *“Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho”*. Madrid: Tecnos, 1989, pág. 31. APUD ORTEGA, Ricardo Rivero, *“Introducción al Derecho Administrativo Económico”*, op. cit., pág. 21.

<sup>276</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, *“Introducción al Derecho Administrativo Económico”*, op. cit., pág. 22.

<sup>277</sup> GIMENO FELIU, *“Fundamentos de la ordenación jurídica de la economía y escenarios del intervencionismo administrativo”*. En Bermejo Vera, *Derecho Administrativo. Parte especial*. Madrid: Civitas, 1998, pág. 773. APUD ORTEGA, Ricardo Rivero, *“Introducción al Derecho Administrativo Económico”*, op. cit., pág. 23. como bien expresa Gimeno Feliu: *“... la Administración tiene a su disposición un amplio abanico de modalidades interventoras tanto directas, que van desde la simple reglamentación de la actividad por razones de seguridad o salubridad, a la asunción por el Estado de la titularidad – con o sin su gestión posterior – de determinadas actividades económicas consideradas esenciales para la comunidad, como indirectas, a través de la regulación del proceso económico”*.

<sup>278</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, *“Introducción al Derecho Administrativo Económico”*, op. cit., pág. 96.

<sup>279</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein, *“As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado”*. In *“Direito Administrativo e seus novos paradigmas”*. Coordinadores: Alexandro Santos Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, pág. 474; GROTI, Dinorá Adelaide Musetti, *“Redefinição do Papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade”*. Revista Interesse Público, ano 8, nº 40, págs. 37/69, Porto Alegre, Notadez, nov./dez. 2006.

administración se há convertido en el poder regulador por excelencia en nuestro Estado<sup>280</sup>.

De esa forma, el Estado Regulador se ha caracterizado por el compartimiento entre Estado y sociedad de la responsabilidad de promover el bienestar del ciudadano. Es cuando el Estado disciplina jurídicamente los límites de la autonomía privada<sup>281</sup>.

Ese disciplinamiento jurídico de los límites de la autonomía privada es efectuado de acuerdo con las competencias económicas fijadas para cada ámbito de la Administración Pública. En el actual Estado Social y Democrático de Derecho existen múltiples Administraciones Públicas, constituyendo un complejo sistema de autonomías, que resulta en una tela escalonada de competencias. Como bien aclara Ricardo Rivero Ortega, en cuanto a la estructura adoptada por la Constitución española, la apuesta constitucional es por un modelo de Estado descentralizado y garantizador del protagonismo de las autoridades locales y autonómicas en la adopción de la mayoría de las decisiones que afectan a los ciudadanos en las distintas partes del territorio español, consonante expresa el art. 137 de la CE<sup>282</sup>. De acuerdo con ese modelo, municipios, Provincias y Comunidades Autónomas son titulares de una autonomía con mayores consecuencias políticas en el caso de estas últimas, dado su poder de aprobar leyes que también pueden afectar la vida económica<sup>283</sup>.

Ése es el modelo adoptado en todos los Estados federales, regionales o descentralizados, donde se puede observar una inclinación de concentración de las principales competencias económicas legislativas en los poderes centrales de comando nacional, como ocurre en el caso de Estados Unidos, Alemania, España y Brasil. Es de ser destacado aún la circunstancia derivada de la consolidación de la Unión Europea, que establece una renuncia de poderes económicos por parte del Estados, con el Derecho Europeo

---

<sup>280</sup> PASTOR, Juan Alfonso Santamaría, *“La Administración como Poder Regular”*, in *Estudios para la reforma de la Administración Pública* – Director: Fernando Sáinz Moreno. Reimpresión. Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública, 2005, pág. 375.

<sup>281</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *“O Direito Regulatório”*, op. cit., págs. 24/25. Conforme el autor el Estado debe *“disciplinar jurídicamente los límites de la autonomía privada, haciendo funcionar el desempeño de las actividades económicas relevantes y relacionadas con la satisfacción de necesidades colectivas”*.

<sup>282</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, *“Introducción al Derecho Administrativo Económico”*, op. cit., pág. 79.

<sup>283</sup> LEGUINA VILLA, *“Escritos sobre autonomías territoriales”*. Madrid: Tecnos, 1984; GARCÍA DE ENTERRÍA, *“Estúdios sobre autonomías territoriales”*, Madrid: Civitas, 1985. APUD ORTEGA, Ricardo Rivero, *“Introducción al Derecho Administrativo Económico”*, op. cit., pág. 79/80.

adquiriendo importancia en la ordenación de la economía<sup>284</sup>. Del mismo modo se posiciona González-Vareas Ibáñez, al decir que es preciso “*considerar también las ‘regulaciones’ de Derecho comunitario vigentes con carácter general en los distintos Estados miembros. Estas regulaciones representan una vía importante para la formación de un Derecho administrativo común en Europa y se propician ‘vía legislativa’ a instancia de las instituciones comunitarias*”<sup>285</sup>.

De cualquier forma, en el llamado Estado Regulador, esa intervención regulatoria se caracteriza como un instrumento político fundamental, que se traduce básicamente en la edición de reglas y otras providencias dirigidas en el sentido de influenciar la actuación de las personas, empresas e instituciones<sup>286</sup>, que son editadas en el ámbito de competencia de cada autonomía administrativa integrante del complejo sistema de distribución de competencias económicas.

Logicamente que, en ese aspecto, es de ser resaltado, aún, el impacto que la globalización causa en ese sistema regulador del Estado nacional. Como advierte Sánchez Morón, la dimensión transnacional, incluso universal, que ha alcanzado las relaciones financieras y comerciales, la seguridad pública y la justicia o la protección del medio ambiente, entre otras cuestiones, ha llevado los Estados a asumir en tratados y convenios internacionales compromisos que se traducen en intervenciones del Estado y, por consecuencia, en nuevas normas de derecho administrativo<sup>287</sup>.

De una manera general, los autores indican varias modalidades posibles de actuación estatal en la economía, variando del mismo modo la

---

<sup>284</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, “*Introducción al Derecho Administrativo Económico*”, op. cit., pág. 81. Según o autor, “*ya sea a la hora de fijar su política monetaria (especialmente tras la unificación de la moneda y la puesta en circulación del Euro), sus medidas proteccionistas (sujetas a las prohibiciones de limitar el mercado interior) o sus legislaciones de los distintos sectores de la economía (hemos visto en el tema anterior la importancia que el Derecho europeo ha adquirido en la ordenación de la economía, gracias a la aprobación de Reglamentos y Directivas sobre telecomunicaciones, transportes, contratos públicos, agricultura, etc.)*”.

<sup>285</sup> ÍBAÑEZ, Santiago González-Varas, “*El Derecho Administrativo Europeo*”, Tercera Edición. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005, pág. 58.

<sup>286</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, “*O Direito Regulatório*”, op. cit., pág. 25.

<sup>287</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, 2008, op. cit., pág. 62. Éste es el comentario del autor: “*la globalización de los problemas y los avances en su regulación por el Derecho internacional público, con todas sus actuales limitaciones, origina que una parte creciente de la legislación administrativa interna sea directa consecuencia de tales tratados e convenios o proceda la actividad reguladora de organismos internacionales (el Protocolo de Kioto o los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, por ejemplo). El Derecho administrativo se está internacionalizando en sectores importantes, aunque todavía queda mucho camino por recorrer en esta dirección*”.

nomenclatura utilizada. Sin embargo, es bastante utilizada la expresión *intervención en el dominio económico*, por ser una expresión de significación amplia, abarcando todas las formas de actuación del Estado en la economía<sup>288</sup>.

Al contrario del Estado Liberal del siglo XIX que se peculiarizaba por una concepción omisiva, la propuesta de intervencionismo estatal entrañaba el Estado de bienestar como característica esencial<sup>289</sup>. Mientras, en faz de la crisis fiscal, el Estado de bienestar fue conducido para una visión de reducción de las dimensiones del Estado y de su intervención directa en el ámbito económico, pasando a un nuevo modelo de actuación, que se caracteriza preponderantemente por la utilización de la competencia normativa para disciplinar la actuación de los particulares, hecho que ha sido objeto de harta bibliografía, disponible en varios idiomas<sup>290</sup>.

Esta evolución del intervencionismo está bien demostrada por Ricardo Rivero Ortega, cuando éste relata el desarrollo de la historia del intervencionismo en España, que, aunque la antigüedad de su historia, se verifica que los primeros años del siglo XX se caracterizaron por una intensificación del intervencionismo en la economía<sup>291</sup>, que tuvieron continuidad en la breve experiencia de la Segunda República (1931), pero que fue intensificada más aún en la primera etapa del Franquismo (1939)<sup>292</sup>. Desde 1985 tiene inicio qué MARTÍN MATEO llama de “*la larga marcha hacia la liberación de la economía española*”<sup>293</sup>, y buscando la preparación de las empresas españolas para la entrada del país en la Comunidad Europea, desde 1986 se opera un forzado inicio de la liberación de numerosos sectores de la

---

<sup>288</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto, in “*A intervenção do Estado no domínio econômico*”. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, realiza distinção em dois aspectos: “*direito regulamentar econômico e direito institucional econômico*”; BAENA DEL ALCAZAR, Mariano, in “*Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*”, pág. 37. APUD SILVA, José Afonso da, “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, op. cit., pág. 807.

<sup>289</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, “*O Direito Regulatório*”, op. cit., pág. 23.

<sup>290</sup> Como referencia apenas, se menciona los siguientes trabajos: Fiorenzo Girotti, “*Welfare State*”. Roma: Carocci, 1998; Maria Rosaria Ferrarese, “*Diritto e Mercato – Il Caso degli Stati*”. Torino: Giappichelli, 1992; Graham Taylor, “*State Regulation and the Politics of Public Service*”. London, 1999; Gaspar Ariño Ortiz, “*La regulación Económica*”. Buenos Aires: Depalma, 1996, “*Princípios de Derecho Público Económico*” Granada: Comares, 1999, e “*Privatizaciones y liberaciones em Espanha*”. Granada: Comares, 2004; Hervé Dumez e Alain Jeunemaître, “*Quels Modèles de Régulation pour les Services Públicos? In L’Idée de Service Public Est-elle Encore Soutenable?*”. Paris: PUF, 1999, pág. 63/80. APUD JUSTEN FILHO, Marçal, “*O Direito Regulatório*”, op. cit., pág. 23.

<sup>291</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, “*Introducción al Derecho Administrativo Económico*”, op. cit., pág. 37.

<sup>292</sup> Idem, pág. 38.

<sup>293</sup> MARTÍN MATEO, *La larga marcha hacia la liberación de la economía española*, en el libro *Homenaje al Profesor VILLAR PALASÍ*, Madrid: Civitas, 1989, págs. 711 e seguintes. APUD ORTEGA, Ricardo Rivero, “*Introducción al Derecho Administrativo Económico*”, op. cit., pág. 39.

economía<sup>294</sup>. En 1996 se aceleran las medidas liberalizadoras, con realización de una nueva ola de privatizaciones, sin embargo, desde marzo de 2004, es iniciada una nueva etapa que se caracteriza por la continuidad de muchos aspectos de las políticas económicas anteriores, destacándose decisiones sobre marcos regulatorios, principalmente para el sector audiovisual, con posterior aprobación de un proyecto de ley de regulación general para ese sector<sup>295</sup>.

Por tanto, las formas de intervención en el dominio económico, de acuerdo con el momento histórico de la sociedad, ocurren ora de manera más blanda (Estado liberal), ora de manera más intensa (Estado de bienestar social), pero, sobretodo, si estableciendo de forma más equilibrada en el Estado Regulador, momento en el que el Estado aparece como agente normativo y regulador de la actividad económica, comprendiendo las funciones de fiscalización, incentivo y planificación, caracterizándose como el Estado regulador, el Estado promotor y el Estado planificador de la actividad económica<sup>296</sup>.

Cual si ve, en el actual momento de la sociedad en un mundo globalizado, se modifican las inclinaciones del intervencionismo, en la medida que pasa ocurrir lo que Ricardo Rivero Ortega llama de “*la desintervención a las exigências de controle de la Economía en un mundo globalizado*”, consistiendo en un cambio de posición del Estado en sus relaciones con el sistema económico – de Estado gestor pasa a Estado regulador –<sup>297</sup>.

Cuando Stiglitz se posiciona en lo que él llama de *Rumbo a un nuevo idealismo democrático*, dice que no debe haber exacerbación en un papel dominante para el gobierno en la economía, ni en un papel minimalista, pero que esta visión implica en un papel equilibrado para el gobierno<sup>298</sup>.

---

<sup>294</sup> VELARDE, “*Hacia otra economía española*”. Madrid: Espasa, 1996. APUD ORTEGA, Ricardo Rivero, “*Introducción al Derecho Administrativo Económico*”, op. cit., pág. 40.

<sup>295</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, “*Introducción al Derecho Administrativo Económico*”, op. cit., pág. 40.

<sup>296</sup> MUSOLF, Lloyd D. “*O Estado e a economia*”, tradução de Luiz Aparecido Caruso. São Paulo: Atlas, 1968. APUD SILVA, José Afonso da, “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, op. cit., pág. 807.

<sup>297</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, “*Introducción al Derecho Administrativo Económico*”, op. cit., pág. 41.

<sup>298</sup> STIGLITZ, Joseph E., *Os exuberantes anos 90 – Uma nova interpretação da década mais próspera da história*, op. cit., pág. 292. Así el autor si manifiesta “*implica un papel equilibrado para el gobierno, una tentativa de alcanzar justicia social en ‘todos los niveles’ – tanto global como local –, al mismo tiempo en el que promueve un sentido de responsabilidad individual y nacional, vislumbra el fortalecimiento de las oportunidades individuales, al mismo tiempo que realza a acción colectiva democrática. Es una visión y una agenda que llevan en consideración los vínculos entre los procesos económicos y políticos, y entre éstos y el tipo de sociedad – y los tipos de individuos – que creamos*”.



Éste es el indicativo de la realidad en el mundo actual, la intervención en el dominio económico debe ser establecida de acuerdo con un punto de equilibrio, en el sentido de respetar la libertad individual, pero con un mercado reglamentado con vista al servicio de los intereses sociales<sup>299</sup>.

Amartya Sen, en los años 2000, ya se posicionaba en el sentido de la teoría económica tener como base de análisis los presupuestos básicos de la libertad y de los derechos fundamentales del ciudadano<sup>300</sup>, qué, ahora en examen de la crisis financiera global de 2008, reitera y refuerza su posicionamiento diciendo que los mercados de capitales necesitan de contención y corrección por otras instituciones, como, por ejemplo, un bien elaborado reglamento financiero y una estatal asistencia a los pobres, para evitar inestabilidad, desigualdad e injusticia, cual sea, con obtención de un nuevo abordaje para la organización de la actividad económica, que incluye una pragmática elección de una variedad de servicios públicos y de buenos reglamentos<sup>301</sup>.

En conclusión, como reverbera Ricardo Rivero Ortega recordando afirmación de Heilbroner, en análisis del capitalismo del siglo XXI, “... se habrán de refrenar, enderezar o reorientar las tendencias indeseadas del ámbito económico por el único medio capaz de imponer resistencia a la fuerza de la esfera de lo económico, es decir, por medio del gobierno”<sup>302</sup>, pues son múltiples los mecanismos que el gobierno tiene en manos, como impuestos y subvenciones, seguridad social, política monetaria y todo el tipo de intervención para regular el dominio económico<sup>303</sup>.

---

<sup>299</sup> PRATS CATALÁ, Joan, “Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo”, in *Estudios para la reforma de la Administración Pública*. op.cit. pág. 72; C.R. Sunstein, “Free Markets and Social Justice”, New York: Oxford University Press, 1997, pág. 7; Amartya Sen, “Capitalism Beyond the Crisis”, [www.nybooks.com/articles/22490](http://www.nybooks.com/articles/22490) - Volume 56, Number 5 – March 26, 2009. En ese sentido, refiere el autor: “hay que acabar de una vez con la falsa cuestión de si tendríamos que tener más o menos gobierno o más o menos mercados libres. Esas dicotomías son demasiado crudas. Los mercados dependen de los gobiernos. Algunas veces, los gobiernos pueden mejorar los mercados existentes mediante la creación de buenos incentivos para compartimientos socialmente deseables. Algunas veces, los mercados deben ser complementados por servicios gubernamentales como los de educación, formación y salud. No hay inconsistencia entre urgir una mayor confianza en los mecanismos del mercado en determinadas áreas y en insistir a la vez en mayor rol para el sector público en otras. Los problemas no se enfrentan adecuadamente preguntándonos si debería existir más o menos regulación. La cuestión real es qué clase de regulaciones (incuyendo las que hacen posibles los mercados) promueven el bienestar humano en diferentes contextos y cómo conquistar la capacidad para producir y administrar efiscamente tales regulaciones”.

<sup>300</sup> SEN, Amartya, “Democracia y Desarrollo”, 2000. APUD ORTEGA, Ricardo Rivero, “Introducción al Derecho Administrativo Económico”, op. cit., pág. 49.

<sup>301</sup> SEN, Amartya, “Capitalism Beyond the Crisis”, [www.nybooks.com/articles/22490](http://www.nybooks.com/articles/22490) - Volume 56, Number 5 – March 26, 2009, pág. 7.

<sup>302</sup> HEILBRONER, “El capitalismo del siglo XXI”. Barcelona: Península, 1996. APUD ORTEGA, Ricardo Rivero, “Introducción al Derecho Administrativo Económico”, op. cit., pág. 54.

<sup>303</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, “Introducción al Derecho Administrativo Económico”, op. cit., pág. 54.

Por tanto, después la crisis de 2008, los Estados se convierten en una democracia vigilante<sup>304</sup>, con un sistema de capitalismo regulado y supervisado. Los indicadores son de que nada más se queda al autocontrol del mercado, toda la actividad económica deberá someterse a la regulación del Estado, demostrando la existencia de una nueva forma de control y de prestación de cuentas.

### Capítulo III – Administración Pública y Derecho Administrativo

Verificados los aspectos relativos a la creación y a la evolución del Estado en el mundo, con la constatación de que, en el siglo XXI, invariablemente, habrá el mantenimiento de esa forma de organización política de la sociedad – el Estado – pero de forma remodelada y rediseñada, con solidificación del sistema democrático de gobierno, teniendo en cuenta una concepción pluralista, transparente y participativa, con objetivos de mantenimiento de la libertad con igualdad, buscando la materialización de los derechos individuales para el establecimiento de una real justicia social.

Siendo así, ahora pasaremos a examinar de qué forma el Estado va a actuar para efectuar, concretamente, sus objetivos. Como la acción estatal se materializa por medio de su estructura administrativa, con las reglas de Derecho Administrativo, el primer paso es buscar establecer el correcto entendimiento sobre Administración Pública y Derecho Administrativo, verificando su grado de evolución y sus perspectivas para el siglo XXI, teniendo en cuenta el tipo de Estado que se proyecta para el mismo siglo.

Como primer punto de abordaje, necesario es fijarse el concepto de Administración Pública y de Derecho Administrativo, llevándose en consideración que Administración Pública es relativa a la función administrativa del Estado, mientras Derecho Administrativo es el derecho que regula la Administración Pública<sup>305</sup>.

---

<sup>304</sup> CARZOLA PRIETO, Luis María, *“Crisis Económica y Transformación del Estado”*, primera edición. Navarra/España: Aranzadi, 2009, pág. 171/174.

<sup>305</sup> MORENO, Pedro T. Nevado-Batalla Moreno, *“Notas sobre Derecho Administrativo I”*. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2003, pág. 23. En ese aspecto, como bien observa el autor, *“desde la perspectiva objetiva, el Derecho Administrativo es la rama del ordenamiento que contempla el desarrollo de la función administrativa”*.

Sin embargo, delante de las muchas variaciones conceptuales existentes en la doctrina de Derecho Público, se vuelve difícil encontrar o establecer un concepto universal de Administración Pública y de Derecho Administrativo, faz los diversos criterios que son adoptados para la definición de estos institutos. De esa forma, visualizando Administración Pública y Derecho Administrativo, desde los entendimientos puestos en Brasil y en España, buscaremos un camino para un entendimiento de carácter universal.

En el sentido conceptual brasileño, según Hely Lopes Meirelles, Administración Pública, en el sentido global, es todo el mecanismo del Estado preordenado a la realización de servicios, visando a la satisfacción de las necesidades colectivas<sup>306</sup>. Así, Administración Pública sería la designación genérica dada a las personas u organismos públicos que poseen la actividad de administrar en nombre del Estado. Sería el instrumento de acción del gobierno para concretar los objetivos del Estado<sup>307</sup>.

En España hay una concepción constitucional de Administración Pública, con el art. 103-1 de la Constitución de 1978 estableciendo que *“la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*. Por tanto, significa decir que Administración Pública es una organización destinada a tratar de los intereses generales, por esto, no teniendo intereses propios.

Procediendo a una evaluación sobre esa valoración constitucional de la Administración, Fernando Sáinz Moreno refiere que hay el reconocimiento expreso del papel fundamental que corresponde a los poderes públicos para promover las condiciones en las que la libertad y la igualdad del individuo, y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas (art. 9.2 CE). Ello exige una Administración activa, creadora, no mero árbitro de las relaciones personales<sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *“Direito Administrativo Brasileiro”*, 26ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1990, pág. 59.

<sup>307</sup> ALESSI, Renato, *“Diritto Amministrativo”*, Milão, 1949, menciona que *“la Administración Pública es el conjunto de órganos a servicio del Estado, y, objetivamente, es la expresión del Estado 'in concreto' para satisfacción de sus fines de conservación, de bienestar individual de los ciudadanos y de progreso social”*. APUD Hely Lopes Meirelles, op. cit. pág. 75.

<sup>308</sup> MORENO, Fernando Sáinz, *“El valor de la Administración Pública en la Sociedad Actual”*, in *Estudios para la reforma de la Administración Pública – reimpresión* – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, pág. 112.

Dentro de ese contexto constitucional, Miguel Sánchez Morón acentúa con precisión que el servicio de satisfacción a los intereses generales define la esencia de la Administración Pública y determina totalmente su estructura y su actividad<sup>309</sup>.

La Administración Pública, mientras parte de los poderes constituidos, tiene indiscutible relevancia política y jurídica, cuya forma de organización ha sido fundamental para el desarrollo de la vida de las personas en la sociedad actual<sup>310</sup>, caracterizándose como toda el actuación del Estado, pero distinta de la de legislar o de juzgar<sup>311</sup>.

Así, de un modo general, se puede entender Administración Pública como una organización estatal estructurada para ejercer una diversidad de actividades administrativas para el servicio objetivo de los intereses generales, teniendo en cuenta el bienestar de los ciudadanos y el progreso social.

Por su vez, Derecho Administrativo es expresión que computa, por lo menos, dos concepciones de entendimiento: indicar un conjunto de reglas jurídicas o una disciplina científica autónoma<sup>312</sup>. De otra parte, los estudiosos del Derecho Administrativo han buscado establecer un concepto de carácter universal que, por sus dificultades, ha hecho surgir una variedad enorme de definiciones, bajo los más diversos criterios (entre esos criterios, pueden ser referidos los siguientes: el unitario: el legalista, el del Poder Ejecutivo, el de la relación jurídica, el del servicio público, el teleológico y el negativista; conjugados: el legalista-relación jurídica y el legalista-servicio público)<sup>313</sup>. Todavía, no se pretende aquí adentrar en esa discusión especulativa, hasta porque sería extensa y sin resultado práctico.

---

<sup>309</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo – Parte General”*, cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2008, pág. 72/73. Éste es el comentario del autor: *“El servicio a los intereses generales define la esencia de la Administración pública y determina totalmente su estructura y su actividad. Como organización la Administración debe articularse de la forma más adecuada para alcanzar su fin. Desde un punto de vista funcional no puede perseguir legítimamente intereses particulares o privados, sino sólo los de carácter general. Con la peculiaridad de que esa función de servicio há de realizarse ‘con objetividad’, es decir, sin acepción de personas ni interferencias partidistas, sin favoritismos ni discriminaciones”*.

<sup>310</sup> ALFONSO, Luciano Parejo, *“Lecciones de Derecho Administrativo”*, Segunda edición revisada e actualizada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pág. 15.

<sup>311</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *“Curso de Derecho Administrativo”*, vol. I, decimocuarta edición, Navarra: Aranzadi, 2008, pág. 31.

<sup>312</sup> GASPARINI, Diogenes, *“Direito Administrativo”*, 10ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 2.

<sup>313</sup> GASPARINI, Diogenes, *“Direito Administrativo”*, op.cit., pág. 3.

Por esto, retomando la opción de estudio adoptada, con busca de un entendimiento de carácter universal, o en lo más aproximado posible, en el ámbito del Derecho Administrativo brasileño, valemonos una vez más de las lecciones de Hely Lopes Meirelles, que presenta el siguiente concepto de Derecho Administrativo: *“es el conjunto armónico de principios jurídicos que rigen los órganos, los agentes y las actividades públicas tendentes a realizar concreta, directa e inmediatamente los fines deseados por el Estado”*<sup>314</sup>.

En el Derecho Administrativo español, inicialmente cabe referirse la posición adoptada por Miguel Sánchez Morón, que define Derecho Administrativo como el Derecho propio y peculiar de las Administraciones públicas, en la medida que el Derecho Administrativo envuelve un conjunto o sistema de normas jurídicas, en grande número, que tienen por referencia común la Administración Pública<sup>315</sup>.

En ese sentido de visión amplia del Derecho Administrativo, sin fijación definitiva por un de los posicionamientos entre los diversos criterios apuntados por la doctrina de derecho público, de un modo general, se puede entender el Derecho Administrativo como una parte del Derecho Público, siendo una estructura de normas jurídicas que visa regular las Administraciones Públicas en las relaciones jurídicas entre sí y con otros sujetos<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *“Direito Administrativo Brasileiro”*, op. cit. pág. 34.

<sup>315</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo – Parte General”*, op. cit. pág. 37. El autor realiza el siguiente comentario: *“En efecto el Derecho administrativo comprende un conjunto o sistema de normas jurídicas, muy numerosas por cierto, que tienen por referencia común a la Administración pública. Esas normas regulan la organización administrativa, la actividad de la Administración, sus relaciones con otros sujetos de derecho, privados y públicos, y los controles jurídicos a que aquélla está sometida”*.

<sup>316</sup> GASPARINI, Diogenes, *“Direito Administrativo”*, op. cit., pág. 5, presenta el concepto: *“se ve que el Derecho Administrativo es una sistematización de normas doctrinarias de Derecho (conjunto armónico de principios jurídicos), no de acción social. De allí su carácter científico. Sus normas se destinan a ordenar la estructura y el personal (órganos y agentes) y los actos y actividades de la Administración Pública, practicados o desempeñados mientras poder público”*; ZANOBINI apud Pedro T. Nevado-Batalla Moreno, *“Notas sobre Derecho Administrativo I”*. op. cit. 32. En aquélla misma trilla de entendimiento, está la definición de Zanobini: *“El Derecho Administrativo es aquella parte del Derecho público que tiene por objeto la regulación, los medios y las formas de la actividad de las Administraciones Públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquellas y otros sujetos”*; ALFONSO, Luciano Parejo, *“Lecciones de Derecho Administrativo”*, op. cit. pág. 16, por su vez, aumenta la generalización del concepto, refiriendo Derecho Administrativo como *“rama del Derecho positivo y como ciencia, tiene como objeto la Administración Pública”*; Ya GARRIDO FALLA, Fernando, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, vol. I – Parte General, Decimocuarta Edición con la colaboración de Alberto Palomar Olmeida y Hermínio Losada Gonzáles. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, pág. 128, menciona que Derecho Administrativo es *“aquella parte del Derecho público que regula la organización y el funcionamiento del Poder ejecutivo e sus relaciones con los administrados, así como la función administrativa de los diversos Poderes y Órganos constitucionales del Estado”*; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDES, Tomás-Ramón, *“Curso de Derecho Administrativo” I*, op. cit., pág. 44, define el Derecho administrativo como un de los más importante Ramos

Por esto, el Derecho Administrativo es un derecho propio y específico de las Administraciones Públicas mientras sujetos. Tiene carácter estatutario y constituye para sus singulares sujetos un verdadero Derecho común, capaz de auto-integrar sus propias lagunas sin necesidad de auxiliarse de otros ordenamientos<sup>317</sup>.

Clareados los principales aspectos definidores de Administración Pública y de Derecho Administrativo, en el sentido de lograrse una comprensión objetiva de estos institutos que hacen viable a acción gubernamental para la concretización de los objetivos del Estado, pasaremos al estudio de los diversos tipos de Administración Pública, con análisis de los antecedentes históricos, de su evolución en el transcurrir de los tiempos y la forma de Administración Pública que se proyecta para el siglo XXI.

## **I – Antecedentes históricos y evolutivos de la Administración Pública**

Considerándose la Administración Pública como un instrumento de acción del gobierno para concretar los objetivos del Estado, esta forma organizacional irá a estructurarse de acuerdo con el tipo de Estado, obedeciendo a reglas de Derecho Administrativo estipuladas conforme su momento histórico.

Sin embargo, advierte Sabino Cassese que es difícil distinguir el derecho Administrativo de su objeto – la Administración Pública – y del modo como él es estudiado – Ciencia del Derecho Administrativo – en la medida que la Administración Pública influye el derecho que la sostiene<sup>318</sup>.

---

del Derecho Público, presentando el siguiente concepto: “*Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común*”.

<sup>317</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “*Curso de Derecho Administrativo*” I, op. cit., pág. 64.

<sup>318</sup> CASSESE, Sabino, “*As transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI*”. Revista INTERESE PÚBLICO – ano 5, nº 24, março/abril de 2004 – Porto Alegre: Notadez, pág.13/23. El autor complementa su raciocinio diciendo: “*por otro lado, las normas son conocidas a través de la interpretación, por medio de un raciocinio lógico, y la ciencia – como muchas veces ya fue observado – reutiliza siempre una parcela de las adquisiciones anteriores de esa misma ciencia jurídica, cuyas nociones tradicionales, como las de ente público o de concesión, hacen las veces de selectores y de criterios ordenadores del nuevo material jurídico sobre lo cual operan los juristas*”.

Así, en ese contexto de evaluación, se puede decir que, desde el surgimiento del Estado moderno, en su forma de Estado absolutista, ya era posible constatar un inicio de Administración Pública, en la medida que surgía un conjunto de órganos para ejercer las funciones destinadas a concretar los objetivos del Estado.

Logicamente que, tratándose del Estado absolutista, en ese período pasaba a estar en vigor la llamada Administración patrimonialista, cuando los bienes del Estado y lo propio Estado se confundían con los bienes del soberano – *res public res principis* – significando que toda el organización administrativa debía girar en torno al soberano<sup>319</sup>. Tanto que, en esa época, había la posibilidad de comprar cargos en el servicio público<sup>320</sup>.

Por esto, después, en el período del Estado de Policía, se mantuvo la hegemonía del poder monárquico, aunque hubiese el comienzo de una resistencia de la Justicia, hecho que vino a contribuir para un toma de rumbo en dirección al Estado de Derecho, sin embargo, como advierte João Batista Gomes Moreira, en la estela del manifestado por Otto Mayer, la situación que vigia para los empleados administrativo fuera diferenciada, en la medida que, cuando surgía conflicto, a Corte les protegía, haciendo aflorar el sentimiento de que la Administración también debía someterse la ley<sup>321</sup>.

Efectivamente, el Estado absolutista reducía la efectividad de las garantías jurídicas y, por esto mismo, teniendo en cuenta la existencia de

---

<sup>319</sup> FAORO, Raymundo, *Os Donos do Poder-Formação do Patronato Político Brasileiro*, 10ª edição. São Paulo: Globo, 2000, v. 2, pág. 363. APUD SCHIER, Adriana da Costa Ricardo, *Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais* in *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Coord. Edgar Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pág.21.

<sup>320</sup> GABARDO, Emerson, *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, pág. 31. APUD SCHIER, Adriana da Costa Ricardo, *Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais*, op. cit. pág. 22, teje el siguiente comentario: *“En el modelo inicial de los Estados sus representantes podrían ser bien exprees como un mezcla peculiar de ‘rentier’ y servidor; hombres que compraban cargos en el servicio del Estado ‘como propiedad personal’ o, en su equivalencia, ‘lo heredaban del padre’”*.

<sup>321</sup> MOREIRA, João Batista Gomes, *Direito Administrativo (Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática)*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, pág. 121. *“Las instrucciones que regulaban las actividades de los empleados administrativos no estaban sujetas a registro por los parlamentos. Cuando surgía conflicto en función de su aplicación y la cuestión era llevada a las cortes, el rey intervenía para proteger el empleado o resistía a la ejecución de la decisión. Tales incidentes, en los cuales la opinión pública normalmente tomaba el partido de los parlamentos, contribuyeron para germinar la idea de que la Administración también debía subordinarse a la ley”*.

una nueva visión sobre la actuación de la Administración pública, empieza a implementarse la idea del Estado de Derecho<sup>322</sup>.

De acuerdo con esta línea evolutiva, hubo una reacción contra el Estado absolutista, teniendo como fondo ideológico una nueva concepción política y jurídica inaugurada por la Revolución Francesa. Como advierte Garcia de Enterría, *“la primera de estas ideas, el principio de legalidad, constituye, desde luego, un instrumento directamente lanzado contra la estructura política del Estado absoluto: frente al poder personal y arbitrario, el ideal del gobierno por y en virtud de la leyes”*<sup>323</sup>.

Por tanto, se trata de una nueva relación entre el Estado y el Derecho y, vía de consecuencia, también con la Administración. No hubo un sumisión inmediato del Estado, y de la Administración, al Derecho. Este sumisión vino a ocurrir con la evolución histórica del Estado moderno<sup>324</sup>.

Así, con la Revolución Francesa surge el Estado Liberal y con el liberalismo se supera la idea de que el Estado pertenece al monarca, estableciéndose una Administración distinta y despegada del patrimonio Real. Comienza, entonces, a surgir una Administración Pública personalizada, vinculada y sometida al principio de la legalidad, por esto, solo debiendo actuar nos tenemos de la ley. Al Estado mínimo correspondía Administración mínima, la burocracia guardiana<sup>325</sup>. Nace, así, la Administración burocrática,

---

<sup>322</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo – Parte General”*, op. cit. pág. 45/46. en su evaluación en ese aspecto, el autor comenta: *“En la Monarquía absoluta toda autoridad proviene del Rey y este principio limita la posibilidad de un control efectivo de las decisiones y actuaciones de los servidores reales. Solo en el período de la ilustración y en algunos Estados europeos la situación empieza a cambiar y se extiende un cierto control judicial efectivo de las actuaciones públicas lesivas de los derechos de los particulares, que anticipa las soluciones del Estado de Derecho”*.

<sup>323</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *“Revolución Francesa y Administración Contemporánea”*. 4ª edición. Madrid: Civitas, 1994, reimpresión, 2005, pág. 21/22. El autor aún refiere: *“Pero su simple condición de arbitrio político no bastaría a explicar su formidable eficacia dialéctica, así como su encreíble dinamicidad histórica que se desenvuelve a lo largo de todo el constitucionalismo moderno y que se plasma en la concepción (en cierto modo independiente ya del sentido inicial de ese constitucionalismo) que se llamará más tarde Estado de Derecho”*.

<sup>324</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, *“Tratado de Derecho Administrativo – vol. I – Parte General”*, op. cit., pág. 88. Ésta es manifestación del autor a respeto de la materia: *“El examen de la evolución del Estado moderno (entendiendo por tal la forma de organización política que surge en Europa después del Renacimiento) nos ilustra acerca de tres modos o formas cómo el Estado se ha sometido, efectivamente, total o parcialmente, al Derecho. Estos modos de sumisión son los siguientes: 1º Sumisión parcial al Derecho de ciertos actos estatales (doctrina del Fisco). 2º Sumisión total al derecho común de los actos del Estado, sin especial situación jurídica de este (rule of law). 3º Sumisión total al derecho de los actos del Estado, pero con especial consideración de la situación de prerrogativa de éste (régimen administrativo)”*.

<sup>325</sup> Expresión utilizada por Panebianco, *Burocrazie pubbliche*, in: Pasquino (Org.), *“Manuale de Scienza della política”*, Bolonha: Il Mulino, 1986, p. 405. APUD MEDAUAR, Odete, *“O Direito Administrativo em*



centrada en la característica de que su estructura organizacional es informada por el principio de la jerarquía, factor que pasó a regir la relación entre individuos en el interior de la Administración<sup>326</sup>.

Según expresa Juan-Cruz Alli Aranguren, desde la consagración de la santidad de la ley, por autores ilustrados, que inspiraron la Revolución Francesa, alteró radicalmente la consideración que había sobre el Antiguo Régimen. La Revolución fue saludada universalmente como el advenimiento de la ley, pues, la Bastilla, como símbolo del ilegal, al ser tumbada, fue lo anuncio de la instalación del imperio de la ley<sup>327</sup>.

Aunque la Administración burocrática haya surgido en oposición al centralismo absolutista, pasando a ser una necesidad faz el crecimiento de sus funciones, pues, para cumplir su papel de instrumento de la acción gubernamental, debía aumentar su propio grado de organización<sup>328</sup>, terminó por proceder con un excesivo formalismo, haciendo surjan críticas, en la medida que solo poseía validez el instrumentado por documento. Lo que no es documento pasa a no existir, factor demostrador de una preocupación con el legalismo, dejando el aspecto de resultado o de mérito en según lugar<sup>329</sup>.

De cualquier modo, ese nuevo tipo de Administración que sucede del nuevo tipo de Estado – el Estado Liberal – posibilita la creación de un nuevo sistema que deduce los principios, técnicas y conceptos para construir un sistema de Derecho Administrativo. Un sistema que tenga capacidad de servir con eficacia los intereses colectivos, garantizando los

---

*Evolução*”, 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2033, pág. 124.

<sup>326</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit., pág. 125.

<sup>327</sup> ARANGUREN, Juan-Cruz Alli, “*Los paradigmas de la legalidad y la justicia em el Derecho Administrativo francés*”. Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2008, pág. 287. Dice el autor: “*La Revolución fue universalmente saludada, para citar la frase memorable del historiador MICHELET, como ‘l’advenement de la loi’. DICEY escribió más tarde: ‘la bastilla fue el signo exterior visible del poder de lo ilegal. Su derrumbamiento fue tenido, verdaderamente, en el resto de Europa como el anuncia de ese imperio de la ley que ya existía en Inglaterra’.*”

<sup>328</sup> ARAGÃO, Cecília Vescovi de. “*Burocracia, Eficiência e Modelos de Gestão Pública: Um Ensaio*”. Revista do Serviço Público, ano 48, Brasília, nº 3, set/dez 1997, pág. 127. APUD Adriana da Costa Ricardo Schier, “*Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais*”, op. cit. pág. 25.

<sup>329</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit. pág. 125/126. En ese sentido, la autora comenta que “*resultó la Administración ‘por documentos’: lo que no es documento no existe; la preocupación con la legalidad (en verdad legalismo) deja en según plan el aspecto de resultado o de mérito*”.

derechos de los ciudadanos, con absoluto respeto al principio de la legalidad<sup>330</sup>.

Como resultado, en el plano político, surge una nueva forma de Estado – lo llamado **Estado Constitucional**. Qué, en la visión de Aranguren, este nuevo orden constitucional va a permitir la progresiva materialización de una función de “**Administración general**” y asienta las bases de una organización propiamente administrativa<sup>331</sup>. Los principios fundamentales de organización política que se firman sobre esa base, consecuentes de la Revolución Francesa, son los siguientes: organización sobre la idea de la Constitución, La afirmación de la soberanía nacional y el de separación de poderes o funciones<sup>332</sup>.

Sin embargo, ese nuevo tipo de Administración Pública, conducido de acuerdo con las reglas de un nuevo sistema jurídico, el Derecho Administrativo, surgido con la Revolución Francesa, no fue pronto y pacíficamente adoptado en los demás Estados europeos y del mundo.

En España hubo dos factores de importancia para a demora en la implantación de la Administración de modelo liberal. Según demuestra Morón, primero que, abolida la Constitución de Cádiz en 1814, hubo demora en algunas décadas para ser incorporada la corriente del pensamiento liberal. Según que, mismo despues su adopción desde 1830, no existió un acuerdo

---

<sup>330</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, op. cit. pág. 49, dice: “*Un sistema que, como no puede ser menos, conjuga el reconocimiento de la capacidad de la Administración para servir con eficacia los intereses generales con la garantía de los derechos y de los legítimos intereses individuales y colectivos de los ciudadanos y del respeto a la legalidad objetiva*”.

<sup>331</sup> ARANGUREN, Juan-Cruz Alli, “*Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*”, op. cit. pág. 25.

<sup>332</sup> ARANGUREN, Juan-Cruz Alli, “*Los paradigmas de la legalidad y la justicia em el Derecho Administrativo francés*”, op. cit. pág. 25. En ese aspecto, dice el autor: “1. El **asentamiento** de la **convivencia** política y, por tanto, de su organización **sobre la idea de la Constitución**, esntendida ésta como una norma racional, que define la estructura y el ordenamiento políticos de un Estado a partir de unos determinados presupuestos (el pueblo como única fuente de legitimidad del poder público) y contenido material (la garantía de los derechos inherentes a la condición humana frente a la acción del poder, a cuyo servicio está la división funcional de éste). 2. La **afirmación de la soberanía nacional**, es decir, la traslación de la soberanía (en definitiva, del poder) desde el príncipe (premisa monárquica del absolutismo) a la nación, entendida como distinta de los individuos que la componen y titular de dicha soberanía de forma originaria y ejercida – en virtude de delegación – por los órganos instituidos por la propia nación. 3. De ahí el tercer principio que interesa destacar: el de **separación de poderes o funciones**. La soberanía nacional se decompone en su manifestación o ejercicio en tres funciones corporizadas en tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. Se trata de un principio extraído del modelo político inglés, si bien a través de su específica interpretación en la obra de Montesquieu”.

sobre el modelo a continuación, particularmente en lo que se refiere a las relaciones de la Administración con la Justicia<sup>333</sup>.

En Brasil, conforme bien acentúa Buarque de Holanda, los “colonizadores” que hicieron la independencia se volvieron los “terratenientes” de las tierras “conquistadas”, cuyos hijos se volvieron “licenciados” y fueron los responsables por la creación de la República<sup>334</sup>, así, la formación del Estado brasileño poseía una fuerte inclinación patrimonialista<sup>335</sup>, con las funciones públicas siendo ejercidas por quien detenía poder en el ámbito privado.

Tales características influenciaron la vida del Estado brasileño por un largo período, tardando la aplicación de la Administración burocrática consecuente del Estado Liberal. Solamente con la ascendencia de Getúlio Vargas al poder, ya en el siglo XX, en 1936, mediante la creación del DASP – Departamento Administrativo del Servicio Público, se inició la implantación del modelo de Administración burocrática<sup>336</sup>.

De cualquier forma, se puede decir que, más temprano o más tarde, de una manera general, la Administración burocrática terminó siendo implantada en todos los países. Desde entonces, hubo todo un movimiento para, con vista al establecimiento de nuevos contornos organizacionales y funcionales de la Administración, adecuarla a una actuación correspondiente con los cambios y evoluciones de la sociedad y del Estado.

En ese sentido, en consecuencia del aumento de las funciones del Estado, la Administración pasó a asumir nuevos papeles y, en las mismas proporciones, fue ampliando, adquiriendo dimensiones inmensas y volviéndose indispensable a la colectividad<sup>337</sup>.

---

<sup>333</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo – Parte General”, op. cit. pág. 52, menciona: “Desde esa década, en efecto, se sucedieran las reformas administrativas, inspiradas en modelo francés básicamente, y se intentó poner en pie, no sin dificultades, una Administración centralizada, jerárquica y profesional”.

<sup>334</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de, in “Raízes do Brasil”, 26ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, pág. 176. APUD Adriana da Costa Ricardo Schier, op. cit. pág. 32.

<sup>335</sup> FAORO, Raymundo APUD Adriana da Costa Schier, “Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais”, op. cit. pág. 32.

<sup>336</sup> SCHIER, Adriana da Costa, “Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais”, op. cit. pág. 33.

<sup>337</sup> MEDAUAR, Odete, “O Direito Administrativo em Evolução”, op. cit. pág. 126.

Y, así, efectivamente, transcurrió la evolución de la Administración durante el siglo XX. Como resalta Morón, por un lado, el Estado creaba o extiende la toda población servicios básicos (educación, salud, seguridad, prevención social, protección a los desfavorecidos socialmente y habitación). Por otro lado, la Administración pasa a colocar la disposición de los ciudadanos una red de servicios o prestaciones de servicio de naturaleza económica, pero esenciales para la vida, en razón de las numerosas y complejas actividades de urbanización de la sociedad (energía, transportes, comunicaciones, abastecimiento de agua y saneamiento, etc.). En fin, el Estado también pasa a asumir la condición de empresario y productor de bienes y servicios para colocarlos la disposición del mercado, sea por razones estratégicas (defensa nacional, independencia del exterior o desarrollo regional); sea para suplir carencias del sector privado. Conforme esa complejidad de la sociedad moderna, la Administración asume una función directiva, de empuje y regulación de los procesos económicos, ora incentivando ciertas actividades económicas, ora dejando de incentivar otras, planificando el desarrollo en conjunto con los agentes económicos y las organizaciones sociales<sup>338</sup>.

Por esos aspectos, normalmente es dicho por la doctrina que la expansión y el desarrollo de la Administración se dio en dos sentidos: en la estructura y en los campos de actividad<sup>339</sup>. En la estructura, hubo la creación de órganos centrales, así como de entidades dotadas de personalidad jurídica propia, para actuar en sectores específicos. Las actividades se multiplicaron y pasaron a ser realizadas por los órganos y entidades de la Administración. La burocracia-guardiana es sustituida por la burocracia de prestaciones<sup>340</sup>. Por esto, desde la década de 60 del siglo XX, Administración Pública pasó a ser un complejo organizacional tan extenso como diversificado.

---

<sup>338</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo – Parte General”*, op. cit. pág. 54. el autor complementa su evaluación, diciendo: *“La Administración, en efecto, há pasado a desempeñar a lo largo del siglo XX una pluralidad de tareas de enorme importancia y diversidad y, por ello, há adquirido un volumen extraordinario (por exemplo, en nuestro país da empleo directo a cerca de dos millones y medio de personas). De ahí los cambios que se han ido produciendo en su estructura, en sus poderes e formas de actuación, en sus relaciones con los particulares y con los demás poderes públicos”*.

<sup>339</sup> MEDAUAR, Odete, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit. pág. 127.

<sup>340</sup> WOLFF. *“Fundamentos del derecho de prestaciones. Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Madri, 1969, vol. V, pág. 351/352. APUD Odete Medauar, “O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit. pág. 127. Esta asertiva fue realizada en su evaluación sobre el crecimiento de la actividad administrativa de prestaciones desde la década de 60 del siglo XX, cuando la administración pasó de garantizadora del orden para proveedora de prestaciones.

En su continuado y rápido proceso de evolución, al final de la década de 80 del siglo XX, consonante construcciones doctrinarias y una nueva realidad del Estado, fueron detectadas varias inclinaciones de la Administración Pública: a) mayor proximidad con la población en general; b) predominio de la publicidad sobre el secreto; c) privatización de entidades y de la relación de empleo; d) mayor uso del derecho privado; e) reducción de las actuaciones con poder de imperio; f) aumento de los módulos convencionales o de formas contractuales en la solución de problemas; g) más acentuada preocupación con el resultado; h) desreglamentación; i) actuación policéntrica<sup>341</sup>.

Según Claus Offe, el exceso de expectativas postas en el Estado, con una hipertrofia de los derechos sociales y democráticos asegurados por el Estado Social, juntamente con la imposibilidad del Poder Público en atender tales demandas, hubo determinación para el surgimiento de lo que él denominó de crisis fiscal, crisis de legitimidad y crisis de gobernabilidad<sup>342</sup>, factores que pasaron a exigir el establecimiento de nuevas padrones de Administración Pública.

Así, desde la década de 90 del siglo XX, se inició un amplio movimiento de reforma administrativa, con varias denominaciones: Reforma del Estado; Modernización del Estado; Modernización de la Administración; y Renovación de la Administración.

Como ya analizamos en este estudio, en el período del Estado absolutista, había la Administración patrimonialista. Con el advenimiento del Estado Liberal, se instituyó la Administración burocrática que, en el transcurrir del tiempo, adquirió nuevos formatos de actuación, pese a las necesidades de la evolución de la sociedad y del Estado.

Ahora, en el Estado postmoderno, al final del siglo XX, con realce de la filosofía neoliberal, se produjeron reformas económicas, en el sentido de la liberación de mercados, desregulación y privatización, con reflejos en la Administración Pública y en el derecho administrativo<sup>343</sup> que,

---

<sup>341</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit. pág. 131.

<sup>342</sup> OFFE, Claus, “*Problemas Estruturais do Estado Capitalista*”. Trad. Bárbara Feitag. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1984, pág. 82, APUD Adriana da Costa Ricardo Schier, “*Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais*”, op. cit. pág. 42.

<sup>343</sup> OFFE, Claus, “*Problemas Estruturais do Estado Capitalista*”. Trad. Bárbara Feitag. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1984, pág. 82, APUD Adriana da Costa Ricardo Schier, “*Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais*”, op. cit. pág. 42.

sumadas a otros factores como: crisis financiera del Estado; insatisfacción de la sociedad con la actuación de la Administración Pública; y busca de eficiencia del Poder público<sup>344</sup>, dieron un especial incentivo a la realización de la reforma administrativa, teniendo en cuenta el desarrollo de la llamada Administración gerencial.

No es por acaso que Morón, identificando este nuevo nivel de evolución, manifestó: *“el incremento incesante de las actividades de la Administración y del gasto público, desde mediados del siglo XX, llevó a los Estados desarrollados, en torno de los años setenta de ese siglo, a una profunda crisis fiscal. Por reacción contra esa situación, las ideologías neoliberales dominantes en el período de fin de siglo proclamaron la supremacía de la sociedad civil y del mercado y la consiguiente necesidad de reducir el papel del Estado. Esta orientación de la economía y de la política há dado lugar en todos los países a un proceso de privatización o devolución a la sociedad de actividades y servicios que había asumido regularmente la Administración”*<sup>345</sup>.

Por medio de ese nuevo tipo de Administración, rediseñada en la forma gerencial, hubo la busca por la Administración Pública que sea, al mismo tiempo, transparente y eficaz; participada e imparcial; legal y eficiente; las elecciones deben ser razonables, equitativas, basadas en el acuerdo de los destinatarios y destinadas al excelente rendimiento.

Por señal, en lo que respeta a los procesos transformadores del Derecho Administrativo, Cassece menciona que entre las características de transformación del Derecho Administrativo, dos son importantes: la primera es su velocidad; la segunda su continuidad. Y Complementando su raciocinio dice que, en el pasado, los cambios consumían siglos, mientras que en la actualidad las mudanzas son muy ágiles, por esto el Derecho Civil tuvo largos períodos de estabilidad y, en sentido contrario, el Derecho Administrativo se caracterizó por rápidos cambios<sup>346</sup>.

Correlativo a ese factor, la situación jurídica del ciudadano ante la Administración se volvió mucho más compleja, más que defender derechos individuales frente a ingerencias indebidas por parte de la Administración,

---

<sup>344</sup> MEDAUAR, Odete, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit. pág. 132.

<sup>345</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo – Parte General”*, op. cit. pág. 59.

<sup>346</sup> CASSECE, Sabino, *“As transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI”*, op. cit., pág. 22.

surgió también un conjunto de situaciones activas, que consisten en el derecho de recibir prestaciones de servicio público, con el derecho de oponerse a la inactividad de la Administración<sup>347</sup>.

En esa línea de reforma administrativa por acciones continuadas, se pautó en desarrollo un nuevo ciclo de avances, que es considerado una nueva generación de cambios, cuyas directrices son expuestas por Pagaza, como bien fija Medauar: a) consolidar a desregulación y la descentralización; b) perfeccionar la implantación de las técnicas de información y de comunicación, visando a alcanzar un gobierno electrónico o democracia electrónica; c) perfeccionar la capacidad de respuesta de las instituciones estatales; d) impulsar la capacidad de prestación eficiente de servicios públicos de calidad; e) perfeccionar los sistemas de responsabilidad administrativa; f) implantar y hacer respetar los códigos de ética en todo el Administración; g) estimular la preparación y divulgación de la carta del ciudadano (origen inglés) y carta de los servicios públicos<sup>348</sup>.

De acuerdo con ese contexto reformador, en el aspecto estructural, aunque las privatizaciones hayan efectuado muchas transferencias de actividades públicas al sector privado, se constata la creación de entidades reguladores, demostrando que la disminución de tamaño de la órbita pública no fue de la grandiosidad significativa como la pregonada. Comoquiera, faz una mayor integración entre Estado y sociedad, surgieron en factor multiplicador consejos deliberativos y consultivos, con aumento de representantes de la sociedad civil, relacionados con la actividad del órgano,

---

<sup>347</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo – Parte General”, op. cit., pág. 57 e 58, ese aspecto, asevera: *“la Administración no sólo debe respetar los derechos subjetivos e individuales de los ciudadanos reconocidos por las leyes, sino tener en cuenta también sus intereses ‘legítimos’ ya sean ‘individuales’ o ‘coletivos’. Especial importancia tienen a este respecto los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en los textos constitucionales. No solo porque el lista de los mismos se há venido ampliando durante el siglo XX, para incluir los derechos económicos, sociales y ambientales junto a los tradicionales derechos políticos y civiles, sino también porque la ‘vis expansiva’ de los mismos transforma en parte la función de la Administración, que ya no sólo respetar el ejercicio individual de tales derechos, sino desarrollar también funciones activas de garantía y protección frente a las vulneraciones y amenazas que provienen de la actuación de terceros”*.

<sup>348</sup> MEDAUAR, Odete, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit., pág. 134. La autora menciona que, en Inglaterra, “después las reformas de la Era Thatcher (casi todo el década de 80 del siglo XX, fue elaborado documento denominado *Improving management in government: the Next Steps* (elaborado en 1988, cuyas medidas empezaron a ser aplicadas desde 1990), conocido por esta última expresión, que traduce el sentido de continuidad de la reforma administrativa”.

propiciando una mayor participación de la sociedad civil en los destinos de la Administración, con promoción de su descentralización<sup>349</sup>.

Por otro lado, en consecuencia de nuevas necesidades de los ciudadanos, las actividades administrativas no se redujeron, mucho por el contrario, aumentaron en volumen y relevancia. se ampliaron las actividades de regulación, alcanzando sectores privados que hasta entonces tenían poca fiscalización. Fueron criados órganos específicos para defensa de los derechos de los ciudadanos – órgano de defensa del consumidor y del medio ambiente – mientras en Brasil fueron criados órganos de combate a él hambre y a la discriminación, así como de protección a la mujer<sup>350</sup>.

Así, el modelo gerencial como alternativa del modelo burocrático de Administración, que muchos entienden cómo teoría sistémica, puesto que el enfoque hasta aquí referido no es nada más nada menos que la conexión e integración de medios en busca de la eficiencia de la Administración Pública, donde hay una continuada busca por la calidad, descentralización de los servicios y participación de los ciudadanos en la actividad de control<sup>351</sup>.

Por tanto, aunque ese proceso evolutivo de la Administración demuestre una dirección al ámbito privado, que muchos afirman haber una fuga para el Derecho privado, en la realidad hubo un enriquecimiento de la Administración y del Derecho Administrativo, en la medida que el jurista de la Administración se concienció de la diversificación de las actuales funciones del Estado que, en grande parte, son realizadas por la Administración Pública y pasó a elaborar fórmulas para a efectuación de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos<sup>352</sup>.

---

<sup>349</sup> MEDAUAR, Odete, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit., pág. 135. En ese caso la autora destaca que *“Menos en Brasil y más en los países europeos, se acentuó la descentralización, transfiriéndose competencias de órganos centrales para órganos locales o para entidades de la Administración indirecta”*.

<sup>350</sup> MEDAUAR, Odete, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit. pág. 137.

<sup>351</sup> MOREIRA, João Batista Gomes, *“Direito Administrativo (Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática)”*, op. cit., pág. 154/155.

<sup>352</sup> MEDAUAR, Odete, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, edição de 1992. APUD MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *“Mutações do Direito Público”*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 241. La autora teje el siguiente comentario: *“El adocrinador contemporáneo tiene conciencia de la diversificación y capilaridad de las funciones del Estado actual, realizadas, en grande parte, por la actuación de la Administración pública. Por consiguiente, el derecho administrativo, además de la finalidad de límite al poder y garantía de los derechos individuales ante el poder, debe preocuparse en elaborar fórmulas para a efectuación de los derechos sociales y económicos, de derechos colectivos y difusos, que exigen prestaciones positivas”*



De esa forma, por la evolución que la Administración Pública tuvo desde el Estado liberal, perfectamente interligada con el tipo de Estado del momento histórico, se verifica que la Administración es órgano de ejecución de políticas públicas decididas por órganos de representación política, puesto que es un instrumento del gobierno para realización de los objetivos del Estado.

Como en este inicio de siglo XXI, la Administración deberá adecuarse para la realización de los objetivos del Estado Social y Democrático de Derecho, en una concepción pluralista, transparente y participativa, que lleve en cuenta el servicio de los derechos fundamentales del ciudadano y considere los aspectos estructurales de descentralización y de busca de la eficiencia administrativa, pasaremos el análisis de los factores puntuales que pueden llevar a una reforma administrativa que produzca los resultados pretendidos en favor del ciudadano.

## **II – Administración Pública y Estado Social y Democrático de Derecho**

Conforme ya verificamos en el estudio evolutivo del Estado, los hombres viven necesariamente en sociedad y aspiran realizar el bien general, esto es, el bien público, hecho que les lleva a constituyan las instituciones formadoras de la sociedad y ésta a si organizar en Estado. Por tanto, para alcanzar sus fines, las comunidades humanas se organizan políticamente, en el sentido de conjugar esfuerzos para lo alcance dieses fines. Este tipo de organización se llama Estado<sup>353</sup>. En razón dieses aspectos genéricos, bajo el punto de vista jurídico-político, se puede alcanzar la siguiente identificación: Estado es la organización político-jurídica de una sociedad para realizar el bien público, con gobierno propio y territorio determinado<sup>354</sup>.

En su curso evolutivo, el Estado adquirió diversa formas constitutivas, hasta que, en su período postmoderno, el Estado actual, se configuró en el Estado Democrático de Derecho, o como en la visión

---

<sup>353</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, “*Tratado de Derecho Administrativo – vol. I – Parte General*”, op. cit., pág. 35. En ese aspecto, el autor define: “*El tipo de organización política que hoy conocemos como regla en pueblos civilizados se denomina Estado*”.

<sup>354</sup> AZAMBUJA, Darcy, “*Teoria Geral do Estado*”, APUD MILESKI, Helio Saul, “*O Controle da Gestão Pública*”. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, pág. 26.

española, el Estado Social y Democrático de derecho, en su concepción plural, transparente y participativa.

Éste Estado de Derecho, en su actual conformación social y democrática, tiene su esencia en valores como el de la igualdad, libertad, dignidad de la persona, derechos fundamentales y justicia social, que lo llevan a asentarse, según Gomes Canotilho, en los siguientes principios: a) principio de la constitucionalidad; b) principio democrático – plural, transparente y participativo; c) principio de la división de los poderes; d) principio de la legalidad; e) principio de la igualdad; f) principio de los derechos fundamentales – individuales, colectivos, sociales y culturales; g) principio de la justicia social; h) principio de la seguridad jurídica<sup>355</sup>.

Sin embargo, para concretización de sus objetivos, el Estado, como estructura social, no posee lo que se llama de voluntad real y propia, en la medida que él si manifiesta por medio de sus órganos, quiénes expresan solamente voluntad exclusivamente humana, manifestada por los agentes públicos que allí actúan. Así, para consecución de sus finalidades, el Estado depende y necesita sus órganos.

Por su vez, se debe tener la comprensión de que los órganos del Estado son organismos supremos, en la medida que se constituyen constitucionalmente o son dependientes, porque se organizan administrativamente. A los órganos del Estado cabe el ejercicio del poder político, cuya estructura organizacional se denomina **Gobierno** o **órganos gubernamentales**. Los dependientes, por estén en nivel jerárquico inferior, forman la llamada **Administración Pública**, a cual posee naturaleza administrativa<sup>356</sup>.

En ese contexto, se puede decir que la **Administración Pública** representa el medio – humano, material y financiero – de ejecución de las decisiones políticas de gobierno, faz los fundamentos estructurales del Estado Democrático de Derecho. Sin embargo, cabe recordar la advertencia

---

<sup>355</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, “*Direito Constitucional*”, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 1991, págs. 373 e ss.

<sup>356</sup> SILVA, José Afonso da, “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 107. Complementando su comentario sobre la diferencia entre Gobierno y Administración Pública, el autor dice: “Mientras los primeros constituyen objeto del Derecho del Derecho Constitucional, los segundos son regidos por las normas del derecho administrativos. Y ahí se halla el cerne de la diferenciación entre los dos Ramos del Derecho”.

realizada por Garrido Falla, de que cuando se habla de la Administración como **instrumento**, se está negando entonces su concepción institucional<sup>357</sup>.

Por tanto, si el Estado Democrático de Derecho, que posee conformación social y democrática, con opción por una sociedad pluralista que, aunque sus aspectos conflictivos, respeta la persona humana y su libertad, teniendo en cuenta una concepción democrática semidirecta, buscando la participación popular y una acción transparente, obviamente que la Administración Pública, por ser el instrumento de la acción estatal que ejecuta las decisiones de gobierno, carga consigo todos esos fundamentos del Estado Democrático de Derecho<sup>358</sup>.

Sería incomprensible e inaceptable que el instrumento de la acción estatal – la Administración Pública – procediese de modo distinto de los objetivos y de los fundamentos del Estado Democrático de Derecho. Siendo así, la Administración pública contemporánea absorbe todos los fundamentos del Estado Democrático de Derecho, en el sentido de tener una actuación con postura pluralista y, promoviendo y estimulando la participación popular, proceda con absoluta transparencia en la ejecución de los objetivos del Estado y, especialmente, en la satisfacción de los derechos fundamentales del ciudadano<sup>359</sup>.

En el mismo sentido, Pedro Nevado-Batalla menciona la existencia de consagración democrática para la Administración Pública, con la misma debiendo someterse a una serie de principios y reglas, por

---

<sup>357</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, “*Tratado de Derecho Administrativo – vol. I – Parte General*”, op. cit., pág. 67. La advertencia del autor es la siguiente: “*Cuando se habla de la Administración como <<instrumento>>, se está negando entonces su concepción institucional. La Administración como <<aparato>> significa que la Administración es instrumental con respecto a la actuación política previamente fijada y, por consiguientemente, la Administración es mediar en cuanto al conseguimiento de esos fines. Cuando, en cambio, asume como propios los fines que persigue, entonces estamos precisamente institucionalizando la Administración*”.

<sup>358</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, op. cit., págs.75,76 e 77.

<sup>359</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, op. cit. pág. 58. En ese sentido, el autor realiza el siguiente comentario: “*Especial importancia tienen a este respecto los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en los textos constitucionales. No solo porque el listado de los mismos se há venido ampliando durante el siglo XX, para incluir los derechos económicos, sociales y ambientales junto a los tradicionales derechos políticos y civiles, sino también porque la ‘vis expansiva’ de los mismos transforma en parte la función de la Administración, que debe ya no sólo respetar el ejercicio individual de tales derechos, sino desarrollar también funciones activas de garantía y protección frente las vulneraciones y amenazas que provienen de la actuación de terceros*”.

consecuencia de los principios y fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho<sup>360</sup>.

Fijado que la Administración Pública absorbe la consagración democrática de los fundamentos del Estado Democrático de Derecho, pasamos al examen de su actividad consecuente de esa situación, **la actividad administrativa**. Así, esta actuación de la Administración envuelve el estudio de los diversos aspectos de la actividad administrativa, bien como las técnicas y los instrumentos jurídicos de que se sirve la Administración Pública para su desarrollo<sup>361</sup>.

Administrar, como actividad o función administrativa, es administrar bienes, intereses y servicios, según la ley, la moralidad y la finalidad de cierto patrimonio entregue a la guarda, conservación y perfeccionamiento de alguien que no su propietario<sup>362</sup>. Sin embargo, cuando esos bienes, intereses y servicios son públicos, cual sea, pertenecen al patrimonio de la colectividad, se altera el nivel de su comprensión, en la medida que no poseen poderes de disposición, gravamen, destrucción y renuncia, pero exclusivamente los de guarda, conservación y perfeccionamiento de bienes, intereses y servicios destinados a la Administración<sup>363</sup>.

Considerándose los conceptos supra-referidos, se constata que la naturaleza de la actividad administrativa es de encargo, de un *munus* público, debiendo ser ejercido de acuerdo con la ley y la moralidad pública, mientras su fin debe ser dirigido siempre para el interés público<sup>364</sup>.

Consonante esas características y peculiaridades mencionadas, existen otros factores intrínsecos a la Administración Pública, compatibles con

---

<sup>360</sup> MORENO, Pedro T. Nevado-Batalla, “*Notas sobre Derecho Administrativo I*”, op. cit., pág. 46. Buscando aclarar su posicionamiento, el autor refiere: “*Pero aún hay más, las consecuencias estructurales del carácter Democrático de la Administración pública se resumen en su ya expuesto carácter vicarial, es decir al servicio de las instancias políticas que representan formalmente al titular de la soberanía: su papel institucional consiste en actuar como organización ejecutora de los mandatos normativos provenientes del Parlamento, representante máximo de la soberanía nacional, pero también como estructura de apoyo directo al supremo órgano ejecutivo en su tarea de la gobernación del Estado*”.

<sup>361</sup> ALFONSO, Luciano Parejo, “*Leciones de Derecho Administrativo*”, op. cit., pág. 271.

<sup>362</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, “*Direito Administrativo Brasileiro*”, op. cit., pág. 84.

<sup>363</sup> GASPARINI, Diogenes, “*Direito Administrativo*”, op. cit., pág. 54/55. Por esto, el autor define la actividad administrativa como “*la gestión, tenémosnos de la ley y de la moralidad administrativa, de bienes, intereses y servicios públicos visando el bien común*”.

<sup>364</sup> GASPARINI, Diogenes, “*Direito Administrativo*”, op. cit. pág. 55.

los fundamentos del Estado Democrático de Derecho, que son los principios que orientan el ejercicio de la actividad administrativa.

En ese sentido, por todo lo que ya fue abordado, queda claro que la Administración Pública debe si basar en principios iguales o derivados de los principios consustanciados en el Estado Democrático de Derecho.

La administración debe si pautar por una democracia pluralista, buscando resolver los conflictos de intereses vía acuerdo. Así, el pluralismo es un principio del Estado Democrático de Derecho, con status de valor superior, que debe ser incorporado a la acción desarrollada por la Administración Pública<sup>365</sup>.

Del mismo modo, se vuelve indispensable la aplicación de la democracia participativa en el ámbito de la Administración, de vez que la participación directa del ciudadano en los actos de planificación, elaboración y ejecución de políticas públicas es exigencia del actual Estado Social y Democrático de Derecho, cargando consigo la busca por la transparencia de la Administración, en el sentido de que, habiendo conocimiento, ocurra participación popular y sea ejercitado el control social<sup>366</sup>.

Complementado los ya referidos fundamentos del Estado Democrático de Derecho, existe también una serie de ordenaciones jurídico-funcionales que deben regir la actuación de la Administración Pública<sup>367</sup>. Estas ordenaciones son los principios dirigidos a la Administración Pública. Principios constitucionales son padrones de conducta que deben ser seguidos por la Administración Pública, constituyendo la estructura de los fundamentos de validez de la acción administrativa<sup>368</sup>. Por tales razones, los principios son

---

<sup>365</sup> MORENO, Pedro T. Nevado-Batalla, “Notas sobre Derecho Administrativo I”, op. cit., pág. 47. En la opinión del autor, “El pluralismo es, en palabras de SANTAMARÍA PASTOR, no sólo uno de los <<valores superiores>> del ordenamiento jurídico español, sino el fundamento axiológico mismo de la cláusula de Estado Democrático”.

<sup>366</sup> MORENO, Pedro T. Nevado-Batalla, “Notas sobre Derecho Administrativo I”, op. cit., pág. 48. Aquí el autor aún presenta el siguiente análisis: “Tanto en el caso de la cláusula del Estado Social como en la que ahora estamos analizando, la motivación de la participación ciudadana en la gestión de determinados asuntos públicos o la que hemos denominado interacción entre poderes Públicos y la sociedad trae su causa en una misma razón: la no monopolización por parte de las administraciones de la satisfacción de necesidades de interés general”.

<sup>367</sup> SILVA, José Afonso, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, op. cit., pág. 96; FREITAS, Juarez, “O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais”, 3ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 23 e ss.

<sup>368</sup> MILESKI, Helio Saul, “O Controle da Gestão Pública”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 37.

normas portadoras de los valores y de los fines genéricos del Derecho, en su forma más pura, motivo porque su violación repercutirá de modo mucho más amplio y de forma más grave del que la transgresión de normas preceptuales<sup>369</sup>.

Así, por consecuencia de la propia evolución del Estado que resultó en el Estado contemporáneo, el Estado Democrático de derecho – plural, transparente y participativo – también hubo una evolución de la dogmática de los principios de derecho, a cual se volvió factor relevante para el desarrollo del Derecho Administrativo.

En ese contexto de evaluación de la importancia de los principios para el Derecho Administrativo, se impone también destacar que la finalidad de los principios de derecho, por ser portadores de valores relevantes para la vida en sociedad, deben servir de orientación tanto para los creadores de las normas abstractas y generales, como para los creadores de normas de decisión, expresadas en tenemos concretos.

Por esto, los principios son indicadores de objetivos a ser alcanzados, sirviendo de orientación práctica para la elaboración de normas, en el sentido de no ser reguladas proposiciones inasequibles y para que ejecutabilidad de las decisiones si haga de modo más eficiente<sup>370</sup>.

La concepción de principio, según manifiesta Luís-Diez Picazo, deriva de lenguaje de la geometría, “*donde designa las verdades primeras*”<sup>371</sup>, por esto **son principios**, cual sea, **porque están al principio**.

De esa forma, teniendo en cuenta que los principios son verdades objetivas, dotadas de vigencia, validez y obligatoriedad, conforme F. Clemente pondera, en una época en la que los principios todavía estaban embutidos en una concepción civilista – a eso de 1916 – los principios gozan de vida propia y valor sustantivo por el mero hecho de ser principios, encerrando una verdad jurídica universal<sup>372</sup>. Así, en la percepción de aquel

---

<sup>369</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “*Mutações do direito público*”. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 267.

<sup>370</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “*Quatro Paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade; finalidade; eficiência; resultado.*” . Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, pág. 93.

<sup>371</sup> PICAZO, Luís-Diez, “*Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. Castro*”, in *Anuario de Derecho*, t. XXXVI, fasc. 3º, out./dez 1983, págs. 1.267 e 1268.. APUD BONAVIDES, Paulo, “*Curso de Direito Constitucional*”, 16ª edição atualizada, São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 255.

<sup>372</sup> F. DE CLEMENTE, “*El método en la aplicación del Derecho Civil*”, in *Revista de Derecho Privado*, ano IV, nº 37, out. 1916, pág. 290.

jurista español, “Principio de derecho es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las disposiciones singulares de Derecho de una institución jurídica, de un Código o de todo un Derecho Positivo”<sup>373</sup>.

Desde entonces, surgieron diversos conceptos y manifestaciones doctrinarias envolviendo a normatividad de los principios, favoreciendo la elaboración de muchas variantes de entendimiento, como fue el caso de la Corte Constitucional Italiana que, en 1956, consideró “como principios del ordenamiento jurídico aquellas orientaciones y aquellas directivas de carácter general y fundamental”<sup>374</sup>.

Visando sistematizar esos entendimientos, Ricardo Guastini realizó una averiguación doctrinaria, recogiendo de la jurisprudencia y de varios juristas seis distintos conceptos de principios, todos vinculados a disposiciones normativas, teniendo en cuenta los objetivos a ser alcanzados en cada norma<sup>375</sup>.

Ese camino teórico-evolutivo de los principios generales termina por convertirlos en principios constitucionales. Esta conversión de los

---

<sup>373</sup> F. CLEMENTE, “El método en la aplicación del Derecho Civil”, op. cit., pág. 293.

<sup>374</sup> *Giur. Costit.*, I, 1956, 593, APUD Norberto Bobbio, “*principi generali di Diritto*”, in *novissimo Digesto Italiano*, vol. 13, pág. 889. APUD BONAVIDES, Paulo, “*Curso de Direito Constitucional*”, op. cit., pág. 257. El concepto integral está así expresado: “se hace necesario fijar que se deben considerar como principios del ordenamiento jurídico aquellas orientaciones y aquellas directivas de carácter general y fundamental que se puedan deducir de la conexión sistemática, de la coordinación y de la íntima racionalidad de las normas, que afluyen para formar así, en un dado momento histórico, el tejido del ordenamiento jurídico”.

<sup>375</sup> GUASTINI, Ricardo, “*Dalle Fonti alle Norme*”, pág. 112. APUD BONAVIDES, Paulo, “*Curso de Direito Constitucional*”, op. cit., pág. 257. “En primer lugar, el vocablo ‘principio’, dice textualmente aquel jurista, se refiere a normas (o a disposiciones legislativas que expresen normas) provenientes de un alto grado de generalidad. En segundo lugar, prosigue Guastini, los juristas usan el vocablo ‘principio’ para referirse a normas (o a disposiciones que expresen normas) provenientes de un alto grado de indeterminación y que por eso requieren concretización por vía interpretativa, sin a cual no serían susceptibles de aplicación a casos concretos. En tercer lugar, afirma aún el mismo autor, los juristas emplean la palabra ‘principio’ para referirse a normas (o disposiciones normativas) de carácter ‘programático’. En cuarto lugar, continúa aquel pensador, el uso que los juristas a veces hacen del término ‘principio’ es para referirse a normas (o a dispositivos que expresen normas) cuya posición en la jerarquía de las fuentes de Derecho es muy elevada. En quinto lugar – nuevamente Guastini – ‘a los juristas usan el vocablo principio para designar normas (o disposiciones normativas) que desempeñan una función ‘importante’ y ‘fundamental’ en el sistema jurídico o político unitariamente considerado, o en un o en otro subsistema del sistema jurídico conjunto (el Derecho Civil, el Derecho del Trabajo, el Derecho de las Obligaciones)’. En sexto lugar, finalmente, dilucida Guastini, los juristas se valen de la expresión ‘principio’ para designar normas (o disposiciones que expresen normas) dirigidas a los órganos de aplicación, cuya específica función es hacer la elección de los dispositivos o de las normas aplicables en los diversos casos”.

principios generales en dispositivos constitucionales, como grande paso transformador, se consolida en la llave de todo el sistema normativo<sup>376</sup>.

Con esta conversión para el régimen constitucional, a juridicidad de los principios, de un modo general, sustanciándose en tres distintas fases: a jusnaturalista, la positivista y a postpositivista.

En la fase jusnaturalista, los principios están sometidos a una conformación abstracta y su normatividad contrasta con su reconocimiento de la dimensión ético-valorativa de la idea inspiradora de los postulados de justicia, en cuyo período se destacan los juristas Giorgio Del Vecchio y Joaquín Arcees y Flórez-Valdéz. Según los autores jusnaturalistas, el ideal de justicia impregna la esencia de los principios generales de Derecho, sin embargo, como resalta García de Enterría, la “*formulación axiomática*” les arrastró al descrédito<sup>377</sup>.

El positivismo jurídico, como segunda fase de la acción de teorizar de los principios, realiza la entrada de los principios en los Códigos como fuente normativa subsidiaria, llevando a Gordillo Cañas a referir que los principios son como válvula de seguridad, que garantiza el reinado absoluto de la ley<sup>378</sup>. Justamente por esos aspectos, según Flórez-Valdéz, la concepción positivista considera que los principios generales de Derecho son equivalentes a los principios que informan el Derecho Positivo y le dan fundamento<sup>379</sup>.

Por su vez, Norberto Bobbio, exponiendo sobre la tesis de los que aceptan la versión del carácter normativo de los principios, enrolla los diverso criterios de aclaración del factor distintivo que va de los principios a otras normas del ordenamiento jurídico, reuniéndolos en cinco categorías: Primero, los principios generales son pura y simplemente normas más generales; según, son normas fundamentales o normas de base del sistema o

---

<sup>376</sup> BONAVIDES, Paulo, “*Curso de Direito Constitucional*”, op. cit., pág. 259. El autor, en ese aspecto, comenta: “*La inserción constitucional de los principios sobrepasa, de último, la fase hermenéutica de las llamadas a normas programáticas. Operan en los textos constitucionales de la segunda mitad este siglo una revolución de juridicidad sin precedentes en los anales del constitucionalismo. De principios generales se transformaron, ya, en principios constitucionales*”.

<sup>377</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la Ley y Los Principios Generales Del Derecho*, págs. 59 e 60. APUD BONAVIDES, Paulo, “*Curso de Direito Constitucional*”, op. cit., pág. 262.

<sup>378</sup> CAÑAS, Antonio Gordillo, “*Ley, principios generales y Constitución; apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de la fuentes del Derecho*”, in *Anuario de Derecho Civil*, t. LXI, fasc. 2, abr./jun. 1988, págs. 484 e 485.

<sup>379</sup> FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arcees y, “*Los principios generales del Derecho y su formulación Constitucional*”, Madrid, 1990, pág. 38.



traves maestras, cual si ha dicho metafóricamente, en la acepción de que sin ellos el sistema no podría subsistir como ordenamiento efectivo de las relaciones de vida de una determinada sociedad; tercero, son normas directivas o principios generales; cuarto, son normas indefinidas; y jueves, son normas indirectas<sup>380</sup>.

Por último, la fase de lo postpositivismo, cuando los principios pasan a ser tratados como Derecho, concentrándose en los grandes momentos constituyentes de las últimas décadas del siglo XX. Las nuevas constituciones, de entre ellas a las de España, Portugal y Brasil, fortifican la hegemonía axiológica de los principios, convertidos en sustentáculo normativo de toda el estructura jurídica de los nuevos sistemas constitucionales.

En ese período, la doctrina del Derecho Natural y la del viejo positivismo son prácticamente diluidas, destruidas, en consecuencia de una postura intelectual crítica, comandada por un jurista de Harvard, Ronald Dworkin, que proclama la necesidad de que se pase a tratar los principios como derecho, promoviéndose el abandono de la doctrina positivista y estableciéndose reconocimiento de la posibilidad de que tanto un conjunto de principios cuanto una regla positivamente establecida pueden imponer un deber legal<sup>381</sup>.

Por tanto, Dworkin realiza una verdadera transformación antipositivista erigiendo los principios a categorías de normas, en una reflexión profunda y de perfeccionamiento<sup>382</sup>.

En esa faja histórica de lo postpositivismo, indudablemente, son tenidas como las tesis más fecundas y representativas: Friedrich Muller, en Alemania, con el normativismo de su teoría estructurante del Derecho,

---

<sup>380</sup> BOBBIO, Norberto, "Principi generali di Diritto", in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, Turin, 1957, págs. 890 e 891. APUD BONAVIDES, Paulo, "Curso de Direito Constitucional", op. cit., pág. 264.

<sup>381</sup> DWORKIN, Ronald, "Taking Rights Seriously", Harvard University Press, 1978, pág. 44. APUD BONAVIDES, Paulo, "Curso de Direito Constitucional", op. cit., pág. 265.

<sup>382</sup> BONAVIDES, Paulo, "Curso de Direito Constitucional", op. cit., pág. 266. Para la consolidación de ese pensamiento postpositivista, como bien advierte Bonavides, "contribuyeron sobremamera el jurista alemán Alexy y también algunos estudiosos de España y Italia, receptivos a los progresos de la Nueva Hermenéutica y a las tendencias axiológicas de comprensión de los valores y a la fundamentación del ordenamiento jurídico, conjugando, así, en bases axiológicas, la Ley con el Derecho, al contrario de lo que solían hacer los clásicos del positivismo, con prejuicios adversos a la juridicidad de los principios y, por eso mismo, abrazados, por entero, a una perspectiva lamentablemente pobre de la teoría sobre a normatividad del Derecho".

buscando ultrapasar el formalismo normativista de Kelsen; y Dworkin, en Estados Unidos y Inglaterra, efectuando la conexión Derecho/moral, en el sentido de estremecer y eliminar de la Ciencia jurídica el positivismo de Hart<sup>383</sup>.

En la traza de esa evolución doctrinaria, el jurista Italiano Vezio Crisafulli fue un de los que más contribuyeron para solidificar la doctrina de la normatividad de los principios. Según Crisafulli, los principios poseen dupla eficacia: “*la eficacia inmediata y la eficacia mediata (programática)*”<sup>384</sup>.

En la constitucionalización de los principios, en faz de los mismos estén dotados de normatividad, hubo su pasaje a la condición de llave de interpretación de los textos constitucionales, esto merced de su máximo poder de legitimación<sup>385</sup>.

Justamente por esta razón, con los principios siendo colocados en la esfera jusconstitucional, pasando a guiar y fundamentar todas las normas que el orden jurídico instituye, Díez Picazo les reconoce una concepción principialista del Derecho<sup>386</sup>.

Consonante este avance que produjo a constitucionalización de los principios, significa entender principio cuando se está precisando su carácter básico, en el sentido ontológico, no solo lógico, sino que como soporte primario estructural de todo el sistema organizador del ordenamiento jurídico<sup>387</sup>. Siendo, así, como resalta González Navarro, produciéndose la valoración de los tres vocablos que integran el sintagma “principios generales de Derecho”, se puede captar su sentido: principio es el soporte primario del ordenamiento; generáis porque los principios trascienden las normas

---

<sup>383</sup> BONAVIDES, Paulo, “*Curso de Direito Constitucional*”, op. cit., pág. 276.

<sup>384</sup> CRISAFULLI, Vezio, “*La Costituzione e le sue Disposizioni di Principi*”. Milão, 1952, pág. 91. APUD BONAVIDES, Paulo, “*Curso de Direito Constitucional*”, op. cit., pág. 272.

<sup>385</sup> FOIS, Sergio, “*Principi Costituzionali e Libera Manifestazione del Pensiero, Milão, 1957, pág. 9*”; BONAVIDES, Paulo, “*A Constituição Aberta*”, Belo Horizonte: Del Rey, 1993; 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 181.

<sup>386</sup> PICAZO, Luís-Diez, “*Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. Castro*”, op. cit., pág. 1.263. Este jurista español realizó la siguiente manifestación sobre la concepción principialista: “*A este modo de concebir el Derecho y de realizarlo y que se mueve a través de los principios, creo que se le puede llamar con justicia de concepción principialista del Derecho. En la concepción y modo de operar principialista, el jurista trata, antes de todo, de descubrir los principios generales atuantes en las normas y en las instituciones*”.

<sup>387</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Direito Administrativo – I*”, decimocuarta edición, Madrid: civitas, 2008, pág. 85.

concretas; y son de Derecho porque constituyen fórmulas técnicas aptas a operar en el mundo jurídico<sup>388</sup>.

De un modo general, en el presente momento contemporáneo, se puede decir que la teoría de los principios, en la fase postpositivismo, evolucionó y consolidó resultados importantes: hubo el pasaje de la especulación metafísica y abstracta para el campo concreto y positivo del Derecho; la transición del orden jusprivatista (su antigua inclusión en los Códigos) para la órbita juspublicista (su inserción en las Constituciones); suspensión de la distinción clásica entre normas y principios; inclusión de los principios de la órbita de la jusfilosofía para el ámbito de la Ciencia Jurídica; la proclamación de su normatividad; reconocimiento definitivo de su positividad y concretud por obra de las Constituciones; y, por más importante, su efecto más significativo: la total hegemonía y superioridad de los principios<sup>389</sup>.

Como esta consolidación evolutiva tuvo una grande contribución del Derecho Público español, debemos verificar su visión sobre los principios generales de derecho, su concepto y su importancia como valor jurídico incontestable.

Lo que constituye el fundamento del Derecho son las convicciones y las ideas jurídico-éticas de una comunidad, factor éste que viene a influenciar a acción de teorizar del concepto de principio general de derecho. Sin embargo, aunque el concepto de principios generales de derecho no posea entendimiento doctrinario pacífico, la tesis adoptada, en la actualidad, por un sector importante de la doctrina española, es a de que el fundamento del derecho son las convicciones o ideas jurídico-éticas de una comunidad, vía de consecuencia, estos valores jurídico-éticos de la comunidad constituyen los principios jurídicos o los principios generales de derecho<sup>390</sup>.

---

<sup>388</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, F., *“Derecho administrativo español – I”*, Pamplano, Eunsa, 1987, pág. 332. APUD ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, *“Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés”*. Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2008, pág. 315.

<sup>389</sup> BONAVIDES, Paulo, *“Curso de Direito Constitucional”*, op. cit., pág. 294.

<sup>390</sup> ROJO, Margarita Beladiez, *“Los principios jurídicos”*, Reimpresión. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, págs. 30 e 31. La autora cita las siguientes posiciones sobre la materia: “Así para DE CASTRO (Derecho Civil..., cit., p. 420) *“los principios jurídicos son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de una determinada comunidad”*; GARCIA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODÍGUEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, I, Cívitas, 6ª ed., 1993, p. 75) consideran que *“los principios generales del Derecho expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellas sobre las cuales se constituyen como tal las convicciones ético-jurídicas de una comunidad”*; según L. DÍEZ-PICAZO Y A. GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, I, ed. Tecnos, 4ª ed., 1ª reimp., 1982, p. 171) *“los principios generales Del Derecho son normas básicas reveladoras de las creencias y convicciones de la comunidad respecto de*

Ya en lo que tañe la clasificación de los principios, se puede decir que son establecidas tantas clasificaciones sobre los principios generales de Derecho cuántos son los autores que estudiaron la temática, motivo por el cual Margarita Beladiez Ruego advierte que estas clasificaciones no tienen otro valor que lo meramente sistemático o didáctico, destacando: *“bien porque tipologías bajo las que se agrupan los distintos principios no presentan diferencias suficientes que permitan atribuirles una distinta eficacia o fuerza jurídica, bien porque incluyan supuestos que no constituyen auténticos principios jurídicos; el caso es que la gran mayoría de las clasificaciones que ofrece la doctrina carecen de trascendencia jurídica”*<sup>391</sup>.

---

*los problemas fundamentales de su organización”*; ESSER (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, traducción de E. Valentí Fiol, ed. Bosch., Barcelona, 1961, in totum) no define estos principios más que de forma negativa (p.65), pero, a pesar de que no establezca una definición precisa de lo qué sean estos principios, se refiere a ellos en muchas ocasiones como postulados éticos o principios de ética jurídica (así, por ejemplo, en p. 68). Conviene advertir que para este autor los principios sólo serán principios de Derecho positivo, o lo que es lo mismo normas jurídicas, cuando hayan sido <<positivados>> por el legislador o por la jurisprudencia. Para LARENZ, (*Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción de E. Gimbernat, ed. Ariel, 1966, p.326) *“Los principios son formas de expresión, direcciones de movimiento, tendencias del espíritu objetivo que se abren paso en la conciencia jurídica general e encuentran su expresión en la ley y la jurisprudencia”*. No obstante, últimamente (*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, traducción de L. Díez-Picazo, Cívitas, 1985) ha definido los principios jurídicos como <<los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible>> (la cursiva es mía), lo que podría parecer una vuelta al positivismo. Sin embargo, no creo que esta interpretación sea correcta. Para entender el alcance de esa definición hay que situarla en el contexto que se formuló y conocer la naturaleza jurídica que este autor atribuye a esta figura. Como para LARENZ (al igual que para ESSER), los principios sólo forman parte del Derecho positivo cuando han sido <<positivados>> por la jurisprudencia o por el legislador, la única forma de conocer los principios del Derecho positivo es en el derecho positivo. BETTI (*Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici*, Milan, 1949) adopta una postura similar a la de los profesores alemanes citados. Según este autor, <<los principios serían los valores éticos que se encuentran en la conciencia social en un determinado momento histórico>> (p.212), aunque sostiene que estos principios no serían en sí mismos normas jurídicas. Este carácter sólo puede adquirirlo cuando existe una jurisprudencia constante. Lo peculiar de esta tesis es que cuando esto ocurre, el principio se convierte en norma, pero en norma consuetudinaria. No obstante, ésta no es la única forma de transformar un principio en norma, pues, como es obvio, esta facultad también la tiene el propio legislador (véase p. 221)”.

<sup>391</sup> ROJO, Margarita Beladiez, *“Los principios jurídicos”*, op. cit., págs.133/135. Aunque este entendimiento desposado por la autora, presenta la siguiente relación de autores y sus clasificaciones: *“Las clasificaciones de principios jurídicos son innumerables. En nuestro Derecho es clásica la efectuada por DE CASTRO (Derecho civil..., cit. pág. 421) al distinguir entre principios de Derecho Natural, principios políticos y principios tradicionales. No obstante, ya antes DE BUEN (Introducción en el Estudio de Derecho Civil, Madrid, 1932) había afirmado la existencia de tres tipos diferentes de principios: los inspiradores del Derecho positivo, los elaborados o acogidos por la ciencia del Derecho y los que resultan de los imperativos de la conciencia social. En un sentido parecido al de los autores anteriores CARRETERO PÉREZ (<<El principio de la economía procesal en lo contencioso-administrativo>>, RAP, núm. 65, p. 125 y 126) sostiene que existen principios de Derecho natural, principios fundamentales o constitucionales y principios específicos que surgen de la interpretación de las normas concretas. L. PIETRO SANCHÍS (Sobre principios e normas, cit., pp. 134 ss.) distingue entre principios implícitos, explícitos y extrasistemáticos. También puede encontrarse diferentes clasificaciones de principios en N. BOBBIO, (<<Principi generali di Diritto>>, en *Novissimo Digesto italiano*, t. VIII, pp. 894). Este autor agrupa las distintas clases de principios acudiendo a distintos criterios: según la materia, la extensión del ámbito de su validez, si el principio forma parte de*

Por tal razón, la mencionada jurista, en la estera del propugnado por García de Enterría, entiende qué solamente puede haber distinción entre principios cuando derive alguna consecuencia jurídica, por esto, la distinción solo puede ser entre principios constitucionales y principios no constitucionales<sup>392</sup>.

De esa forma, son los principios de naturaleza constitucional que revelan una fuerza jurídica consistente. En ese sentido, debe ser referido que la Constitución española de 1978 – en su artículo 103 – destina, de forma obligatoria, varios principios para aplicación a la Administración Pública, rigiendo especialmente:

1. La administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.

3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Conforme a referida determinación constitucional, la Administración Pública española debe someterse a los siguientes principios:

---

*aquéllos que informa un determinado ordenamiento o si por el contrario forma parte de una categoría más amplia que le sitúa dentro de los principios universales. ESSER (Principio y norma..., cit. pp. 114 ss.) en su capítulo sexto recoge los distintos tipos de principios establecidos por la doctrina. El mismo ESSER ofrece distintos tipos de principios, (por ejemplo, distingue entre principios normativos o institucionales y los de carácter instructivo o guíes). No obstante, la distinta concepción que sobre esta figura tiene el autor citado (para él los principios no son prescripciones jurídicas para poder tener este carácter necesitan ser positivizados alcanzando entonces la condición de norma), y la que aquí se sostiene impide que en este trabajo se puedan considerar las clasificaciones que ofrece”.*

<sup>392</sup> ROJO, Margarita Beladiez, “Los principios jurídicos”, op. cit., pág. 135. La autora refiere en nota de rueda-pie: “GARCÍA DE ENTERRÍA (Principio de legalidad, Estado material de Derecho..., cit., pp. 133 y 134), afirma que, hoy, para los juristas españoles, los principios son de dos clases: <<los ‘superiores’ contenidos en la Constitución (y aquí, por la amplitud de estos principios – justicia, dignidad humana, libertad, igualdad, etc – entran virtualmente todos los tenidos por Derecho natural) y los institucionales, que articulan alrededor de un núcleo institucional dado, a la vez, una idea material de la justicia referida a una concreta relación social con el funcionamiento interno de todos los elementos técnicos que la institución organiza>>”.

servicio objetivo de los intereses generales, legalidad, eficacia, descentralización, desconcentración, jerarquía, coordinación, cooperación y solidaridad.

Hay varios otros principios expresos en la Constitución y leyes españolas referidos por la doctrina de derecho público, que, por no ser objeto de análisis en el presente trabajo, dejaremos de hacer referencia.

Otro elemento importante para comprensión del moderno concepto de los principios en el Derecho Público Español está interligada con la aplicación de la **teoría de la ponderación** que, según Luis Arroyo Jiménez, solo recientemente pasó a ser objeto de ponderación en la dogmática jurídico-pública de España, destacando que la técnica de la ponderación ha sido vinculada conceptualmente a la figura de los principios desde la filosofía jurídica, donde ha servido y sirve de pasarela entre dos de sus principales bienes de ponderación: las teorías de derecho y la interpretación jurídica<sup>393</sup>.

Por tanto, considerándose la Administración Pública como el medio necesario para el desarrollo de las acciones que resulten en la concretización de los objetivos del Estado, debe la misma pautar su actuación de acuerdo con los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho, dando cumplimiento correcto a los principios que orientan la actividad administrativa.

### III – Tendencias actuales de la Administración Pública

Como ya examinado en el transcurrir del presente estudio, las matrices clásicas del Derecho Administrativo fueron elaboradas en el contexto político y científico del Estado del siglo XIX. Desde entonces vino, solamente en el aspecto práctico o en la adecuación científica a la nueva realidad, sufrir varias alteraciones, incluso, mediante elaboraciones doctrinarias de amplitud. El mundo se transforma en todos sus aspectos y, con él, el Estado y la

---

<sup>393</sup> JIMÉNEZ, Luis Arroyo, “*Libre empresa y títulos habilitantes*”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pág. 26/27. El autor manifiesta todavía: “*En, efecto, la ponderación constituye ante todo un tipo específico de discurso jurídico, y como tal va a ser tratada aquí. Sin embargo, esta figura ha sido al tiempo utilizada para identificar los contornos de una categoría especial de norma jurídica, la de los principios, cuya naturaleza y perfiles representan uno de los campos más fecundos de la actual filosofía del Derecho*”.

Administración Pública, situación que lleva a una nueva postura de entendimiento en varios de sus principios<sup>394</sup>.

Como manifiesta Alli Aranguren, la incidencia de nuevos órdenes y conceptos engendró nuevos cambios en el Derecho Administrativo y acarrea a lecturas y técnicas nuevas. Son nuevos paradigmas que permiten construir un nuevo paradigma sistémico del Derecho Administrativo<sup>395</sup>.

Es lo que se pretende analizar ahora. Verificar las transformaciones nucleares sufridas por varios institutos de derecho administrativo, así como el surgimiento de nuevas concepciones jurídicas administrativas, consonante su aspecto científico.

En esa línea de evaluación, que Odete Medauar llamó de “*líneas de transformación de matrices clásicas*”<sup>396</sup>, primeiramente, analizaremos las transformaciones ocurridas en los siguientes institutos: **Interés público, discrecionalidad, acto administrativo, contrato administrativo, servicio público y concesión de servicio público**. En secuencia, serán analizados algunas temas, como los relativos la: **Derecho Administrativo Económico y Proceso Administrativo**, porque son elementos informadores de las nuevas tendencias de la Administración Pública y, por consecuencia, se constituyan en instrumentos del buen gobierno y de la nueva Administración Pública.

## Interés Público

De una manera general, en todo el literatura de derecho público que trata de la Administración y del Derecho Administrativo, obligatoriamente discurre sobre el interés público. Esta concepción es a que acarrea las líneas

---

<sup>394</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit. pág. 185. Según la autora, “*En Europa, documentos de la Unión Europea desencadenan transformaciones en figuras clásicas. Así, se puede hablar de inclinaciones o de proceso de fermentación de cambios que recaen sobre varias matrices conceptuáis o que traen a la luz nuevas figuras en el escenario del derecho administrativo*”.

<sup>395</sup> ARANGUREN, Juan-Cruz Alli, “*Los paradigmas de la legalidad y la justicia em el Derecho Administrativo francés*”, op. cit. pág. 49. La opinión del autor revela que “*La integración de los nuevos paradigmas permite construir el nuevo ‘paradigma sistémico’ del Derecho administrativo en general y de la justicia administrativa en particular, base de la Teoría General de Sistemas, donde se concibe a un sistema como ‘un objeto dotado de fines u objetivos que, en un entorno bien demilitado, ejerce una actividad, a la vez que ve evolucionar su estructura interna a lo largo del tiempo sin perder por eelo su identidad’*”.

<sup>396</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit. pág. 185.

maestras del Derecho Administrativo y está interligado al interés público, su supremacía e indisponibilidad.

En ese contexto, surge el entendimiento de que entre el interés público y lo privado hay de prevalecer siempre el interés público<sup>397</sup>, pues no se podría imaginar que lo contrario viniese a acontecer, cual sea, que el interés de un o de un grupo viniese a si sobreponer y a vengar sobre el interés de todos<sup>398</sup>.

En razón de estos factores, se pasa a reconocer la existencia del principio de la supremacía del interés público que, según Celso Antônio Bandeira de Mello, la Administración, por representar el interés público, posee supremacía y, por consecuencia, practica actos que son imperativos, trayendo consigo a exigibilidad de su cumplimiento<sup>399</sup>.

En esta dicotomía que existe entre el público y el privado, normalmente es enrollado el interés público como criterio de diferenciación, funcionando como factor orientador del Derecho Administrativo, en la razón que es vedado a la autoridad administrativa dejar de adoptar medidas o retardarlas cuando son relevantes al servicio del interés público<sup>400</sup>.

Por tanto, en razón de ese criterio en el que hay el principio de la supremacía del interés público, se verifica que el particular no posee una situación de igualdad ante la Administración, situación demostradora de que, en esa circunstancia, hay una relación de supremacía o de sumisión, dependiendo del lado de visualización<sup>401</sup>.

---

<sup>397</sup> CRETILLA JÚNIOR, José, “*Tratado de Direito Administrativo*”. Rio de Janeiro: Forense, 1972, vol. 10, pág. 39.

<sup>398</sup> GASPARINI, Diogenes, “*Direito Administrativo*”, op. cit. pág. 19.

<sup>399</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, “*Curso de Direito Administrativo*”, op. cit. pág. 85. Así se reporta el autor: “como expresión de esta supremacía, la Administración, por representar el interés público, tiene la posibilidad, tenemosnos de la ley, de constituir terceros en obligaciones mediante ‘actos unilaterales’. Tales actos son ‘imperativos’ como cualesquiera actos del Estado. Además de eso, traen consigo la consecuente ‘exigibilidad’, traducida en la previsión ‘legal’ de sanciones o providencias indirectas que induzcan el administrado a acatarlas”. El nombrado autor, también se reporta a aspectos relativos la llamada autoejecutoriedad de los actos administrativos, manifestando sobre el principio de la autotutela, el siguiente: “También por fuerza de esta disposición de supremacía del interés público y – en consecuencia – de quien lo representa en la esfera administrativa, se reconoce a la Administración la posibilidad de revocar los propios actos inconvenientes o inoportunos, mientras adentro de ciertos límites, así como el ‘deber anular’ los actos inválidos que haya practicado. Es el ‘principio de la autotutela’ de los actos administrativos”.

<sup>400</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit. pág. 186.

<sup>401</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, op. cit. pág. 447. El autor, sobre lo tema, aún expresa: “Sin embargo, algunas relaciones de este tipo son exclusivas de determinados sujetos



Según demuestra Morón, el concepto surgió en la doctrina alemana de los finales del siglo XIX, con Laband y O. Mayer, difundiéndose por otros países, como en España, cuyo texto originario exigía una acentuada vigilancia por parte de la Administración sobre determinadas situaciones, motivo por el cual había la necesidad de una supremacía de la Administración sobre determinados grupos de ciudadanos, en faz de las peculiaridades de sus actividades<sup>402</sup>.

De esa forma, el principio de la supremacía del interés público surgió asociado a lo que debía ser el bien estar de toda la colectividad, como una percepción general de las exigencias de la comunidad. Por esto, la noción de interés público delimitaba la separación entre esfera pública y privada, típica del siglo XIX. Así, considerando interés público consecuente de la expresión clásica de la ley como expresión de la voluntad general<sup>403</sup>.

Sin embargo, este entendimiento de interés público, desde el final de los años 70 del siglo XX comienza a ser alterado y se inicia un profundo cambio en el núcleo de su concepto, surgiendo la idea de que no puede haber monopolio del interés público, que la Administración debe compartir tal atribución con la sociedad. Es lo que refiere Torne Jiménez: *“Ya no es el Estado que asume el control y perfil de lo que se deba entender por interés público, pero es la misma sociedad, el conglomerado de asociaciones y organizaciones que indican al Estado la política a desarrollar y establecen el orden de prioridades”*<sup>404</sup>.

Desde entonces, empieza a alterarse la noción de interés público y el aspecto de su supremacía sobre el interés privado y, cual si puede ver, todo indica que tal modificación sucede de la implementación del principio participativo en la Administración. La participación del ciudadano

---

*que se encuentran vinculados a la Administración a ciertos efectos de una manera más intensa o estrecha, pues se integran en su propia organización o han recibido de la propia Administración derechos particulares o por otras causas. Se habla entonces de ‘relaciones especiales de supremacía o sujeción’.*

<sup>402</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo – Parte General”*, op. cit. pág. 447/448. En este caso el autor refiere que *“En su contexto originario se quería hacer referencia con ella a la situación de acentuada dependencia o vigilancia por la Administración en que se situaban determinados grupos de ciudadanos, bien por su propia voluntad, como es el caso de militares y de los funcionarios públicos o los concesionarios de un servicio público, bien con carácter, caso de los presos, bien por necesidad, como los usuarios de instituciones públicas sanitarias o (por usar la expresión decimonónica) de beneficencia”*.

<sup>403</sup> MEDAUAR, Odete, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit. pág. 189. A autora, sostenida en el pronunciamiento de Deswarte, dice que *“la noción de interés público empezó a ser utilizada después la Revolución Francesa; creyendo en el poder de la razón, los revolucionarios intentaban explicar, de modo racional, la finalidad de suya acción; el interés público era argumento susceptible de propiciar la adhesión de todos y, por eso mismo, de fundamentar el Poder del Estado”*.

<sup>404</sup> JIMÉNES, Tornos, *“De la Democracia a la Participación: remodelación de instituciones”*. *“Administración y Constitución (Estudios en homenaje al Profesor Mesa Lopes)*. Madrid: 1979, pág. 580.

en las decisiones de la Administración altera el perfil definidor de interés público. La decisión administrativa debe buscar el acuerdo, ser conciliadora de los intereses públicos y privados. No hay porque haber superioridad de un sobre el otro, la resolución del conflicto debe alejar el rompimiento y buscar la conciliación de los intereses.

De acuerdo con esa nueva visión del interés público, la actualidad administrativa no más admite el dominio despótico del todo sobre la voluntad del particular, porque se pasó a exigir el primado (no la supremacía) de la voluntad general legítima solamente sobre a aquélla que revelarse claramente contraria al interés común<sup>405</sup>.

En la década de noventa del siglo XX y final del siglo XXI, pasó a firmarse esta línea modificadora del entendimiento sobre interés público. En el ámbito brasileño, Odete Medauar<sup>406</sup>, en su *Derecho Administrativo en Evolución*, realiza un estudio demostrativo de esa transformación de la matriz del principio de la primacía del interés público, mencionando las más reciente posiciones sobre el asunto<sup>407</sup>.

En el derecho brasileño sobresale una obra colectiva – *Intereses Públicos versus Intereses Privados: Desconstruyendo el Principio de Supremacía del Interés Público* – donde los autores realizan, con base en la noticia dogmática jurídica, evaluaciones sobre la Administración Pública y el

---

<sup>405</sup> FREITAS, Juez, “*O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*”, *op. cit.* pág.35.

<sup>406</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, *op. cit.* págs. 185/194.

<sup>407</sup> CASSESE, Sabino, “*L’arena pubblica. Nuovo paradigmi per lo Stato*”. Riv. Trim. Dir. pub. 3/647, 2001. APUD MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, *op. cit.* pág. 193. En ese aspecto, sobrepujanse los italianos: Alberto Massera se manifiesta por la “*interdependencia siempre más cogente entre actuarlo administrativo y las necesidades del público; la Administración no tiene intereses substanciales propios que sean diverso de aquellos relativos a la realización de concretas utilidades sociales*”<sup>407</sup>. Por su vez, Feliciano Benvenuti dice que “*el interés público no es el del Estado o de la Administración, pero del ciudadano; la Administración debe asumir un valor global, esto es ser un conjunto de ciudadanos y de autoridades*”<sup>407</sup>. Según Aldo Travi, “*el interés público no designa más un interés existente ‘in natura’, superior o contrapuesto al interés privado, pero designa solo el resultado de una valoración o de una apreciación específica de la Administración, acarreadas con base en una norma y teniendo por objeto intereses privados o un conjunto de intereses*”<sup>407</sup>. Luiza Torchia advierte: “*el interés público cede paso a intereses heterogéneos y conflictuales entre sí (...); intereses públicos son fruto de elecciones concretamente determinadas en la necesidad y en la e en la contingencia histórica determinada; de allí poder ser conflictiva y no poder el conflicto ser resuelto ‘a priori’; de allí los estudios sobre la articulación del procedimiento y de la organización como mecanismo necesario a la articulación de los intereses, abandonándose la configuración de la Administración como un aparato monolítico y compacto; entre los principios de legitimación de la acción administrativa entra, así, la capacidad de consideración de todos los intereses relevantes, y la buena calidad de la decisión si mezcla a la calidad del equilibrio alcanzado*”<sup>407</sup>. Sabino Cassese se posiciona en el sentido de que “*el interés público se vuelve resultado del conflicto y de la armonización de los intereses individuales*

derecho administrativo, en el sentido de que el Estado contemporáneo, merced de su estructuración pluralista y participativa, debe mantener el poder de influencia del ciudadano y la importancia del régimen de derechos fundamentales, con establecimiento de un nuevo paradigma, donde haya el establecimiento de un punto de equilibrio en las relaciones público-privadas<sup>408</sup>.

Son esas razones de la actualidad del Estado contemporáneo que dirigen la posición de que los conflictos de intereses entre el particular y el Estado, no se resuelve más con la superioridad del interés público, puesto que, de otro lado, hay la supremacía de los derechos fundamentales, razón que motiva el ejercicio de la compatibilidad entre ambos institutos como criterio de juridicidad y de validez de la actividad estatal<sup>409</sup>.

De esa forma, es indudable que está ocurriendo una modificación evolutiva en el entendimiento caracterizador del interés público y del principio de la supremacía del interés público sobre el privado. La democracia pluralista y participativa de la actual estructura del Estado contemporáneo, no admite la continuidad de una postura superior indiscutible

---

<sup>408</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; ÁVILA, Humberto; SCHIER, Paulo Ricardo. Organizador: Daniel Sarmiento. *“Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público”*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Alexandre Aragão se posiciona *“en la aplicación de un Derecho Público que, en el marco de una Constitución pluralista, no puede ser más visto como garantizador del ‘interés público’ titularizado en el Estado, sino que como el instrumento de la garantía, por el Estado, de los derechos fundamentales positivos o negativos”*. Daniel Sarmiento revela que, en el actual Estado, estructurado con una democracia pluralista, debe haber *“la comprensión de que no si es súbdito del Estado, pero ciudadano; partícipe de la formación de la voluntad colectiva, pero también titular de una esfera de derechos inviolables; sujetos y no objeto de la Historia”*; Gustavo Binenbojm, por su vez, entiende necesario aplicar el principio de la proporcionalidad para una mejor comprensión del interés público, *“así, el mejor ‘interés público’ solo puede ser obtenido desde un procedimiento racional que envuelve la disciplina constitucional de intereses individuales y colectivos específicos, bien como un juicio de ponderación que permite la realización de todos ellos en la mayor extensión posible (...). El preservación, en la mayor medida posible, de los derechos individuales constituye porción del propio interés público”*; Humberto Ávila al repensar el instituto de la supremacía del Interés público sobre lo privado dice que *“no se está a negar la importancia jurídica del Interés público. Hay informes positivas con relación a él. Lo que debe se poner claro, sin embargo, es que, mismo en los casos en los que él legitima una actuación estatal restrictiva específica, debe haber una ponderación relativamente a los intereses privados y a la medida de su restricción. Es esa ponderación para atribuir máxima realización a los derechos envueltos el criterio decisivo para la actuación administrativa. Y antes que ese criterio sea delimitado, no hay cogitar sobre a referida supremacía del interés público sobre el particular”*. Paulo Ricardo Schier, cuando analiza el principio de la supremacía del interés público con relación al régimen jurídico del derechos fundamentales, exceptua: *“Luego, se repita, no existe, por tanto, en vista del régimen jurídico de aplicación, choque y, principalmente, restricción de los derechos fundamentales, un criterio universal, válido para todas las situaciones de choque, de preferencia o supremacía del interés público sobre el privado”*.

<sup>409</sup> JUSTEN Filho, Marçal, *“O Direito Administrativo de espetáculo”*, in *“Direito Administrativo e seus novos paradigmas”*, coordinadores Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte:Fórum, 2008, pág. 79.

del Estado o de la Administración sobre el particular. La Administración debe, ahora, mantener una posición conciliadora de los intereses públicos y privados, con reconocimiento del valor consecuente de la voluntad individual o de grupos de ciudadanos, con el debido resguardo de la seguridad jurídica y del Régimen jurídico de los Derechos Fundamentales.

## Discrecionalidad

Conforme ya demostrado, la actividad de la Administración está interligada con el interés público y, siendo el Administrador el conductor de la acción administrativa, de inmediato, surge a la figura de la discrecionalidad, esto en consecuencia de los actos que pueden ser practicados por el Administrador (los actos administrativos pueden ser **vinculados o discrecionales**, en razón de la mayor o menor libertad que la Administración tiene para actuar o decidir<sup>410</sup>).

Dentro de ese contexto, de acuerdo la idea primera sobre discrecionalidad, su conceptualización se dirige para la facultad conferida a la Autoridad Administrativa para la práctica de actos administrativos con libertad en cuanto a la oportunidad, conveniencia y contenido<sup>411</sup>; o a de escoger una solución entre varias<sup>412</sup>.

A discrecionalidad administrativa, en los paradigmas iniciales del Derecho Administrativo francés, tenía entendimiento de que en los actos de pura administración se reconocía las prerrogativas y a discrecionalidad de poder, cuando había disposición de servicio al interés público<sup>413</sup>.

---

<sup>410</sup> GASPARINI, Diogenes, “*Direito Administrativo*”, op. cit., pág. 94.

<sup>411</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, “*Direito Administrativo Brasileiro*”, op. cit., pág. 396.

<sup>412</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit., pág. 194. Sobre lo tema la autora comenta: “sobresale la idea de elección libre, de espacio libre, de identificación del interés público y elección de medios para concretarlo”.

<sup>413</sup> ARANGUREN, Juan –Cruz Alli, “*Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*”, op. cit. pág. 627. Éste es el comentario del autor: “‘actos de pura administración o administración activa’ se reconocieron las prerrogativas y la discrecionalidad de poder cuando se ejercía en atención a ‘consideraciones generales de interés público’ (CE 8 de junio de 1817, Coqueray) o de ‘orden público’ (CE 3 de diciembre de 1817, Habitants du hameau de Moulinaux). De modo que el juez administrativo ni intervenía en la actividad administrativa, ni en los conflictos competenciales (CE 11 de agosto de 1824, Ville de Lyon), ni juzgaba los actos que eran ‘manifestación de un poder que la justicia no podía controlar sin entrar en un ámbito sobre el que no tenía título alguno, porque, de hacerlo el poder ejecutivo pasaría al Consejo de Estado’”.

Sin embargo, esa expresión conceptual de discrecionalidad administrativa evolucionó con el tiempo, surgiendo muchas discusiones y debates en la doctrina de Derecho Público con respecto a su función, su alcance y sus límites, en la medida que atribuirse a gobernantes y Administradores Públicos una capacidad de decisión propia, estaría significando poder haber el ejercicio de ese poder de manera equivocada, injustificada o arbitraria<sup>414</sup>.

Teniendo en cuenta ese aspecto, Celso Antônio Bandeira de Mello entiende qué la discrecionalidad no se consolida en un poder abstracto, sino en un modo de disciplinar jurídicamente la actividad administrativa, constituyéndose en el margen de libertad conferida por la ley<sup>415</sup>.

Los ejemplos contenidos en Francia – el Consejo de Estado en 1959 atribuyó a los principios generales de derecho (administrativo) valor constitucional – y en Alemania – en la aplicación del principio de la proporcionalidad, el juez alemán realiza tres controles: a) si la medida tomada por la autoridad administrativa es susceptible de alcanzar lo objetivo pretendido (principio de la adecuación); b) si la medida es necesaria, esto es, si ninguna medida menos grave permitiría lograr el resultado (principio de la necesidad); y c) si la medida sea adecuada y necesaria, verifica se hay o no severidad desorbitada con relación al fin del pretendido, esto es, se hay desproporción entre medio y fin (principio de proporcionalidad en sentido estricto)<sup>416</sup>, posibilitó que desde la década de 90 del siglo XX e inicio del siglo XXI, se acentuase la inclinación de ampliación del control sobre el poder discrecional de la Administración Pública.

Desde ese momento florecieron muchas manifestaciones doctrinarias sobre la cuestión, donde es destacado que la discrecionalidad no es nunca ilimitada, ni puede ser ejercida comoquiera, según el puro arbitrio de quien a utiliza<sup>417</sup>.

---

<sup>414</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo – Parte General”, op. cit., pág. 88. Por esto, el autor ilustra: “Por eso a veces se há contemplado la discrecionalidad administrativa como <<el caballo de Troya del Estado de Derecho>>, en la conocida expresión de H. HUBER. De donde se sigue la necesidad de reducirla al máximo y de someter su ejercicio a un estricto controle judicial”.

<sup>415</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, “Curso de Direito Administrativo”, op. cit. pág. 116.

<sup>416</sup> Cf. SANDLER, “L’evolution du droit administratif en Republique Fédérale d’Allemagne”, APUD Odete Medauar, “O Direito Administrativo em Evolução”, op. cit. pág. 200.

<sup>417</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo – Parte General”, op. cit., pág. 89. Según el autor “En realidad la discrecionalidad administrativa nunca es absoluta. Cuando se habla de decisión discrecional nos referimos por lo general a una decisión administrativa cuyo contenido no está ‘totalmente’

García de Enterría manifiesta que no se puede hablar de una discrecionalidad absoluta, de vez que la Administración está vinculada a la ley y al Derecho, habiendo la posibilidad de su control por los principios generales de derecho<sup>418</sup>.

Por tanto, en la actualidad, consonante los nuevos parámetros del Derecho Administrativo, los actos que decurren de la atribución discrecional poseen limitación, tenemoslos de la ley. Así, discrecionalidad no significa arbitrariedad, factor que orienta Diogenes Gasparini a decir que aunque la Administración Pública pueda actuar con cierta dosis de libertad en la solución de un caso concreto, el acto está vinculado, amarrado a la ley<sup>419</sup>.

Así, en faz de esas nuevas concepciones jurídicas, viene consolidándose el pensamiento de que el acto administrativo, tanto vinculado cuanto discrecional, está siempre vinculado a la ley, poseyendo siempre un mayor o menor grado de discrecionalidad<sup>420</sup>. Como acentúa GARRIDO FALLA, esta visión viene siendo implantada, incluso, en el campo jurisdiccional<sup>421</sup>.

Tal posicionamiento se fortaleció con la edición de leyes de proceso administrativo, que traen limitación a la discrecionalidad, como ocurrió en Italia, España, Portugal y Brasil – en Brasil la Ley de Proceso Administrativo es a de nº 9.784, de 29.01.99 – dirigiendo la existencia de un

---

*predeterminado, puesto que la ley remite a la estimación del órgano administrativo competente alguno o algunos elementos que la integran, en función de consideraciones de oportunidad”.*

<sup>418</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Curso de Derecho Administrativo I”, op. cit., pág. 484. Éste es el comentario del autor: “Los principios generales del Derecho, cuyo destacado papel en el ordenamiento jurídico-administrativo ha quedado subrayado ya en capítulos anteriores, ofrecen una posibilidad adicional de control de la discrecionalidad. Como ya hemos puesto de relieve más atrás, la Administración está vinculada a la ley y al Derecho (art. 103.1 de la Constitución), y ello tanto cuando emana normas jurídicas (reglamentarias), como cuando dicta resoluciones concretas, por más que éstas puedan tener su origen en potestades discrecionales”.

<sup>419</sup> GAPARINI, Diogenes, “Direito Administrativo”, op. cit., pág. 96.

<sup>420</sup> FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Louzada, “Tratado de Derecho Administrativo”, op. cit., pág. 569.

<sup>421</sup> FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Louzada, “Tratado de Derecho Administrativo”, op. cit., pág. 569. Dice el autor: “Igualmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, rechazando las repetidas excepciones de incompetencia opuesta por el Ministério Fiscal para impedir que el Tribunal entrase en el fondo del asunto, admitió la posibilidad de la anulación, por vicio de forma, de actos administrativos que, en cuanto al fondo, eran discrecionales. Se venía a desterrar así la noción del acto discrecional ‘apriorístico o por naturaleza’, consagrándose la tesis de que el carácter reglado o discrecional de cualquier acto administrativo sólo puede descubrirse confrontando con la legislación vigente cada uno de los elementos de dicho acto”

cambio definitivo sobre el entendimiento de la discrecionalidad, mucho más limitada<sup>422</sup>.

Justamente por esas innovadoras circunstancias, consecuentes del tipo de Estado del final del siglo XX, que ha alterado algunos de sus aspectos de comprensión del modo de actuar de la Administración Pública, hubo una evolución en lo que se refiere a redimensionar el concepto de discrecionalidad, pasando a ser expreso que la discrecionalidad legítima se constituye de competencia administrativa, no de mera facultad, para evaluar y escoger las mejores soluciones al caso concreto.

Con todos esos factores innovadores, se amplió aún más el control jurisdiccional sobre actuaciones administrativas, con involucramiento de la discrecionalidad, como ha acontecido en Francia, Italia, España, Inglaterra, Estados Unidos y Brasil. Así, la llamada discreción administrativa posee un espacio jurídico decisorio más reducido y está balizado por la ley<sup>423</sup>.

Por tanto, en el presente momento, queda superada la idea de absoluta libertad del Administrador para ejecutar los llamados a actos administrativos discrecionales, pues, de acuerdo con la doctrina de Derecho Público de final del siglo XX e inicio del XXI, juntamente con la actual y sólida posición jurisprudencial de los Tribunales Judiciales, la discrecionalidad está limitada a las determinaciones legales, pudiendo, por esto, sufrir un rígido control jurisdiccional.

## **Acto Administrativo**

El acto administrativo es un elemento de concretización de la llamada voluntad pública, mejor sería decir voluntad de la autoridad administrativa, con producción de efectos sobre derechos de particulares. La

---

<sup>422</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit., pág. 201. Comenta la autora que, en ese aspecto, “*Meoli se refiere a tres puntos de ‘fuga del poder discrecional’: a contractualización de la actividad administrativa, la inclinación más amplia a utilizar módulos de tipo privado y a tecnización de los problemas, que torna las elecciones siempre más vinculadas a parámetros y a conocimientos que son técnicos. Di Gaspare menciona el dilución de la dicotomía legalidad-mérito y la afirmación discrecionalidad referida la actividad, más que al acto, en línea semejante la defendida por Gianini*”.

<sup>423</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Feigueiredo, “*Mutações do Direito Público*”, op. cit. pág. 298.

concepción teórica del acto administrativo surgió con el advenimiento del Estado de Derecho y la teoría de la separación de los poderes<sup>424</sup>.

De acuerdo con Gustavo Binbenojm, la concepción inicial de legalidad administrativa es consecuente de una analogía entre el acto administrativo y la sentencia judicial, en razón de lo que el acto administrativo se constituiría en una particularización de los mandamientos contenidos en la ley, en su actuación concreta<sup>425</sup>. Esta visión del acto administrativo decurre de lo que destaca Otto Mayer, para quien ésta es una noción concretada desde una analogía al concepto que los juristas integrantes de las asambleas y cuadros revolucionarios franceses tenían de la sentencia judicial que aplicaba la ley<sup>426</sup>. Ya García de Enterría, analizando esta situación observa que de allí “*se forjó el concepto clave de acto administrativo, que se consideró una declaración concreta con la que la Administración particulariza o aplica una previsión general normativa*”<sup>427</sup>.

Por esta razón, es de fundamental importancia el estudio y el conocimiento de la teoría del acto administrativo, por ser él un de los elementos fundamentales de la elaboración sistemática del Derecho Administrativo<sup>428</sup>.

Esa circunstancia originaria del acto administrativo establece la existencia de una paradoja de calificar aquellas actuaciones de la Administración Pública y al mismo tiempo excluirlas del control de los

---

<sup>424</sup> FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, op. cit. pág. 545. Los autores refieren que “*la noción de acto administrativo es indudablemente una consecuencia de la sumisión de la Administración pública a un régimen de Derecho*”.

<sup>425</sup> BINENBOJM, Gustavo, “*O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro*”, in “*Direito Administrativo e seus novos paradigmas*”, Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (coordinadores). Belo Horizonte: Fórum, 2008, pág. 155.

<sup>426</sup> MAYER, Otto, “*Derecho Administrativo Alemán*”, tomo I, parte geral, 1949, pág. 37. APUD BINENBOJM, Gustavo, “*O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro*”, op. cit. pág. 155.

<sup>427</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “*Curso de Derecho Administrativo I*”, op. cit., pág. 446.

<sup>428</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit. pág. 202. La autora, evaluando el acto administrativo, destaca: “*La Administración ejecuta la ley por medio de actos tipificados para esa actuación: los actos administrativos, cuya disciplina encuadra la actuación de la autoridad en parámetros legales, asegurando lo respeto a los derechos subjetivos de los particulares. El origen del acto administrativo viene a explicada también como continuidad o adaptación de la figura del ‘actum principis’ del Estado de Policía, pues las ideas de separación de los poderes y Estado de Derecho serían insuficientes para crearlo*”.



Tribunales Judiciales. Ahí estaría el germen de la noción de acto administrativo<sup>429</sup>.

Por esas razones, aquí condensadas al esencial, puede decirse, que el Acto administrativo, se presentó como afirmación del momento de autoridad y, en razón de ser la forma que ejecuta la ley, con incidencia inmediata sobre los particulares, siendo considerado un instrumento legal, posee presunción de legalidad y de legitimidad<sup>430</sup>.

A partir de estos elementos constitutivos fue elaborada una teoría de los actos administrativos, con catalogación, conocimiento y disciplina de los varios modos que el Estado utilizaba para actuar administrativamente, siendo incorporados al ámbito del acto administrativo varios elementos de la teoría del acto jurídico en el campo privado. En el aspecto conceptual, quedó configurado como manifestación unilateral de voluntad que declara, reconoce, modifica y extingue derechos en materia administrativa<sup>431</sup>.

Esa concepción clásica del acto Administrativo ha recibido reparos, principalmente de la doctrina italiana. Un de los aspectos cuestionados dice respecto a la conceptualización, en el relativo a la manifestación de voluntad. Ledda refiere que se alteró el óptico en cuanto al factor de la voluntad, pues, en la actualidad, estaría habiendo la necesidad de entenderse la voluntad que es expresa en el acto administrativo de forma objetiva, no como hecho psíquico, de carácter subjetivo<sup>432</sup>. Otro factor relevante es el rompimiento de la tipicidad de grande parte de los actos administrativos, en faz de la utilización indistinta de los actos administrativos, principalmente en lo que tañe su aplicación para adopción de medidas económicas y financieras, a lo que se suma la circunstancia del acto administrativo dejar de ser el foco predominante del Derecho Administrativo, en razón de muchas áreas típicas

---

<sup>429</sup> FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, op. cit. pág. 546. *“En estas declaraciones legales está, como dice FERNANDES DE VELASCO, el germen de la jurisdicción, retenida primero e delegada después, independiente, , en cualquier caso, de los Tribunales ordinarios. Pero está también el germen de la noción del acto administrativo, pues resulta obligado formar el catálogo de aquellos actos que, de acuerdo con las prescripciones legales, quedaban excluidos del conocimiento de los Tribunales ordinarios”*.

<sup>430</sup> MEDAUAR, Odete, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit. pág. 203.

<sup>431</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo – Parte General”*, op. cit. pág. 517/518.

<sup>432</sup> LEDDA, Franco *“La concezione dell’atto amministrativo e dei suoi caratteri” APUD Odete Medauar, “O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit. pág. 204.

de la actividad administrativa estén siendo destinadas a entidades personalizadas como de derecho privado<sup>433</sup>.

Sin embargo, mismo así, debe ser destacado que el acto administrativo, con los matices necesarios y la flexibilidad que hoy tiene como categoría jurídica, constituye un instrumento imprescindible de la acción administrativa, no decreciendo de importancia ni por el desarrollo de formas negociadas de actuación<sup>434</sup>.

De cualquier modo, no queda duda de que, desde la década de 90 del siglo XX, resurgió el interés por la tema, con adoctrinadores de Derecho Público reestudiando la concepción clásica de acto administrativo, en el sentido de adecuarla a la nueva compaginación y modelado del Estado y de la sociedad contemporánea<sup>435</sup>.

En la misma línea de pensamiento, en el derecho Francés, Jean-Marie Auby menciona la existencia de *“perturbaciones sufridas por la teoría de los actos administrativos: la decisión unilateral es contestada mientras método de acción pública, habiendo una saturación de la noción bajo el efecto de los refinamientos procedimentales y bajo el efecto de la inflación legislativa (...); cada vez más las decisiones administrativas se insieren en las cadenas de actos y de procedimientos en las cuales el concepto atomista de acto administrativo se encuentra un poco perdido (...); hay necesidad de una teoría de la operación administrativa e ir allende una visión microscópica centrada sobre el acto jurídico en su individualidad”*<sup>436</sup>.

Cual si ve, aunque el acto administrativo no más represente un papel de protagonista, aún configura un de los grandes tópicos del Derecho

---

<sup>433</sup> MEDAUAR, Odete, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit., pág. 205.

<sup>434</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo – Parte General”*, op. cit. Pág. 519/520. O autor ainda complementa: *“Desde el punto de vista de los ciudadanos que se relacionan con la Administración, el acto administrativo aporta seguridad jurídica como título ejecutivo que es, pues define y garantiza el contenido de tales relaciones jurídicas”*.

<sup>435</sup> CHITI, *“Monismo o dualismo n diritto amministrivo: vero o falso dilemma?”*, APUD Odete Medauar, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit. pág. 206. . Chiti alerta que *“en el período más reciente el acto administrativo no es más la modalidad ordinaria o necesaria de lo actuar administrativo, pues se adoptan siempre más actos consensuales, fruto de acuerdos con las partes interesadas”*; Pinelli, por su vez, cita la *“lenta declinación del modelo de Administración que actúa exclusivamente por actos”*. PINELLI, *“Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale”*, APUD Odete Medauar, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit. 206.

<sup>436</sup> AUBY, Jean-Marie, *“La bataille de San Romano – Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif”*, APUD Odete Medauar, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit., pág. 206.

Administrativo<sup>437</sup>. Por esto, deben ser recordadas las apropiadas consideraciones de Ricardo Villata de que se redimensiona en parte el papel del acto administrativo, contribuyendo para eliminar énfasis injustificadas, pero que no se puede reducirlo a un concepto puramente abstracto<sup>438</sup>.

Cual si ve, esas nuevas posturas sobre el acto administrativo están relacionadas con la nueva estructura, remodelada, del Estado postmoderno, lo actual Estado Social y Democrático de Derecho, indicando que habrá una continuidad del debate para redimensionamiento de los aspectos conceptuales del acto administrativo durante el siglo XXI.

## Contrato Administrativo

De una manera general, se puede decir que la Administración necesita contratar con particulares o empresas para la realización de algunos de sus fines, cuando no posea condiciones de los alcanzar por medios propios. Así, en los primórdios del siglo XX, aún bajo el palio del Estado liberal, en Francia, fueron modelados los elementos fundamentales de la teoría del contrato administrativo<sup>439</sup>.

Esos aspectos innovadores del Derecho Administrativo, aunque hayan sido inicialmente rechazados por los ordenamientos de Italia y Alemania, tuvieron su adopción por otros países, como en el caso de España

---

<sup>437</sup> MEDAUAR, Odete, “*Administração Pública: do ato ao processo*”, in *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*, Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2008, pág. 418.

<sup>438</sup> VILLATA, Ricardo, “*L’atto amministrativo*”, na obra coletiva *Diritto Amministrativo*, vol II. Bolonha: Monduzzi, 1998, pág. 1390. APUD MEDAUAR, Odete, “*Administração Pública: do ato ao processo*”, op. cit. pág. 411. “*lo cuanto hasta ahora se observó redimensiona en parte el papel del acto administrativo (o mejor, contribuye para eliminar énfasis injustificadas), pero no debe conducir al opuesto, y aún más discutible, convencimiento de que el propio acto se reduciría a un concepto puramente abstracto, la mera categoría lógica inexistente en la realidad, de la cual no sería posible buscar una disciplina constante. Mismo en lo más amplio cuadro de una actividad funcionalizada y procedimentalizada, los actos constituyen instrumento típico (no el único) por el cual la Administración actúa y de lo cual son analizados estructura y función, tipología y eficacia, requisitos de validez, etc.*”.

<sup>439</sup> ARANGUREN, Juan-Cruz Alli, “*Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*”, op. cit. pág. 426. Según el autor, “*El incremento de la contratación exigió elaborar un nuevo régimen, que entro en vigor en 1866, e introdujo la impugnación contra las decisiones discrecionales de la Administración y la indemnización de perjuicios derivados de la modificación del trabajo y la resolución unilateral. Se mantuvieron la supremacía administrativa y las decisiones unilaterales en los diversos contratos, particularmente en el de obras públicas, sobre imposición de obras no previstas, vigilancia, revocación por insubordinación, incapacidad o falta de probidad, etcétera*”.

que creó un derecho propio para la contratación administrativa diferenciada del derecho privado<sup>440</sup>.

Esa nueva concepción de contrato regido por el derecho administrativo terminó por firmarse en el mundo, con formación de una teoría de contrato diferente del contrato privado, donde es asegurado el servicio del interés público, sin perjuicio a los intereses del particular contratado<sup>441</sup>. Este tipo de contrato, el contrato administrativo, debía rellenar tres requisitos: a) recibir tal calificación por ley; b) tener por objeto la propia ejecución de un servicio público; c) contener cláusulas “exorbitantes”<sup>442</sup>.

Por largo tiempo así permanecieron las bases del contrato administrativo, cuya situación pasó a si modificar desde los años 70 del siglo XX, alcanzando dos aspectos de renovación: a) empieza a haber una predicación por la simplificación de procedimientos de contratación pública<sup>443</sup>; mayor libertad a la Administración en la elección de contratados<sup>444</sup>; inclinación a la paridad o menor desigualdad de las partes, teniendo en cuenta por una preocupación con lo particular contratado<sup>445</sup>; b) se inicia una busca por la atenuación de carácter unilateral e impositivo de la actividad administrativa, con aumento del uso de módulos convencionales, contractuales o consensuales, la llamada Administración arreglada. Las soluciones pasan a ser obtenidas mediante la concordancia entre Administración e interesados, alejándose decisiones unilaterales impuestas<sup>446</sup>.

Por tanto, al lado del típico contrato administrativo entre Administración y particular, aumentan los acuerdos entre Administración y grupos o entidades representativas, como los contratos de programa utilizados en el ordenamiento Francés o los acuerdos colectivos realizados en los contratos de empleo público, muy utilizados en la década de 80 en Italia.

---

<sup>440</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, op. cit., pág. 572. En ese sentido refiere el autor: “*Sin embargo, algunos ordenamientos jurídicos, como el francés y el nuestro, han sancionado dichas prerrogativas en la ley, creando en consecuencia un Derecho propio de la contratación administrativa diferenciado del Derecho Privado*”.

<sup>441</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit., pág. 207.

<sup>442</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, “*Curso de Direito Administrativo*” op. cit. pág. 579.

<sup>443</sup> GIANINI, “*Diritto amministrativo*”, APUD Odete Medauar, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit. pág. 208.

<sup>444</sup> RAINAUD, “*Lê contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public*”, APUD Odete Medauar, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit. pág.208.

<sup>445</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit. pág. 208. A autora refere uma série de dados, onde esta incluso uma decisão do Conselho de Estado Francês – *Societé Les Etablissements Serfait* – extraídos da obra de RAINAUD *Lê contrat administratif*.

<sup>446</sup> GIANNINI, “*Il Pubblico Potere: Stati e Amministrazioni*”, APUD Odete Medauar, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit. pág. 209.

Desde 1990, delante de los nuevos aspectos del Estado contemporáneo, con afirmación de una democracia pluralista y participativa, tiene continuidad el pensamiento evolutivo, con confirmación y ampliación de las nuevas inclinaciones del contrato administrativo, haciendo surgir a las expresiones: Gobierno por contrato, derecho administrativo pactante, derecho administrativo cooperativo, administración por acuerdos, contratación de las políticas públicas<sup>447</sup>.

Así, las nuevas tendencias del contrato administrativo consideran cada vez con más énfasis y tornan preferibles las formas de actuación que tengan en cuenta la voluntad de los ciudadanos en las concretas relaciones jurídicas que con ellos se establecen. Buscan un nuevo modelo de de “*government by contract*”, con establecimiento del consenso siempre que sea posible, resultando en un plus de legitimidad democrática<sup>448</sup>.

Como bien refiere Luciano Parejo Alfonso, en la actualidad, los contratos públicos deben contener una cierta reciprocidad de las posiciones de las partes, con establecimiento de un equilibrio contractual, que, en este caso, compensa las consecuencias de la conexión del contrato con el interés colectivo, con una mayor protección al particular contratado<sup>449</sup>.

En el mismo contesto de evaluación, García de Enterría advierte que puede darse por concluyentemente liquidada la etapa en la que el contrato administrativo y el contrato privado eran considerados como realidades radicalmente diferentes y rigurosamente separadas<sup>450</sup>.

En esa línea de evolución, Francia, Italia y Inglaterra poseen diverso tipos de contrato dentro de esa nueva concepción contractual, en que la acción pública es debatida y negociada más junto del ciudadano. En el

---

<sup>447</sup> GAUDIN, “*Gouverner par contrat*”; Anne Davis, “*Accountability: a public law analysis of government by contrat*”; APUD Odete Medauar, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit. Pág. 212; JUSTEN FILHO, Marçal, “*Comentários à lei de licitações e Contratos Administrativos, de acordo com a Lei Federal nº 8.883 de 08.06.1994*”, 4ª edição. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1996, pág. 39. El autor, en el tocante a la nueva situación de los contratos administrativos refiere: “(...) doctrina apunta una tendencia a la contratación de la actividad administrativa como reflejo de la ampliación de los límites del concepto de Estado Democrático de Derecho”.

<sup>448</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, op. cit. pág. 568.

<sup>449</sup> ALFONSO, Luciano Parejo, “*Leciones de Derecho Administrativo*”, op. cit. pág. 430.

<sup>450</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “*Curso de Derecho Administrativo I*”, op. cit. pág. 702. “*En el ámbito de la contratación de los entes públicos como en tantos otros conviven ya sin escándalo el Derecho Administrativo y el Derecho privado. Cualquier contrato es capaz de reflejar elementos del uno y del otro, sin que por ello varíe la esencia del instituto contractual*”.

ámbito español, Miguel Sánchez Morón, apunta las siguientes modalidades e instrumentos de la acción negocial de la Administración: a) **negociaciones informales**, previas a la adopción de una decisión o incluso de una iniciativa(...); b) **acuerdos programáticos**, mediante los que los gobiernos se comprometen políticamente em virtud de un pacto com organizaciones sociales(...); c) **terminación convencional** de los procedimientos administrativos, es el supuesto en que la administración sustituye una decisión unilateral por un acuerdo o pacto o bien firma um acuerdo o convenio preparatório de una decisión unilateral (convênios urbanísticos, parte de los acuerdos que se alcanzan en la negociación colectiva de los funcionarios públicos, o de los convenios expropiatorios); d) **convenios de colaboración** que celebra la Administración, cada vez más numerosos y variados por su contenido(...); e) **contratos de las Administraciones Públicas en sentido estricto**, que son negocios jurídicos similares o equivalentes a aquellos que pueden celebrarse entre sujetos de Derecho privado, pero en los que unas de las partes es una Administración Pública <sup>451</sup>.

En Brasil, de igual forma, viene se diseminando: los **convenios** – visan firmar acuerdo entre la Administración y las organizaciones particulares, para realización de objetivos de interés común; los **consorcios** – éste es un instrumento que busca la asociación entre la Administración y otros entes, públicos o privados, para facilitar la gestión de servicios públicos; los **contratos de gestión** (art. 37, 8º, EC nº 19/98) – se tratan de instrumento que surgió en consecuencia de la busca por la modernización de la Administración Pública y objetiva la celebración de acuerdos, con vista a la eficiencia en la prestación de los servicios públicos; los **contratos de aparcerías público-privadas** (Ley n º 11.079, de 30.12.2004) – es un instrumento que lo posibilita una conjunción de esfuerzos entre Administración y empresas privadas en el sentido de ser aseguradas inversiones prioritarias, particularmente en infraestructura, con la finalidad de ser atendido el interés público; los **compromiso de cesación de práctica bajo investigación** (art.53) y el **compromiso de desempeño** (art.58) – previstos en la Ley 8.884/1994; y el **Término de ajustamiento de Conducta** (Ley 8.078/1990).

## Servicio Público

La definición de lo que sea servicio público quien establezca es cada sociedad, conforme su sistema jurídico. Es la visión de elección de las

---

<sup>451</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, op. cit. pág. 567/570.

políticas públicas, cuyo procedimiento deriva de las normas constitucionales, de las leyes, de la jurisprudencia y de las costumbres existentes en cada momento histórico<sup>452</sup>.

Y efectivamente así si posta la cuestión, demostrando la dificultad para ser establecida una concepción universal sobre servicio público. Por esto, en la busca de su comprensión, se debe primero conocer el momento de creación del entendimiento sobre servicio público para, después, ser verificados los elementos de su evolución, consonante el tipo de Estado y su momento histórico. Alli Aranguren<sup>453</sup> menciona que existe una concepción francesa de servicio público como actividad propia del poder que, según ROLLAND, inspiró la organización y el funcionamiento administrativos, como el fenómeno central del Derecho Administrativo francés, alrededor del cual se organiza todo<sup>454</sup>.

La noción de servicio público, como expresa Chevallier, posee muchas controversias y no se refieren solo a un problema de delimitación y de gestión pública, sino que expresan una interrogante de conjunto sobre el lugar y las misiones del Estado<sup>455</sup>. En ese aspecto, Deguit advirtió que se trataba de una teoría del Estado de carácter jurídico y abstracto, con el servicio público siendo el fundamento y el límite del poder<sup>456</sup>.

En secuencia, cuando fue formada la conocida Escuela de Servicio Público francesa, bajo el liderazgo de Duguit y Jèze, hubo con Duguit formulación de la siguiente concepción: “*Servicio público es todo el*

---

<sup>452</sup> GROTTI, Dinorá, “*O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*”. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pág. 87. La autora presenta la siguiente definición: “*Cada pueblo dice lo que es servicio público en su sistema jurídico. La calificación de una dada actividad como servicio público remete al plan de la concepción del Estado sobre su papel. Es el plan de la elección política, que puede estar fijada en la Constitución del País, en la ley, en la jurisprudencia y en las costumbres vigentes en un dado tiempo histórico*”.

<sup>453</sup> ARANGUREN, Juan-Cruz Alli, “*Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*”, op. cit. pág. 437.

<sup>454</sup> ROLLAND, I., “*Cours de droit administratif*”, *DES de droit public, 1935/1935, Paris, Les cours de droit, p. 12*. APUD ARANGUREN, Juan-Cruz Alli, “*Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*”, op. cit. pág. 437. Este motivo llevó el autor a presentar la siguiente definición: “*una empresa que, bajo la alta dirección de los gobernantes, está destinada a dar satisfacción a las necesidades colectivas del público, en defecto de la iniciativa privada y que, en Francia, está normalmente sometida a un régimen jurídico especial*”.

<sup>455</sup> CHEVALLIER, J., “*Le service public, Paris, PUF, 2003, pp. 3 y 6*. APUD ARANGUREN, Juan-Cruz Alli, “*Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*”, op. cit. pág. 438.

<sup>456</sup> DUGUIT, L. “*Traité de Droit Constitutionnel, I, Paris, Boccard, II, 1928, p. 62*. APUD ARANGUREN, Juan-Cruz Alli, “*Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*”, op. cit. pág. 438. “*el servicio público es el fundamento y el límite del poder gubernamental. Y por ello mismo mi teoría del Estado se encuentra acabada*”.

*actividad cuya realización debe ser asegurada, disciplinada y controlada por los gobernantes, porque la realización de esa actividad es indispensable a la efectuación y al desarrollo de la interdependencia social y no se puede realizar sino con la intervención de la fuerza gubernamental”*<sup>457</sup>.

Con el fortalecimiento de esa noción, hubo su difusión por todo el mundo occidental, consolidándose el entendimiento de que servicio público exige prestación por el Poder Público y bajo régimen de Derecho Público<sup>458</sup>. Después la segunda grande guerra, por influencia norte-americana en Europa, comenzó a operar una profunda modificación en la postura sobre lo que sea servicio público, por consecuencia de un modelo liberal, democrático y predominantemente regulatorio<sup>459</sup>.

Mediante las nuevas circunstancias, empieza a modificarse el entendimiento de lo que sea servicio público. Analizando esta situación, que llamó la crisis del Estado social y la noción restringida de servicio público, Miguel Sánchez Morón manifiesta que la concepción unitaria de Estado como institución prestadora de servicios nunca tuvo aceptación universal, en la medida que, como contrapunto, había otra ideología que era defensora del mercado y de la iniciativa privada, defensora de que los poderes públicos deberían ejercer las funciones de regulación y control<sup>460</sup>.

Así, con la Unión Europea y la creación del Derecho Comunitario europeo hubo el apareamiento de un nuevo escenario jurídico en el ámbito que tradicionalmente se configuraba como servicio público, favoreciendo la actuación de protagonistas adeptos de la liberación, de la

---

<sup>457</sup> DUGUIT, Leon, “*Traité de droit constitutionnel*”, ed. De 1927, APUD Odete Maduar, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit., pág. 215.

<sup>458</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit., pág. 216.

<sup>459</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “*Mutações nos Serviços Públicos*”, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, número 1 – fevereiro/março/abril de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil, pág. 11. El autor refiere que servicio público pasó a ser reflejo de “*un modelo liberal, democrático y predominantemente regulatorio, en el cual el Estado no más es el prestador de servicios, limitándose a establecer las reglas para que el sector privado ejecute los ‘public utilities’, se hizo regalo en varias legislaciones de importantes países del Viejo Mundo y, desde estos modelos, en los de América Latina*”

<sup>460</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, op. cit., pág. 754. En ese aspecto, el autor advierte: “*Ahora bien, la concepción unitaria del Estado como institución prestadora de servicios no ha tenido nunca aceptación universal, pues a la virtualidad expansiva del intervencionismo público que tiene se ha opuesto, con éxito en momentos y lugares diferentes, otra ideología defensora del mercado y de la iniciativa privada, partidaria de relegar a los poderes públicos a funciones de regulación y control, salvo excepciones justificadas o derivadas de tradiciones y valores constitucionales*”.



privatización, y de la compleja terminología regulación-autorregulación-desregulación<sup>461</sup>.

Por tanto, con la Unión Europea hubo un cambio en el papel del Poder Público, así como en la propia estructura y en la función de los sectores que tradicionalmente se configuraban como servicio público, alterándose, de manera fundamental, el concepto de servicio público. Desde entonces, como es manifestado en el Derecho Público español, pasa a darse consideración de servicio público a la actividad o sector que atienda al interés general (art. 128.1 de la CE), siendo que, en el ámbito local, el servicio público tiene de tener su posibilidad definida en ley (srt. 86.3 de la LBRL), debiendo siempre ser atendidos los principios de la continuidad, de la igualdad en la prestación del servicio y solidaridad. Consonante esos aspectos, los servicios públicos poseen una libre organización, que se manifiestan de tres formas: 1. Libre organización en forma de gestión directa o indirecta de servicio; 2. Libre organización en forma de Derecho público o privado; 3. Libre organización en forma de monopolio (cuando sea posible) o de libre competencia<sup>462</sup>.

Sin embargo, esta nueva visión de servicio público, consecuente de las aumentadas tendencias europeas que pretenden, alcanzando el meollo de la regulación y de la liberalización, una desregulación para que los nuevos sectores vengan a poseer un mayor carácter privado, puesto que *“no existe publicacio. Más bien estamos ante un mercado”*<sup>463</sup>, y aunque haya repercutido en los países europeos y también en los de América del Sur, el hecho ha propiciado muchos debates sobre la permanencia o no de la noción de servicios públicos.

Comoquiera, el cierto es que hay una nueva postura de entendimiento sobre servicios públicos influenciada por el Derecho Administrativo Comunitario Europeo e influenciando la noción de servicio público de los demás países del Continente y fuera de él.

Las concepciones de la Unión Europea tienen en cuenta un sistema ordenado en razón de objetivos de integración y circulación de

---

<sup>461</sup> GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *“El Derecho Administrativo Europeo”*, tercera edición. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005, pág. 165.

<sup>462</sup> GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *“El Derecho Administrativo Europeo”*, op. cit., págs. 166/167.

<sup>463</sup> GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *“El Derecho Administrativo Europeo”*, op. cit., págs. 167 e 169.

mercaderías y servicios. Tanto que el Derecho Comunitario admite que la libre competencia se aplica a la actividad económica o mercantil de los poderes públicos<sup>464</sup>.

En ese sentido, como bien dimensiona Ricardo Rivero Ortega, las últimas experiencias liberalizadoras y privatizadoras de la economía propiciaron una revisión del concepto de servicio público, teniendo en cuenta los límites que el Derecho Comunitario estableció como restricciones a libre competencia, motivo que lo lleva a reinterpretación de la definición de servicio público<sup>465</sup>.

Brasil, por su vez, diferencia el servicio público de la actividad económica, en faz del determinado por lo art. 173 de la CF – la exploración directa de la actividad económica por el Estado solo será permitida en razón de la seguridad nacional o relevante interés colectivo – y por lo art. 175, de la Constitución Federal – en la forma de la ley, cabe al Poder Público, directamente o bajo el régimen de concesión o permiso, la prestación de servicios públicos – .

En conclusión, como destaca Odete Medauar, se vuelve innegable *“pensar de modo evolutivo en el tocante al servicio público para inserir el dato económico, la gestión privada, la competencia, sin abolir la presencia del Estado, el aspecto social, los derechos sociales”*<sup>466</sup>.

## **Concesión de servicio público**

Desde el siglo XIX que el instituto de la concesión de servicio público es utilizada, principalmente en Europa, cuando el Poder Público no podía asumir los encargos de los servicios que exigían grandes inversiones y personal técnico especializado para el ejercicio de tales actividades. La

---

<sup>464</sup> C.JONES/M. VAN DER WOUDE, EC *“Competition law Handbook”*, London, 2004, APUD GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *“El Derecho Administrativo Europeo”*, op. cit., pág. 213. En ese sentido el autor advierte: *“el Derecho comunitario de la competencia se aplica a la actividad económica o mercantil de los poderes públicos. De este modo, éstos no pueden incurrir en abuso de posición dominante y han de respetar un preciso régimen jurídico en materia de ayudas públicas o de concentraciones previsto en el TCE y la Constitución Europea”*.

<sup>465</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, *“Derecho Administrativo Económico”*, cuarta edición. Madrid: Marcial Pons, 2007, págs. 178/179. el autor da la siguiente definición: *“conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer a las empresas que presten actividades de interés general para garantizar a todos ciertas prestaciones básicas de calidad y a precios asequibles”*.

<sup>466</sup> MEDAUAR, Odete, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit. pág. 217.

transferencia de las actividades para el sector privado se daba mediante ejecución con tarifa paga por el usuario, especialmente en las relativas a transportes, suministro de agua y energía, telecomunicaciones y servicios postales<sup>467</sup>. Posteriormente, desde los años 30 del siglo XX, las concesiones tuvieron un período de estagnación y declinación, en virtud de las inclinaciones estatalizantes y de la inestabilidad económica generada por dos grandes guerras mundiales.

Sin embargo, desde los años ochenta, iniciándose la aplicación de los aspectos atinentes a la reforma del Estado, con implantación de una Administración participativa, con decisiones de acuerdo y que llevó a la adopción del criterio administrativo de la privatización, originó la apertura de la libre concurrencia con transferencia de servicio para el ámbito privado, de forma paulatina, pero muy intensa<sup>468</sup>.

En ese caso, la Unión Europea, por haber planteado líneas muy firmes en dirección a la privatización, también tuvo grande influencia sobre lo reinicio de la utilización de la concesión de servicio público al particular. En ese sentido, el Derecho Público español tuvo una mayor utilización del instituto de la concesión que otros Derechos europeos (a ese ejemplo el Derecho germánico), demostrando que lo empleo de la colaboración de particulares en el ejercicio de actividades administrativas, generalmente se da por medio de la concesión<sup>469</sup>.

Como destaca Ricardo Rivero Ortega, los servicios públicos pueden ser prestados de forma directa o indirecta. *“En este último caso, la modalidad más frecuente de gestión es la concesión, un contrato administrativo típico por el cual la Administración encarga a un empresario privado la gestión de una actividad consistente en la prestación de un servicio público”*<sup>470</sup>.

En España, el régimen jurídico básico de las concesiones de servicio público está en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLR – Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), siendo relevante mencionar las obligaciones generales del concesionario (art. 161): a) el servicio con la continuidad convenida y

---

<sup>467</sup> MEDAUAR, Odete, *“O Direito Administrativo em Evolução”*, op. cit. pág. 217.

<sup>468</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo – Parte General”*, op. cit., pág. 756.

<sup>469</sup> GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *“El Derecho Administrativo Europeo”*, op. cit., pág. 194.

<sup>470</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, *“Derecho Administrativo Económico”*, op. cit. pág. 181.

garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones establecidas(...); b) cuidar del buen orden del servicio(...); c) indemnizar de los daños causados a terceros como consecuencia de los daños producidos por la realización del servicio(...); d) respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio(...).

En Brasil, de igual forma, ha ocurrido una expansión en la utilización de las concesiones de servicio público, pudiéndose referir, entre otras, la Ley general de las concesiones (Ley nº 8.987, de 13.12.1995); la ley que reglamenta a otorga y las prórrogas de las concesiones y permisos de servicios públicos (Ley nº 9.074, de 07.07.1995); y la Ley que regula la aparcería público-privada (Ley nº 11.079, de 30.12.2004).

En faz de estos nuevos factores que envuelven la concesión de servicio público, resalta el enfoque relativo a la protección del usuario, pues teniendo los servicios sido repasados al sector privado, se volvió necesario el establecimiento de reglas de fijación y protección de los derechos del usuario. En Francia y Italia fueron elaboradas las llamadas a *cartas de los usuarios*; en Inglaterra, las *cartas de los ciudadanos*<sup>471</sup>. En España, son varios los dispositivos legales que regulan los derechos de los usuarios: el art. 29.1 LJCA trata del derecho de acceso las prestaciones de servicio público, admitiendo recursos contra la inactividad de la Administración; la ley que regula sobre las actividades “*el defensor del Pueblo*” (Ley Orgánica nº 3, de 06.04.1981), en el tocante la posibilidad de ser formuladas quejas o reclamaciones; y de la regulación del derecho de participación de los usuarios (art. 27.5 y 7 de la CE). En Brasil, por medio de la Enmienda Constitucional nº 19/1998, que realizó a Reforma Administrativa del Estado, fue remetida a la ley la disciplina de las formas de participación del usuario y del acceso a registros e informaciones (el código de defensa del consumidor – Ley nº 8078/1990 – posee algunas reglas sobre lo tema y se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional, Proyecto de ley que dispone sobre la protección y defensa de los usuarios de los servicios públicos – Proyecto de Ley nº 6.953/2000).

Juntamente con esa nueva visión de los institutos administrativos examinados, también surgieron algunas temas nuevas, como

---

<sup>471</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. cit., pág. 218.

los relativos la: **Derecho Administrativo Económico, Proceso Administrativo, Administración participativa y transparencia de la Administración.**

Como **Administración participativa y la transparencia de la Administración**, ya fueron debidamente analizados el foco será dirigido tan sólo para el **Derecho Administrativo Económico y al Proceso Administrativo.**

### **Derecho Administrativo Económico**

Aunque siempre hayan ocurrido estudios sobre los aspectos económicos de la contratación administrativa, fue en la década de 70 del siglo XX, que comenzaron las ediciones de obras con a titulación de derecho público económico o derecho público de la economía<sup>472</sup>. Sin embargo, desde la década de 90 del siglo XX, con una nueva estructura consecuente de una nueva compaginación del Estado, con una Administración participativa y dirigida para un sistema de privatizaciones, con transferencia de servicios públicos para la órbita privada, hubo un perfeccionamiento en su concepción teórica, resurgiendo de una manera muy fuerte, principalmente en Francia, en Italia y en España. Por señal, Ricardo Rivero Ortega, un de los grandes adoctrinadores españoles en esa tema, menciona que *“La perspectiva económica, desde el punto de vista de la asignación eficiente de los recursos, puede enriquecer las decisiones jurídicas, tanto de contenido regulador como de aplicación de las normas; por eso los juristas deben tener muy en cuenta la Economía. Y los economistas también deben estudiar Derecho, por sus repercusiones sobre el sistema económico”*<sup>473</sup>.

En Brasil, asimismo, con la democracia participativa, hubo una revisión del proceso decisorio de la Administración, cuando pasaron a ser

---

<sup>472</sup> LAUBADÈRE, “*Droit public économique*”; GIANNINI, “*Diritto pubblico de l’economia*”; APUD Odete Medauar, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, op. Cit. pág. 182.

<sup>473</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero Ortega, “*El derecho Administrativo Económico*”. Op. cit. pág. 15. O autor cita vários doutrinadores sobre a matéria, entre os quais podem ser referidos: Ariño Ortiz/Lopes de Castro, “*Economía e Derecho*”, em *Princípios de Derecho público econômico*, 3ª ed., Comares, Granada, 2004; Corcuera Atienza/García Herrera (eds.), *Derecho y Economía em el Estado Social*, Tecnos, Madrid, 1988; Cooter/Ulman, “*Derecho y Economía*”, FCE, México, 1977; HAYEK, “*Fundamentos de la Libertad*”, EU, Madrid, 1998; MERCURO, “*Derecho y Economía*”, IEF, Madrid, 1991; PASTOR, “*Sistema Jurídico y Economía. Uma introdução al análisis econômico Del Derecho*”, Tecnos, Madrid, 1989; REICH, “*Mercado y Derecho*”, Ariel, Barcelona, 1985 ( con Prólogo de Eduardo Galán Corona).

editadas varias obras, siendo adoptada como línea de denominación a de Derecho Administrativo Económico.

En los moldes actuales, el Derecho Administrativo Económico sería una visión postmoderna de Administración Pública, donde serían estudiados los aspectos relativos a las normas, instrumentos y organismos representativos del Estado, de la Administración directa o indirecta, buscando su enfoque económico, en faz de las privatizaciones, consonante los servicios públicos concedidos o permitidos, la concurrencia y el sistema regulador y sus agencias reguladores.

En ese contexto, como bien advierte Ricardo Rivero Ortega, el Derecho Económico es una materia interdisciplinar, dedicada el análisis de cuestiones como la regulación de mercados, el régimen de competencia, los derechos de los consumidores y la protección del medio-ambiente<sup>474</sup>.

Igual postura es adoptada en el ámbito de la doctrina brasileña, cuyo entendimiento es manifestado en el sentido de que el Derecho Económico busca analizar el conjunto de normas que disponen sobre la actuación pública y privada en la economía, conformando una forma híbrida, con ubicación de reglas tanto del Derecho Público cuanto del Derecho Privado<sup>475</sup>.

De esa forma, el Derecho Administrativo Económico es una nueva lectura de la acción del Estado, teniendo en cuenta las cuestiones de Poder del Estado y la situación económica, con reflejo de las reglas de mercado, para compatibilización de las cuestiones relativas al llamado interés público, al interés privado y al derecho de los usuarios.

Por tanto, teniendo en cuenta los parámetros del llamado modelo contractual, en que grande parte de las acciones del Estado son concretadas por medio de contrato con los particulares y, de acuerdo con las

---

<sup>474</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, *“El Derecho Administrativo Económico”*, op. cit. pág. 15. Con referencia con Derecho Económico, el autor menciona: *“Abarca sectores del ordenamiento jurídico no integrados exclusivamente ni en el Derecho público ni en el Derecho privado (el Derecho del mercado de valores, por ejemplo), y que por tanto han que ser estudiados desde ambos puntos de vista, necessariamente complementarios”*.

<sup>475</sup> Cf. Orlando Gomes e Antunes Varela, *“direito Econômico”*, 1977, pág. 4, APUD GONÇALVES, Cláudio Cairo, *“O contrato Administrativo como Fenômeno Atual do Direito Econômico”*, Revista Gestão Pública e Controle, vol. 1, nº 3. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007, págs.113/150. Ver ainda obra coletiva coordenada por Ari Sundfel, *“Direito Administrativo Econômico”*, São Paulo, 2000.

nuevas concepciones de Administración Pública pluralista, participativa y transparente, las decisiones administrativas tienden a ser de acuerdo, buscando la mediación en busca de la mejor solución para cada situación, invariablemente, hay que establecerse una línea de procedimiento que envuelva los conocimientos de Derecho y Economía<sup>476</sup>.

Siendo así, aún en la estera de las lecciones de Ricardo Rivero Ortega es de ser referido que si la economía puede definirse como la ciencia de las elecciones humanas – en la distribución de recursos escasos o en la selección de fines alternativos –, el derecho ha de considerarse la principal herramienta orientadora de las distintas opciones a disposición de los agentes económicos<sup>477</sup>.

En esa evaluación sobre la importancia del Derecho Administrativo para la economía, resulta el entendimiento de que el Derecho Administrativo Económico posee aplicación como el derecho de las políticas públicas de control de la economía<sup>478</sup>. En cuya situación, el Derecho Administrativo Económico debe atender la toda gama de principios básicos que forman la teoría general del Derecho Administrativo, pues la mayor o menor aplicación de estos principios que se encuentran en todo el ordenamiento, compuestos por leyes y reglamentos que regulan la Economía, posibilitan la existencia de un estatuto peculiar de las empresas operadoras, incluyendo garantías de defensa de los intereses de los destinatarios de sus bienes y servicios<sup>479</sup>.

Por tanto, en el actual contexto del Estado contemporáneo, está se firmando y difundiendo una nueva visión jurídica de comprensión, interpretación y orientación de la acción desarrollada por la Administración

---

<sup>476</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “*Mutações do Direito Público*”, op. cit. pág. 333/340.

<sup>477</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, “*El Derecho Administrativo Económico*”, op. cit., pág. 13.

<sup>478</sup> AGUILLAR, Fernando Herren, “*Controle Social de Serviços Públicos*”. São Paulo: Max Limonad, 1999, pág. 98.

<sup>479</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, “*El Derecho Administrativo Económico*”, op. cit. pág. 18. O autor embasa o seu entendimento sobre Administração Econômica e Direito Administrativo Econômico em vários autores, entre os quais, menciona-se: BALLBÉ, “*La proyección del Derecho en la Administración económica*”, *DA*, num. 46, 1991; De Ahumada Ramos, “*Materiales para el estudio Del Derecho administrativo económico*”, Dykinson, 2001; Fernandez Rodríguez, “*Administración imperativa y Administración concertada en la vida económica*”, en *El nuevo Derecho de la empresa*, Madrid, 1989; MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, “*Derecho Administrativo económico*”, *La Ley*, Madrid, 1988; ídem, “*Las Nuevas perspectivas de la Administración económica*”, *RAP*, núm. 116, 1988; MANZANEDO/HERNANDO/GÓMEZ REINO, “*Curso de Derecho administrativo económico*”, IEAL, Madrid, 1970; ORTEGA, Ricardo Rivero, “*Administraciones Públicas y Derecho privado*”, Macial Pons, Madrid, 1998.

Pública, con el Derecho Administrativo Económico pasando a tener un papel de destaque en el nuevo tipo de Estado.

## Proceso Administrativo

Otro aspecto innovador en el ámbito de la Administración Pública, consecuente de la compaginación del Estado contemporáneo, envolviendo las concepciones pluralistas, participativas y transparentes, es lo de que la Administración pasa a adoptar una serie de procedimientos encadenados para alcanzar una decisión sobre determinada situación, se trata del **procedimiento administrativo** o **proceso administrativo**.

Aunque esta cuestión – Proceso o Procedimiento – envuelva apenas el *nomen júrís* que se deba atribuir al diploma que deba ser elaborado, es importante definirlo porque el nombre decurre de la comprensión que se tiene de los objetivos que serán regulados<sup>480</sup>.

En este aspecto, la primera situación que aflora es la concerniente al hecho de la moderna Administración Pública poseer o no jurisdicción y, vía de consecuencia, ejercer atribuciones relativas a la jurisdicción, como, en el caso, la elaboración de proceso.

Los procesalistas brasileños, en la postura del entendimiento adoptado internacionalmente, poseían la inclinación de reservar la expresión jurisdicción tan sólo al ejercicio del Poder Judicial, aunque reconociendo la dificultad de la distinción entre la **función jurisdiccional** y la **función administrativa**<sup>481</sup>.

Esa concepción de que la procesalidad sería típica y exclusiva de la función jurisdiccional<sup>482</sup>, vigente en el mundo, a los pocos fue se alterando y pasó a ser acentuada la idea de la extensión de la figura procesal a otras actuaciones estatales<sup>483</sup>. Adolfo Merkl preconizó que era inaceptable esa

---

<sup>480</sup> A. B. COTRIM NETO, “Código de Processo Administrativo – sua necessidade, no Brasil”, RDP – Revista de Direito Público nº 97, pág. 38.

<sup>481</sup> A. B. COTRIM NETO, “Código de Processo Administrativo – sua necessidade, no Brasil”, op. cit. pág. 38.

<sup>482</sup> MEDAUAR, Odete, “O direito administrativo em evolução”, op.cit. pág. 221.

<sup>483</sup> MEDAUAR, Odete, “O direito administrativo em evolução”, op.cit. pág. 221.



reducción, porque el proceso puede ocurrir en cualquiera de las funciones<sup>484</sup>. Cretella Júnior, en el mismo sentido, ya había se manifestado diciendo que el proceso administrativo es proceso; y proceso es verdadera categoría jurídica<sup>485</sup>. En la actualidad, entre los procesalistas contemporáneos, Fazzalari manifiesta que el proceso es también instituto empleado para el desempeño de las funciones de legislación, administración y jurisdicción voluntaria<sup>486</sup>. Del mismo modo se ha pronunciado los procesalistas brasileños, Antonio Carlos A. Cintra; Ada Pellegrini Grinover; y Candido Rangel Dinamarco, a lo refieran que el concepto de proceso trasciende el derecho procesal y que, por ser instrumento de ejercicio del poder, está presente en todas las actividades estatales<sup>487</sup>.

Colocada esta noción jurídica de proceso en sentido genérico, se constata que, en la actualidad, adoctrinariamente, no existe óbice para utilización de la denominación proceso en el ámbito administrativo. Sin embargo, no raro, administrativistas como Hely Lopes Meirelles y Carlos Ari Sunfeld, considerando que la definición de proceso y procedimiento está siempre unida al proceso judicial, integran la parcela de la doctrina nacional que pasó a defender la adopción del término procedimiento para la función administrativa<sup>488</sup>.

Sin embargo, como bien explicita Cretella Júnior, hay que establecerse distinción entre proceso y procedimiento: *“Para nosotros, ‘proceso’ es el todo; ‘procedimiento’ son las partes que integran ése todo. Adentro de una operación mayor y global, contenciosa o no, penal, civil o administrativa, que se desarrolla entre dos momentos distintos – ‘el proceso’ – que, en bloque, formando una unidad, afluyen para completar la operación más compleja, mencionada”*<sup>489</sup>.

---

<sup>484</sup> MERKL, Adolfo, *“Teoria general Del derecho administrativo”*, tradução espanhola publicada no México. México: Nacional, 1975, pág. 279. APUD MEDAUAR, Odete, *“O direito administrativo em evolução”*, op. cit., pág. 221. “del punto de vista jurídico-teorético no es sostenible esa reducción, porque el ‘proceso’, por su propia naturaleza, puede ocurrir en todas las funciones estatales, posibilidad que se va actualizando cada vez más”.

<sup>485</sup> CRETILLA JÚNIOR, José, *“Tratado de Direito Administrativo”*, Vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1970, pág. 19e 20.

<sup>486</sup> FAZZALARI, *“Pubblica amministrazione e ordinamento democrático. Il Foro italiano, jul.-ago., pág. 5.* APUD MEDAUAR, Odete, *“O direito administrativo em evolução”*, op. cit., pág. 222.

<sup>487</sup> CINTRA, Antonio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel, *“Teoria Geral do Processo”*, 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, op. cit., pág. 278. Según los autores *“Proceso es concepto que trasciende el derecho procesal. Siendo instrumento para el legítimo ejercicio del poder, está presente en todas las actividades estatales (proceso administrativo, legislativo) (...)”*.

<sup>488</sup> MILESKI, Helio Saul, *“O Controle da Gestão Pública”*. op. cit. pág. 339.

<sup>489</sup> CRETILLA JÚNIOR, José, *“Prática do processo administrativo”*, 2ª edição. São Paulo: RT, 1998, pág. 20.

De cualquier forma, esta discusión de nivel doctrinario, en Brasil, quedó superada por la regulación efectuada a nivel constitucional y legal. La Constitución Federal, en los incisos LV y LXXII, b, del art. 5º; en el inciso XXI del art. 37; y en el § 1º, II, del art. 41, adoptó la expresión proceso administrativo, reconociendo, indudablemente, la existencia de una típica procesalidad administrativa. Siguiendo esta orientación constitucional, más recién, fue editada la Ley Federal nº 9.784, de 29.01.1999, regulando, específicamente, el **proceso administrativo** en el ámbito de la Administración Pública Federal<sup>490</sup>.

Esa nueva visión sobre el **proceso administrativo** y su importancia está plenamente clarificada en el expresado por Odete Medauar, de que el instituto se resaltó de la democracia administrativa, siendo factor de mejora de las relaciones entre Administración y administrado, bien como de la participación de los administrados en el toma de decisiones, entre otros aspectos<sup>491</sup>.

Por tanto, por ese modo de actuar, también se altera la relación entre Administración y Administrado. La supremacía de poder de la Administración sobre el administrado adquiere una nueva conformación, ahora la relación no es más entre Administración y súbdito, más sí entre Administración y ciudadano, con regencia por las normas de derecho.

Así, como destaca Miguel Sánchez Morón, cuando la Administración toma una decisión formalizada de cualquier tipo, sea editando un reglamento, un plan de acción pública, o la celebración de un contrato o convenio, necesita seguir una serie de trámites legales para ésa tomada de decisión<sup>492</sup>.

---

<sup>490</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O Controle da Gestão Pública*”, op. cit., pág. 340.

<sup>491</sup> MEDAUAR, Odete, “*Administração Pública: do ato ao processo*”. In “*Direito Administrativo e seus novos paradigmas*”, Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (coordinadores). Belo Horizonte: Fórum, 2008, pág. 419. La autora refiere que “*El proceso administrativo despuntó bajo el contexto de la democracia administrativa, de la mejoría de las relaciones Administración/administrado, de la actuación de los administrados en el toma de decisiones, entre otros factores. Y se volvió un de los grandes tópicos del Derecho Administrativo moderno, suscitando, en el regalo, más estudios que el acto administrativo. Su relevancia, adquirida en los últimos tiempos, no lleva, sin embargo, a tratarlo como figura central del Derecho Administrativo, pues en la estera de la lección de Rivero, no existe criterio único o noción-llave del Derecho Administrativo*”.

<sup>492</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, op. cit. pág. 473/474. Éste es comentario del autor: “*La concatenación de todos estos trámites con vistas a la adopción de la decisión, se llegue o no a adoptar esta es lo que denominamos ‘procedimiento administrativo’.* (...) Por eso, puede decirse

De modo asemejado se posiciona Celso Antonio Bandeira de Mello, cuando refiere que los resultados pretendidos por la Administración son alcanzados por medio de un conjunto de actos encadenados en sucesión itineraria hasta desemboquen en el acto final, cual sea, por medio del proceso<sup>493</sup>.

En esa línea de entendimiento, conforme bien ajusta Morón, el procedimiento administrativo debe cumplir tres finalidades básicas, en el sentido de formar un flujo ordenado para decidir, contribuyendo para racionalizar el ejercicio de la función administrativa. Así, la primera finalidad es a **de racionalizar, con facilitación de la rutina burocrática**, aunque muchas veces pueda ser fuente de “*papeleo y de muchas ineficiencias*”, se debe buscar la simplificación de los procedimientos para agilizar y dotar de mayor eficacia la Administración en sus relaciones con los ciudadanos; la segunda finalidad es la del procedimiento administrativo constituirse en una **garantía para los interesados**, que adquirió relevancia con la Ley de Procedimiento Administrativo austríaca de 21 de julio de 1925, inspirada por A. Merkl, que agregó al procedimiento administrativo el principio del contradictorio, del derecho de defensa y de buena parte de las garantías propias del proceso judicial; la tercera finalidad constituye un medio de apertura de la Administración a la sociedad, envolviendo la **participación de los ciudadanos** en el ejercicio de las funciones administrativas, posibilitando una mayor transparencia de la Administración<sup>494</sup>.

Éstas tres finalidades están presentes en la regulación del procedimiento administrativo de todos los Estados Democráticos de Derecho<sup>495</sup>.

En ese aspecto es de ser registrado que el inicio de la regulación sobre la materia se dio en España, el 19.10.1889, cuando fue

---

*que el procedimiento es la ‘forma de elaboración de las decisiones administrativas’ o, si se prefiere, de ejercicio de las actividad administrativa formalizada”.*

<sup>493</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, “Curso de Direito Administrativo”, op. cit. pág. 412.

<sup>494</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo – Parte General”, op. cit. págs. 474/475.

<sup>495</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo – Parte General”, op. cit. pág. 475. “Una regulación que en algunos de ellos se ha desarrollado sobre todo por vía jurisprudencial (así, en Gran Bretaña o en Francia y hoy en día en la UE), mientras que en otros ha tomado cuerpo en leyes generales (por ejemplo, en EEUU, a través de la ‘Administrative Procedure Act’ de 1946; en Alemania, donde la Ley Federal se aprobó en 1976, si bien con el precedente de leyes de procedimiento en los ‘Länder’, o en Italia en 1990)”.

editada la primera Ley del Procedimiento Administrativo de alcance general, pero que regulaba apenas algunos principios y reglas y reglas básicas del procedimiento administrativo<sup>496</sup>.

Como marco de un programa político de reforma administrativa, el 17 de julio de 1958, fue aprobada la segunda Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) de España, con un elevado perfeccionamiento técnico-jurídico, en la medida que fue establecido un régimen jurídico unitario de los actos administrativos, del silencio administrativo y de la revisión de los actos en la vía administrativa mediante revisión de oficio y por recursos administrativos, con aplicación de principios generales del procedimiento administrativo – economía, celeridad, eficacia y contradictorio<sup>497</sup>.

Es por esos factores de la nueva relación entre Administración y ciudadanos que Juárez Freitas propugna por el resguardo de la debida procesalización administrativa, con la observancia de la duración razonable<sup>498</sup>.

Dentro de ese contexto de admisión de la procesalidad en el ámbito de la función administrativa, surge el problema de denominación: proceso o procedimiento. Como arriba está referido, en España se utiliza el término procedimiento administrativo. En Brasil, adocrinariamente, de una manera general, la opción es por el término procedimiento, pero siendo también muy utilizado el término proceso, sin embargo, la Constitución de 1988 emplea la denominación **proceso**: (art. 37, XXI, CF) para la selección de la mejor propuesta para contratar – proceso de licitación -; en el dispositivo que asegura a los litigantes y a los acusados en general, en el ámbito administrativo y judicial, el contradictorio y la amplia defensa (art., LV, CF); y apuración de responsabilidad por falta disciplinar (art. 41, 1º, CF).

La Constitución de 1978 reservó al Estado español el poder de legislar sobre *“el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las*

---

<sup>496</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo – Parte General”*, op. cit. pág. 475. En ese aspecto dice el autor: *“Esta ley, temprana en el panorama del Derecho comparado, no regulaba sin embargo más que algunos principios y reglas básicas del procedimiento, remitiéndose para su concreción y desarrollo a los reglamentos de procedimientos de los diferentes Ministerios”*.

<sup>497</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo – Parte General”*, op.cit. pág . 475.

<sup>498</sup> FREITAS, Juárez, *“Discricionariade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública.”*, op. cit., págs. 19/20. El autor expresa: *“resguardo de la debida procesalización administrativa, con la observancia de la duración razonable. Es el Estado de la racionalidad abierta, no cartesiana, en vez del predominio señorial y disimulado de la ‘Casa Grande’, subproducto de la racionalidad solipsista, aviesa a hacer viable los derechos fundamentales de todas las dimensiones, esenciales a la vida digna”*.

*especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas*” (art. 149.1.18.<sup>a</sup>, CE). En razón de esa división de competencias, hubo la necesidad de regular los nuevos principios y preceptos de la Constitución (“*las relaciones interadministrativas, el derecho de acceso a los documentos y registros, las garantías del procedimiento sancionador...*”), bien como el interés de ser reformada a LPA en algunos de sus aspectos más polémicos (*el silencio administrativo, el régimen de recursos e revisión de oficio*), posibilitando a la elaboración de una nueva ley en sustitución la aquélla. Así, fue editada la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, que, en faz de importantes defectos técnicos pasó a sufrir muchas críticas.

Posteriormente, en consecuencia de la severa crítica doctrinaria ocurrida, hubo una reforma de profundidad en la LRJPAC, por medio de la Ley nº 4, de 13 de enero de 1999. En verdad, la LRJPAC – Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como su propio nombre indica, es más que una ley de procedimiento administrativo, en la medida que incluye aspectos del régimen jurídico general de la actividad administrativa que también estaban regulados en la LPA (régimen general de los órganos administrativos, actos administrativos, revisión de oficio y recursos), otras muchas normas, ya sea sobre las relaciones entre las Administraciones públicas (Título I), el régimen general de la competencia administrativa (Título II, Capítulo I) los derechos de los ciudadanos ante la Administración (Título IV, Capítulo I) la potestad sancionadora (Título IX) y la responsabilidad patrimonial de la Administración (Título X), situaciones, hasta entonces no codificadas o reguladas por otras leyes<sup>499</sup>.

En la década de 80 del siglo XX, Alegretti y Pastori, con base en proyectos de ley general de procedimientos administrativos elaborados en Italia formularon preceptos mínimos para el procedimiento de la acción administrativa<sup>500</sup>.

Todo ese desarrollo ocurrió de forma fuerte y contundente a lo largo de 1990, consolidándose la doctrina, la legislación y la práctica del

---

<sup>499</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, op. cit., pág. 476.

<sup>500</sup> PASTORI, “*Il procedimento...*”, cit, 1987, vol. I, pág. 819; “*Legge generale sui procedimento e moralizzazione amministrativa. Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*”, 1988, vol. 3, pág. 11. APUD Odete Medauar, “*O direito administrativo em evolução*”, op. cit., pág. 226.

proceso administrativo, haciendo florecer la literatura jurídica sobre el proceso administrativo y su legislación reguladora.

Portugal editó su Código de Proceso Administrativo para vigorar el 15.05.1992. En Brasil, fue promulgada la Ley Federal 9.784, de 29.01.1999, regulando el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Federal. Además de los textos generales, varias leyes, desde 1993, contiene capítulos dedicados al proceso administrativo (Ley nº 8.884/1994 – concurrencia, principio del contradictorio y de la amplia defensa; Ley nº 8.666/1993 – licitaciones y contratos; y Ley nº 9.605/1998 – crímenes ambientales)<sup>501</sup>.

En conclusión, es esa nueva lectura de los institutos administrativos, juntamente con nuevos aspectos de actuación administrativa, teniendo en cuenta el nuevo tipo de Estado - plural, transparente y participativo - que será producida una profunda reforma administrativa, con vista al establecimiento de la Buena Administración.

## **1 – Reforma Administrativa y Buena Administración**

Desde la década de 80 del siglo XX, en casi treinta años, prácticamente alteró todo en el mundo. En España y en Brasil pasamos de un régimen dictatorial para un régimen democrático. El sistema democrático se volvió plural y participativo, con las acciones del Poder público debiendo ser adoptadas con absoluta transparencia. España, como otros países europeos, pasó a integrar la Unión Europea y la peseta fue sustituida por el euro. Brasil, delante del mundo globalizado y de una economía globalizada, también tuvo muchos cambios con referencia su situación en el mundo.

Dentro de ese nuevo contexto del Estado contemporáneo, pasó a ser preponderante una reforma administrativa, una reforma del aparato del Estado, en el sentido de hacer con que su organización, que cuenta con servidores públicos, recursos financieros, máquinas, equipos e instalaciones, pueda ejecutar las decisiones tomadas por el gobierno, visando a la mejoría de

---

<sup>501</sup> MEDAUAR, Odete, “*O direito administrativo em evolução*”, op. cit. pág. 228.

la eficiencia y del servicio de las necesidades del ciudadano, cual sea: haya prestación de servicios públicos a la sociedad con eficiencia y presteza<sup>502</sup>.

Considerando que, desde su principio, la Administración Pública ha sido reformada, está, y seguirá siendo reformada, ésta será una cuestión que acompañará, inexorablemente, toda su existencia<sup>503</sup>.

Siguiendo en su análisis sobre lo tema de la reforma administrativa y buen gobierno, Rodríguez-Arana Muñoz alerta que el reformismo posee una virtud semejante a la virtud aristotélica, en la medida que se opone igualmente a las actitudes revolucionarias y a las inmovilistas, afirmando: *“No se trata de una mezcla extraña o arbitraria de ambas actitudes; es, en cierto modo, una posición intermedia, pero sólo en cierto modo, porque no se alinea con ellas, no es un punto a medio en el trayecto entre uno y otra. La idea reformista supera la posición revolucionaria y el inmovilismo porque acepta críticamente la realidad para mejorarla. Desde esta posición el buen gobierno, la buena administración se instala en unos parámetros desde los que la acción pública trata de mejorar la realidad y situar a la persona en el centro de sus preocupaciones”*<sup>504</sup>. Y complementa su raciocinio diciendo que buena administración y buen gobierno en los tiempos en los que vivimos, sin haber indicativo único para todos, poco tiene a ver con escenarios revolucionarios o versiones inmovilistas, sino con datos realistas.

Efectivamente, esta posición adoptada por Rodríguez-Arana Muñoz, allende equilibrada, está dotada de una verdad actual, consonante nuestro momento histórico. Parece evidente que el camino del progreso es, infaliblemente, el camino de las reformas, sin cometer la impropiedad de querer construir la realidad humana del cero, arrasando el todo existente, como pretendieron los utopismos políticos de todo el clase.

---

<sup>502</sup> CATALÁ, Joan Prats, *“Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo”*, in *Estudios para la reforma de la Administración pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública, 2005, pág. 29.

<sup>503</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas”*, adaptado a la Ley 5/2006, de 10 de abril. Navarra: Editorial Aranzadi, SA, 2006, pág. 17. Sobre el asunto, el autor advierte: *“La razón se puede encontrar en que es menester embridar la tendencia endogámica de la propia Administración, y sobre todo de las personas que en ella laboran. En este sentido, la reforma de la Administración en la democracia constituye un trabajo permanente porque es permanente la adecuación de Gobiernos y Administraciones hacia las necesidades colectivas de los ciudadanos y muy especialmente a la generación de las mejores condiciones vitales que permitan el ejercicio de la libertad solidaria de las personas”*

<sup>504</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas”*, op. cit. pág. 19.

En esa misma línea de entendimiento, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, posicionándose sobre a Reforma Administrativa, dice que se trata de una secuencia de alteraciones de instrumentos de gobierno y de administración pública, visando a la eficiencia y a la ética en el trato con la cosa pública, abarcando tres planes analíticos de referencia: **el político** – en el que se perquire el nuevo perfil del Estado que se renueva; **el técnico** – en el que se investiga el desarrollo de soluciones racionales; y **el jurídico** – en que se estudia la introducción de nuevos institutos en el derecho positivo<sup>505</sup>.

Por su vez, en el contexto del Estado actual, Juarez Freitas define **el derecho fundamental a la buena administración**, en el sentido de abrigar en su concepto los siguientes derechos: a) el derecho a la administración pública transparente, que implica evitar la opacidad (principio de la publicidad); b) el derecho a la administración pública dialógica, con las garantías del contradictorio y de la amplia defensa; c) el derecho a la administración pública imparcial, que no practica cualquier especie de discriminación; d) el derecho a la administración pública proba, obstructora de conductas éticas no-universalizabais; e) el derecho a la administración pública respetadora de la legalidad templada y sin absolutización irreflexiva de las reglas; f) el derecho a la administración pública eficiente y eficaz, allende económica y teleologicamente responsable<sup>506</sup>.

---

<sup>505</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “Apontamentos sobre a Reforma Administrativa. Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998”. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, pág. 1/5. **El plano político: el Estado en cambio** – “La administración debe cambiar porque el Estado cambia y el Estado cambia, por su vez, porque la sociedad está cambiando(...). La sociedad se vuelve protagonista político, portadora de demandas de eficiencia y ética al Estado, que de tutor se transforma en agente de mejoría de la calidad de vida social. Lo nuevo Estado tiene, consecuentemente, que dar nuevo tratamiento al poder. Poderlo centralizado, jerarquizado y centrado en las figuras de autoridad pasa a ser desconcentrado, lleve flexible, menos gravoso y desmonopolizado”; **El plano técnico: la Administración en cambio** – “Dos preguntas orientan la Administración: ¿porque y para quién? (...) Hoy se habla en la Administración pública gerencial – NPM – New Public Management, vuelta al servicio de los intereses de la sociedad y bajo su directo control. En este nuevo modelo se supera la antigua dicotomía público y privado, redefiniéndose el propio concepto de público, e se instala a pluralización, la moderna figura del público no estatal. A desmonopolización del poder, tanto en la función estatal de la legislación como de la administración y de la jurisdicción son las grandes frentes de ese proceso”; **El plan jurídico: el cuadro jusinstitucional en cambio** – “hay dos líneas evolutivas bastantes amplias. 1 – la evolución de la administración imperativa a la administración consensual, que destaca la aceptación de soluciones consensuales y la utilización de las potencialidades, en la busca de eficiencia y legitimidad; 2 – la evolución de la administración desagregada a la administración coordinada, que explora la cooperación entre órganos y entidades públicos, la colaboración entre entidades públicas y privadas, buscando ética y eficiencia”.

<sup>506</sup> FREITAS, Juarez, “*Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública.*”, *op. cit.*, pág. 20/21.



Por tanto, estamos viviendo un momento de constantes cambios, en el sentido de la Administración adaptarse a las nuevas funciones y responsabilidades consecuentes de las nuevas exigencias de la sociedad contemporánea.

De esa manera, las reformas de la Administración buscan establecer lo que se pasó a llamar de buen Gobierno y buena administración, suponiendo que este aspecto de la vida pública tenga profundización de las ideas de su sustentación: asegurar las libertades reales de las personas mediante la efectiva realización de los derechos fundamentales, con implantación de noticias políticas públicas. En ese aspecto, la Administración pública surge como un de los elementos llave para tornar realidad a las aspiraciones de los ciudadanos.

Esto significa que la Administración debe promover las condiciones para que todos los ciudadanos, sin excepción, puedan ejercer con mayor calidad sus libertades, con aproximación de los ciudadanos, adoptando criterios de eficiencia y eficacia.

Por tanto, en esa línea de entendimiento, como recuerda Sáinz Moreno, hay una cultura administrativa europea, alimentada por una intensa comunicación entre los que participan en la dirección y en la gestión de los servicios públicos, en el conocimiento de las mejores prácticas administrativas, en el Derecho y en las instituciones de Europa, que está dejando de ser un aspecto tangencial para formar parte de su núcleo esencial<sup>507</sup>.

Ésta pregonada línea de reforma administrativa por acciones continuadas ya está dirigida para una nueva generación de cambios, que Odete Medauar, en la estera de las directrices expuestas por Pagasa, sintetizó: a) consolidar a desregulación y la descentralización; b) perfeccionar la implantación de las técnicas de información y de comunicación, visando a alcanzar un gobierno electrónico o democracia electrónica; c) perfeccionar la capacidad de respuesta de las instituciones estatales; d) impulsar la capacidad de prestación eficiente de servicios públicos de calidad; perfeccionar los sistemas de responsabilidad administrativa; f) implantar y hacer respetar los códigos de ética en todo el Administración; g) estimular la preparación y

---

<sup>507</sup> SÁINZ MORENO, Fernando, “El valor de la Administración Pública en la sociedad actual”, in *Estudios para la reforma de la Administración pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública, 2005, pág. 107.

divulgación de la carta del ciudadano (origen inglés) y carta de los servicios públicos<sup>508</sup>.

En el flujo de ese modelo de reforma propuesta por los nuevos tiempos, Santonja advierte que la sociedad española, en los últimos treinta años, realizó una extraordinaria transformación de orden político, económica y social que há convertido a España en una de las economías más abiertas del mundo y a la sociedad española en una sociedad democrática avanzada a la altura de las más dinámicas del mundo occidental<sup>509</sup>.

En secuencia la ésa su evaluación sobre las reformas producidas en España, Santonja refiere también que el proceso de transformación de España aún necesita una adaptación paralela de la estructura de la Administración del Estado. En ese aspecto, advierte aquel jurista que hay tres problemas urgentes para ser enfrentada a reforma del Estado, estos problemas son los siguiente: a) necesidad de ser resueltos problemas históricos pendientes de la Administración Pública; b) adaptar la organización y funciones de la Administración la nueva realidad autonómica; c) introducir en el funcionamiento del Estado las nuevas exigencias consecuentes de las nuevas tecnologías surgidas<sup>510</sup>.

Por tanto, cual si ve, hay una preocupación general de ser resueltos los problemas endémicos de la Administración, adaptando su estructura y funcionamiento al nuevo tipo de Estado contemporáneo, con modernización de la Administración, que mediante la introducción de la Administración electrónica tornan especialmente compleja a reforma del Estado, con un nuevo modelo de Administración.

En ese aspecto, Aguilar Villanueva menciona que hay una inclinación de recuperación y reactivación de la capacidad administrativa de la Administración Pública, entendiendo qué las estructuras administrativas deben incorporar nuevas formas organizativas y nuevos métodos gerenciales a fin de que los gobiernos establezcan un sentido de dirección sus comunidades, asegurando economía-eficacia-eficiencia y calidad en el suministro de los bienes y servicios públicos y, sobretodo, aseguren que la acción del gobierno y

---

<sup>508</sup> MEDAUAR, Odete, “*O direito administrativo em evolução*”, op. cit., pág. 134.

<sup>509</sup> SANTONJA, Aldo Olcese, “*Teoría y Práctica Del Buen Gobierno Corporativo*”, prólogo de Antonio M. Borges. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.. Madrid: 2005, pág. 184.

<sup>510</sup> SANTONJA, Aldo Olcese, “*Teoría y Práctica Del Buen Gobierno Corporativo*”, op. cit., pág. 185.

de la Administración tenga como propósito y resultado a creación/agregación de valor público<sup>511</sup>.

En consecuencia de estos factores, la expresión “bom governo”, “buen gobierno” o “good goverment”, se volvió moda, en la medida que la imposición de los tiempos, en faz de las nuevas estructuras del Estado contemporáneo, pasó a exigir la realización de reformas administrativas en busca del “buen gobierno”<sup>512</sup>.

De esa forma, la efectuación de reformas para el establecimiento del “buen gobierno” da el indicativo de que la nueva gobernanza presupone la existencia de una sociedad relativamente competente y responsable, tanto en su mundo privado, en razón de sus prácticas competitivas y cooperativas, como en su participación en la actividad pública.

Así, por el conjunto de los nuevos factores estructurales del Estado contemporáneo, exigente de reformas y cambios en la Administración Pública y que éstas deban estar de acuerdo con la nueva realidad, se queda el demostrativo claro de que hay necesidad de una aproximación abierta y franca a las condiciones objetivas de cada situación y a la experiencia, por ser estas componentes esenciales, actitudes básicas del talante ético necesario a la construcción de noticias políticas públicas<sup>513</sup>.

Ha sido destacado por los estudiosos de la nueva Administración Pública que hay un desbordamiento de las reformas ante la

---

<sup>511</sup> VILLANUEVA, Luis F. Aguilar, “Gobernanza y Gestión Pública”. México: FCE, 2006, pág. 43. Sobre lo tema, el autor refiere: “Por estas razones, comienzan a introducirse en la AP esquemas de organización posburocráticas y a emplearse los métodos avanzados de gestión financiera, dirección estratégica, administración de calidad (control, aseguramiento, mejora continua y certificación), gestión de desempeño, rediseño de procesos, gestión del conocimiento, formatos alternativos de control interno, presupuesto por resultados... con exigencias de profesionalización del personal público (con o sin formato de los tradicionales servicios de carrera), la incorporación del gobierno electrónico o digital y con énfasis en la formulación y observancia de códigos de ética pública”.

<sup>512</sup> FARRERES, Germán Fernández, “los Códigos de buen gobierno de las administraciones públicas”, Revista Fórum Administrativo – Direito Público – FA. Ano 1, nº 1, mar. 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001, págs. 17 a 29.

<sup>513</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “el buen gobierno y la Buena Administración de Instituciones Pública”, op.cit., pág. 27, dice: “En ellas se funda la disposición permanente de corregir y rectificar lo que la experiencia nos muestre como desviaciones de los objetivos propuestos, más en el fondo, de las finalidades que hemos asignado a la acción pública. Por ello, la técnica británica de las <<políticas públicas a prueba>> es sumamente interesante. La buena administración, el buen gobierno, como anteriormente se ha comentado, tiene una deuda pendiente con la realidad, pues sólo desde ella se puede mejorar el presente para construir un mejor futuro”.

complejidad de los nuevos escenarios públicos, con los modelos postburocráticos de reforma, mismo cuando se desarrollan de modo efectivo, presentando limitaciones e insuficiencias, necesitando complejos sistemas de gobernanza, mediante quiénes las sociedades actuales intentan la busca de satisfacción de las necesidades colectivas<sup>514</sup>.

En ese sentido, considerando que el nuevo tipo de Estado está asentado en una democracia pluralista, transparente y participativa, significa que “*el buen gobierno y la buena administración*” poseen la necesidad de contar, indispensablemente, con la presencia y la participación efectiva de la ciudadanía, de todos los ciudadanos. El pluralismo del buen gobierno debe buscar atender a todos intereses, nunca a intereses de un sector, de un grupo, de un segmento social, económico o institucional, ya que, por las formas alternativas consensuales, pueden ser dirimidos los conflictos y ser alcanzada una solución por lo bien de todos<sup>515</sup>. Otro factor esencial a la buena administración dice respeto a la participación popular, sea en el control de la administración, sea participando, opinando e influyendo en las decisiones de poder estatal, pues, como referió Caio Tácito, hay un creciente número de modelos de colaboración, sea por la iniciativa privada, sea por la colaboración privada en el desempeño de funciones públicas<sup>516</sup>. O como prefiere Rodríguez-Arana Muñoz la participación ciudadana se configura en un objetivo de primer orden, asumiendo una posición central en el Buen Gobierno y en la Buena Administración<sup>517</sup>. Como complemento y consecuente provecho de la participación popular está la transparencia, por medio de la cual es data a indispensable visibilidad de la Administración Pública<sup>518</sup>.

---

<sup>514</sup> LONGO, Francisco, “Introducción. Los directivos públicos ante los retos de la gobernanza contemporánea”. In Los Escenarios de la gestión pública del siglo XXI, Francisco Longo y Tamyko Ysa (eds.). Barcelona: Escola d’Administració Pública de Catalunya, 2008, pag. 22. Por esto, Francisco Longo refiere que “*la palabra ‘gobernanza’ ha aparecido con mucha fuerza en el debate contemporáneo sobre los gobiernos y las organizaciones del sector público. En gran parte, sus razones residen en el desarrollo de las tendencias a las cuales nos estamos refiriendo y, más específicamente, en la evolución del Estado contemporáneo hacia modelos relacionales de acción pública, proceso de gran envergadura que se ha acelerado y extendido de forma espectacular en los últimos veinticinco años*”.

<sup>515</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “Apontamentos sobre a Reforma Administrativa. Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998”, op. cit., pág. 26.

<sup>516</sup> TÁCITO, Caio, “Direito Administrativo Participativo”, Carta Mensal, CNC, v. 43, pág. 509, agosto de 1997. APUD Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Apontamentos sobre a Reforma Administrativa. Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998”, op. cit., pág. 25/26.

<sup>517</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*el buen gobierno y la Buena Administración de Instituciones Pública*”, op.cit., pág. 40.

<sup>518</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*el buen gobierno y la Buena Administración de Instituciones Pública*”, op.cit., pág. 40.

Por fin, debe ser destacada la responsabilidad patrimonial de la Administración como instrumento de reforma y mejora administrativa, en la medida que, como resalta Manuel Rebollo Puig, se trata de una garantía constitucional esencial de los administrados, siendo causa capital del control de funcionamiento de los servicios públicos, de la Administración, de las autoridades y de los funcionarios<sup>519</sup>.

Junto con todas esas condiciones para la realización de las reformas estructurales necesarias para el establecimiento del buen gobierno y de la buena administración, aún deben ser añadidos los aspectos relativos a la ética y la sociedad del conocimiento.

Cual si vio hasta aquí, desde los dos últimos decenios del siglo XX, el mundo pasó por mayúsculas transformaciones, provocadas por el nuevo tipo de Estado, por la nueva base técnica electrónica y por el nuevo tipo de capitalismo, de carácter social, lo cual fue denominado de asociativista<sup>520</sup>. En ese contexto, se rediseña la organización del trabajo en procesos generadores de valor, pasándose a utilizar nuevas tecnologías, equipos informatizados de grande complejidad y de alto coste, característicos de la revolución digital. Así, los trabajadores pasan a ser pagado por resultados, con reconocimiento en función de su mérito, mientras la rígida separación entre el trabajo de gestión y de ejecución termina amenizada por la CO-responsabilidad técnica entre gestores y equipos de trabajadores, creándose un puente entre las dos clases sociales<sup>521</sup>.

Por tanto, esa nueva realidad del Estado y de la sociedad contemporánea, en el inicio del siglo XXI, lleva la necesidad de una Reforma de la Administración Pública, en el sentido de dirigirla para el establecimiento del “buen gobierno”, donde sean llevadas en consideración las nuevas

---

<sup>519</sup> PUIG, Manuel Rebollo, “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial”, In Los Escenarios de la gestión pública del siglo XXI, Francisco Longo y Tamyko Ysa (eds.). Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2008, pág. 215/216.

<sup>520</sup> SROUR, Robert Henry, “Poder, cultura e ética nas organizações”. Rio de Janeiro: Campus, 1998, capítulos 1 e 2.

<sup>521</sup> KISSLER, Leo, “Ética e Participação – Problemas éticos associados à gestão participativa nas empresas”. Prólogo de Roberto H. Sroure, revisão técnica, compilações e apresentação Francisco G. Heidemann. Florianópolis: Editora da UFSC, 2004, págs. 19 e 20. “¿En esas nuevas condiciones, cómo no calificar la gestión participativa como salto cualitativo? ¿Permanecería un problema de orden ético? ¿En qué tenemos eso se daría? (...) En el mundo actual, delante de la revolución económica (capitalismo social) y de la revolución tecnológica (revolución digital), bien cómo delante del proceso de globalización (¿sistema mundial competitivo), cuáles las formas de administrar las organizaciones? Estas colectividades, como otras tantas – naciones o aldehuela, ciudades o campamentos de buscadores de metales y piedras preciosas, comunas o aldeas de pescadores, aldehuelas de indios –, necesitan regular sus actividades”.

condiciones consecuentes de la revolución económica, de la ética y de la gestión del conocimiento.

## 1.1 – Ética Pública

De un modo general, es antigua la preocupación en desatarse el nudo procedimental relativo a la ley, a la moral y a la ética, según se puede verificar en la “Política” de Aristóteles. Sin embargo, en el mundo contemporáneo, estas cuestiones de moral y ética, pasaron a tener un destaque relevante. Según José Arthur Gianotti<sup>522</sup>, en su evaluación sobre las razones de lo porque la ética regresó, en el pensamiento filosófico contemporáneo, como una de las temas centrales de debate, cuestiona: ¿cuáles los cambios que ocurrieron en nuestro cuadro intelectual para decir que todo es moral? Su respuesta es de que no más se cree en la doctrina del conclusión de los tiempos y de la historia. Superada la fase reciente y radical de transformaciones políticas, sociales, económicas y psicológicas, buscan saber como nos relacionamos unos con los otros dentro de ese pequeño espacio del regalo.

Las cuestiones morales y éticas siempre tuvieron presentes en la busca del entendimiento de los grupos sociales. Para se comprender el comportamiento humano y social se tiene de llevar en consideración la ética, las nociones que las personas puedan tener de lo bien y del mal, del cierto y del euivocado, de la moralidad y de la no moralidad<sup>523</sup>.

En ese contexto, invariablemente, el Estado también necesita soporte ético y moral de ese mismo Estado. Siendo así, el principio de la moralidad pública, de la ética en la Administración, se revela como un instrumento de mucha eficacia en la protección de derechos fundamentales garantizados por la constitución. Por este motivo, los principios éticos son

---

<sup>522</sup> GIANOTTI, José Arthur, “*Moralidade pública e moralidade privada*”, in “*Ética*”. São Paulo: Cia. Das Letras, 1992, pp. 239/245, APUD Maurício Antonio Ribeiro Lopes, “*Ética e Administração Pública*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, pág. 11.

<sup>523</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro, “*Ética e Administração Pública*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, pág. 11. El autor complementa su raciocinio manifestando: “Si los conceptos éticos han escapado al examen atento de la filosofía jurídica, por otro lado no encuentran real guarida en la jurisprudencia o en la aplicación de las leyes. En la Administración, sin embargo, mayores son las implicaciones pese a los problemas centrales de la vida política y a inconmensurabilidad del principio del interés o de la necesidad”.

indispensables para el establecimiento del buen gobierno y de la buena administración<sup>524</sup>.

Siendo la ética un factor de relevancia para la buena administración, se hace necesario, primero fijar los entendimientos conceptuales, con distinción entre derecho, moral y ética, para después ser examinados los procedimientos de aplicación ética. Según menciona Joaquim Coelho Rosa, en estudio consecuente del Proyecto EuroBrasil 2000<sup>525</sup>, “*un concepto opera adecuación entre una cierta **extensión** de realidad y la **comprensión** del sentido que le damos*”. Por esto, afirma que los conceptos alteran hondamente la realidad y vice-versa, razón que viene a imponer el establecimiento del concepto para conocimiento de la realidad. Así, para la comprensión de la temática envolviendo moral, ética y buen gobierno, es imprescindible establecerse sus aspectos conceptuales, en el sentido de que verifiquemos los diferenciales entre los institutos bajo análisis.

En ese sentido, aún de acuerdo con Joaquim Coelho Rosa, durante siglos, salvo raras excepciones, parece no haber habido la necesidad de conocerse la distinción entre ética y moral, qué se debió las propias realidades de la existencia humana, con la sociedad viviendo relativamente de forma pacífica con suyas morales<sup>526</sup>. Sin embargo, en la actualidad, surge a la necesidad de fijación de las diferencias entre ética y moral, para que haya un conocimiento más adecuado de la realidad contemporánea.

En lo que tañe la naturaleza de las morales, pues solamente en situaciones perfectamente determinadas puede ser usado el término moral, en la medida que no existe algo como **La** moral, hay morales, es determinado el siguiente concepto: “*Las morales son códigos normativos del*

---

<sup>524</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas”, op.cit., pág. 51. Según el autor “*debe estar orientada al bienestar integral de los ciudadanos y debe facilitar, por tanto, a quienes la realizan su mejoramiento personal. La importancia de la ética en relación con la muy noble actividad política continúa siendo en el presente uno de los actos más complejos de afrontar probablemente porque todavía el poder, el dinero y la fama son tres grandes ídolos a los que se adora con intensa devoción. En efecto, la relación entre Ética e Política es un problema intelectual de primer orden, de gran calado*”.

<sup>525</sup> ROSA, Joaquim Coelho, “Ética e serviço público: O momento europeu” – Projeto EuroBrasil 2000 – Brasília: MP: Comissão Europeia, 2005, pág. 30. En su estudio, a lo sí referir a concepto, el autor manifiesta: “*Prestaríamos un pésimo servicio a nosotros mismos y a la sociedad si continuásemos a comprender la justicia, o la libertad, o las exigencias del poder, o la educación con el contenido conceptual que tenían, por ejemplo, en el séc. XIX. No quiere eso decir que el conocimiento de aquello que pensaron los que nos precedieron esté por demás. Bien por el contrario, vivir y pensar es recoger humildemente la herencia de los antepasados, a quien debemos mostrar la suprema gratitud y homenaje de pensar y vivir para allá de lo que ellos nos legaron*”.

<sup>526</sup> ROSA, Joaquim Coelho, “Ética e serviço público: O momento europeu”, op. cit., pág. 31.

*comportamiento, implícitos o explícitos (bajo forma escrita o no), relativos a grupos culturales determinados según el espacio y el tiempo”*<sup>527</sup>, razón que lleva la conclusión de que todas las morales son **relativas**, teniendo en vista que dependen de espacio y tiempo de validez de un cierto grupo cultural.

Para todas las morales hay una racionalidad moral que permite la formación de juicios lógicos, considerados universalmente válidos hasta prueba en contrario. Una consecuencia de esa racionalidad moral es que, tal como la ciencia occidental, es, del punto de vista operativo, esencialmente **mecanicista**, de relación, mediata o inmediata, de causa/efecto<sup>528</sup>.

Sin embargo, esta consecuencia de la causalidad mecánica, como afirma el propio Joaquim Coelho Rosa, no es razón para abdicar de la ley y del derecho, pero es ciertamente una buena razón para no creer que la multiplicación de las leyes, y mismo su perfeccionamiento y el rigor en la vigilancia de su cumplimiento son la solución para una vida pública ética<sup>529</sup>.

Consonante esos factores que buscan los caracteres de distinción entre moral y ética, posibilitan también decir de la diferencia entre moral y derecho. Conforme menciona Maurício Antônio Lopes, desde el pensamiento de Kant y Kelsen resultaron algunas distinciones sobre la evolución de la temática<sup>530</sup>: a) la moralidad es gratuita, razón por la cual el comportamiento moral es cumplido por simple consideración a la moralidad y no por interés. Este pensamiento, en la actualidad, se encuentra superado, quiere por la visión del orden jurídico, cuya inclinación moderna es el de la incorporación del principio de la moralidad, quiere por los reclamos de la sociedad organizada; b) la moral tiene su foro de actuación en la intimidad de la persona, mientras que exterioridad es la marca de la regla jurídica que solo se interesa por la adhesión exterior a las leyes vigentes, no considerando cual haya sido la intención del agente. En el caso, una excepción contemporánea, no confundir moralidad con intimidad. Intimidad es derecho individual, moralidad es deber conducta, y comportamiento individual, social, colectivo o público; c) por fin, hay el carácter unilateral o bilateral. En los comportamientos morales puede haber el involucramiento de dos o más

---

<sup>527</sup> ROSA, Joaquim Coelho, “*Ética e serviço público: O momento europeu*”, op. cit., pág. 31.

<sup>528</sup> ROSA, Joaquim Coelho, “*Ética e serviço público: O momento europeu*”, op. cit., pág. 35/36. Nesse aspecto, o autor ainda refere que “*a causalidade mecânica, de antecedente a consequente, é insuficiente para compreender os acontecimentos, inclusive (ou sobretudo) os comportamentos humanos*”.

<sup>529</sup> ROSA, Joaquim Coelho, “*Ética e serviço público: O momento europeu*”, op. cit., pág. 36.

<sup>530</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro, “*Ética e Administração Pública*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, pág. 17/18.



personas, pero cada una es responsable ante sí misma. A bilateralidad es característica de las normas jurídicas, haciendo surgir una relación intersubjetiva a cada deber que, no cumplido, colocará a su alcance medios de coerción.

Regresando la busca de las diferencias entre moral y ética, el esencial para tenerse comprensión de lo que es orden ético es establecerse la ética como una especie de residuo, por así decir, del pensamiento moral<sup>531</sup>.

Considerando esa idea de lo que sea ética y su diferencial de lo que sea moral, es de ser destacado que las morales no son constructivas, pero repetitivas. Esto porque el comportamiento moral reitera y refuerza el orden establecido de los principios; el comportamiento ético proyecta y construye un orden futuro del sentido. Las morales son, desde luego, conservadoras y prudentes. La ética es innovadora y arriesgada, como la propia existencia humana<sup>532</sup>.

Dentro de ese contexto diferencial, aún en la línea de entendimiento planteada por Joaquim Coelho Rosa, se constata que, distintamente de las morales, que tiene por ambiente la norma, **deber ser**, el ambiente de la ética es lo **poder ser**. Las morales formulan **el necesario**, la ética busca **el posible**. Si las morales manejan la simplicidad dual del cierto/equivocado, verdadero/falso, la ética leyda con la **complejidad plural de los múltiples posibles**. El objetivo de las morales es definido como uno **bien necesario**, el objetivo de la ética es construir **el mejor posible**. Las morales se mueven en la conformidad de lo que ya fue, la ética se mueve por el deseo de lo que será<sup>533</sup>.

Siendo, así, y considerando que la cuestión ética está en especificar criterios éticos, no en aplicar a la ética criterios morales, Joaquim Rosa formula como criterio ético, el siguiente: *“actuar éticamente es realizar el posible mejor, esto es, decidir y escoger, entre los diferentes posibles, el posible que genera más posibilidades”*<sup>534</sup>.

---

<sup>531</sup> ROSA, Joaquim Coelho, “*Ética e serviço público: O momento europeu*”, op. cit., pág. 36. *El pensamiento y el comportamiento morales, que, cual si vio, son necesarios pero insuficientes, dejan subsistir un resto de problema. Ese residuo siempre existió, pero era, en la mayor parte de las veces y para la mayoría de los individuos, sin apariencia gracias al carácter relativamente estanco de los grupos culturales y sus usos y costumbres*”.

<sup>532</sup> ROSA, Joaquim Coelho, “*Ética e serviço público: O momento europeu*”, op. cit., pág. 39.

<sup>533</sup> ROSA, Joaquim Coelho, “*Ética e serviço público: O momento europeu*”, op. cit., pág. 39.

<sup>534</sup> ROSA, Joaquim Coelho, “*Ética e serviço público: O momento europeu*”, op. cit., pág. 39.

Fijados los principales niveles de comprensión y de distinción entre moral, ética y derecho, pasamos al estudio de la aplicabilidad ética en la circunstancia reformadora para el establecimiento de un Estado con buen gobierno y una buena administración.

En el Estado contemporáneo, como ya fue afirmado y reafirmado en el curso del presente estudio, hay una nueva conformación para a acción estatal, basada en una democracia pluralista, participativa y transparente, con busca de la realización de los intereses de los ciudadanos, teniendo en cuenta los derechos fundamentales puestos en la Constitución. Siendo lo Gobierno el conductor de la Administración para que ésta realice los servicios de interés público, la conducción de esa estructura organizacional deberá si concretar mediante criterios éticos, para la realización del mejor posible.

Por tanto, la nueva Administración Pública, con dirección de acciones para el servicio de intereses encontrados, consecuentes del sistema pluralista, significa decir que, en la resolución del conflicto, estará siendo adoptada una decisión de acuerdo, donde sea admitida la participación del ciudadano, sin que haya actitudes sectarias repudiabais<sup>535</sup>, factor que envuelve el derecho fundamental de la libertad.

Siendo la libertad un concepto esencial del sistema democrático, Rodrigues-Arana Muñoz defiende que la libertad en el plano moral es un ganado personal; si la participación es consecuencia de una opción personal realizada, puede ser dicho que la solidaridad también es una acción libre, constituyéndose en un acto de libre participación<sup>536</sup>.

En esa estera de entendimiento, el procedimiento ético de la Administración estaría interligado con la libertad, la cooperación y la participación del ciudadano, retractando la forma de buen gobierno<sup>537</sup>.

---

<sup>535</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas”, op.cit., pág. 57.

<sup>536</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas”, op.cit., pág. 59.

<sup>537</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas”, op.cit., pág. 69. el autor de la idea expresa: “Se practica el buen gobierno, la buena administración cuando la libertad y la solidaridad se identifican: no solamente cuando se ven compatibles, que ya es un paso. No acaba mi libertad donde comienza la del otro. Mi libertad se enriquece, se estimula en los ámbitos donde los demás desarrollan la suya”.

De otra parte, todavía que no discorde del posicionamiento arriba, Jesus Gonzáles Perez refiere que a la ética ofrece en sus relaciones con la Administración pública dos aspectos: La ética como exigencia de todos y cada uno de los servidores públicos, cualquiera que fuese la actividad administrativa que realicen; Y la ética como fin de la acción administrativa

538

En lo que tañe, específicamente, la Ética en la Administración Pública, el citado autor fija su análisis en tres aspectos esenciales: 1) Haber, listo, la determinación de los deberes exigibles a los servidores públicos, formulándose Códigos de conducta. Sería el acogimiento, en el seno de la Administración Pública, de la práctica que vienen siendo aplicada en el ámbito de otras organizaciones profesionales (empresarios, medios de comunicación, Abogados, etc.); 2) Adopción de medidas preventivas que traten de garantizar el cumplimiento de los deberes establecidos, con concretización, entre otros, vía sistema de controles internos y externos; 3) Y, por último, las sanciones (reacciones) que deberán ser aplicadas a las infracciones que, a pesar de todas las prevenciones, son cometidas<sup>539</sup>.

Así, la ética como cuestión esencial al buen gobierno, desde el final de los años 90 del siglo XX, pasó a orientar la necesidad de implantación de Códigos de Ética a todos los niveles de la órbita Gubernamental o Administrativa. Los nuevos desafíos que el Estado debe enfrentar exigen modificación de sus modos de actuación y de sus funciones.

En lo que tañe la importancia de ser procedida una reforma de la Administración de acuerdo con una ética pública, Fernando Sáinz Moreno resalta que, aunque sea importante haber una ética negativa, contribuyendo para erradicar comportamientos abusivos, fraudulentos, prevaricadores, ya tipificados como delitos y como infracciones administrativas, también es importante fomentar una ética positiva, dirigida para el sentido de ser reavivado el servicio público y sus valores, bien como el compromiso con las tareas y funciones del poder público<sup>540</sup>.

---

<sup>538</sup> PÉREZ, Jesús González, *“la ética en la Administración Pública”*, segunda edición. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, pág. 33.

<sup>539</sup> PÉREZ, Jesús González, *“la ética en la Administración Pública”*, op. cit. pág. 34.

<sup>540</sup> MORENO, Fernando Sáinz, *“Ética Pública Positiva”*, in *Estudios para la reforma de la Administración pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública, 2005, pág. 517.

En ese contexto, hay también qué Manel Peiró llamó de Dirección pública y gestión del compromiso de los profesionales, envolviendo el profesional miembro de un grupo ocupacional formado con base en el conocimiento, cuyos miembros ejercen un control significativo sobre su propio trabajo y disfrutan una posición protegida en el mercado<sup>541</sup>.

En consecuencia de estos factores, surgió una especie de euforia por la ética pública y la necesidad de implantación de códigos de buen gobierno<sup>542</sup>.

Por esta razón, varios países de la Unión Europea y del mundo pasaron a tener iniciativa de que elaboren sus códigos de buen gobierno. Entre los varios códigos éticos o códigos de buen gobierno, pueden ser citados los siguientes:

1. La primera referencia es relativa a los Principios de Conducta Ética en Estados Unidos de América, en la medida que se trata de un país con larga experiencia en materia de normas éticas en la Administración Pública. Por el Decreto nº 12.731, de 1989, fueron establecidos los Principios de Conducta Ética, en la siguiente forma:

**Legalidad** – el servicio público exige de sus servidores el cumplimiento de la Constitución, de las leyes y de los principios éticos, arriba de los intereses personales.

**Conflicto de intereses** – los servidores públicos no deben poseer intereses financieros que estén en conflicto con el desempeño consciente de sus deberes. No deben buscar trabajo o actividades fuera de la actividad pública, cuyos negocios estén en conflicto con sus deberes y responsabilidades gubernamentales.

---

<sup>541</sup> PEIRÓ, Manel, “*Dirección pública y gestión del compromiso de los profesionales*”, in *Estudios para la reforma de la Administración pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública, 2005, págs. 249/250. Dice el autor: “los profesionales desarrollan una identidad como resultado de su formación y socialización e interiorizan unas normas y valores que enfatizan el servicio a la sociedad y unos ideales altruistas (Raelin, 1986). Reivindican además unos conocimientos que no están al alcance de los que no pertenecen a la profesión, es decir, unos conocimientos certificados y sobre los que fundamentan su autonomía y el control sobre el propio trabajo. Disfrutan de un reconocimiento social que les otorga el derecho de autorregularse, reconocimiento en el que también influye el espíritu de servicio de los profesionales y el valor conferido a unos servicios que <<valen más de lo que cuestan>> (Oriol i Bosch, 2001)”.

<sup>542</sup> FARRERES, Germán Fernández, “*los Códigos de buen gobierno de las administraciones públicas*”, op cit., pág. 20. Es por esto que Farreres advierte: “*La buena gobernanza, a la postre, además de los principios éticos y de conducta de los funcionarios y gobernantes, exige un recorte importante de las funciones públicas y, por tanto, de los aparatos organizativos públicos*”.

**Honradez** – los servidores públicos no deben participar de transacciones financieras utilizando información del gobierno que no es pública, ni permitir el uso impropio de esas informaciones para el beneficio de interés particular.

**Integridad** – los servidores públicos no deben aceptar donaciones y presentes, ni artículos de valor monetario de quienquiera o entidad que tenga intereses en el organismo en el que trabajan.

**Honestidad** – los servidores públicos deben desempeñar sus obligaciones y deberes adentro de un procedimiento honesto.

**Responsabilidad** – sin autorización, los servidores públicos no deben celebrar compromisos ni hacer promesas de cualquier tipo.

**Impersonalidad** – los servidores públicos no deben usar del cargo público para satisfacer interés personal.

**Imparcialidad** – los servidores públicos deben actuar de forma imparcial, sin dar tratamiento preferencial a ningún individuo u organización privada.

**Austeridad** – los servidores públicos deben proteger y conservar la propiedad pública, sin poder utilizarla en actividades que no posean autorización.

**Diligencia** – los servidores públicos deben denunciar a las autoridades competentes los derroches, fraude, abuso y corrupción.

**Buena fe** – los servidores públicos deben siempre cumplir sus obligaciones como ciudadanos, ungidos de buena fe.

**Objetividad e imparcialidad** – los servidores públicos deben cumplir todos los dispositivos legales y reglamentos que ofrezcan igualdad de oportunidad a todos los ciudadanos, independientemente de raza, color, religión, sexo, nacionalidad o edad.

**Ejemplaridad** – los servidores públicos deben poseer conducta ejemplar, evitando la práctica de cualquiera acción que pueda tener la apariencia de estar habiendo violación de las leyes o de las normas éticas.

2. La Carta del Servicio Público Portugués, donde son enumerados como valores fundamentales de los funcionarios públicos: el ejercicio de sus funciones en exclusivo interés del servicio o del interés público; neutralidad en todas las situaciones, donde se comprende la objetividad y la imparcialidad; la responsabilidad; capacidad en el relativo la eficiencia; integridad, para que no acepten donaciones u otros tipos de regalos.

3. El primero informe sobre las Normas en la Vida Pública del Comité NOLAN del Reino Unido, en 1995, fue un documento de grande repercusión doctrinal y política en el ámbito de la Comunidad Europea. Se trató de un informe que produjo un aumento de confianza de los ciudadanos en las instituciones y sus gobernantes. De ahí que dicho informe se presentara como un intento de restauración de dicha confianza, incidiendo en el lado ético de la reforma administrativa y estableciendo, por tanto, un conjunto de pautas de actuación en la gestión de los asuntos y servicios públicos<sup>543</sup>. Lo informe NOLAN enumera siete principios básicos de la vida pública, con el mismo sentido y objetivos de aquéllos fijados en el ámbito americano: **Impersonalidad; Integridad; Objetividad; Responsabilidad; Transparencia; Honestidad; Capacidad de decisión.**

Según lo informe, estos principios son de aplicación general a todos los servicios y actividades públicas, presentando en su análisis una serie de conclusiones que, por su importancia, deben ser enumerados: En primer lugar, los principios de conducta general que deben sostener la vida pública deben ser formulados de nuevo, qué por señal fue realizado por los siete principios básicos enumerados. En según lugar, todos los organismos públicos deben establecer códigos de conducta que incorporen tales principios. En tercer lugar, los sistemas internos destinados al acompañamiento de la aplicación de las normas deben estar respaldados en proceso de instigación independiente. Por último, que es necesario haber la promoción y el perfeccionamiento de las normas de conducta en todos los organismos públicos, sobretodo, mediante orientación y formación, donde si incluí la formación con incentivos<sup>544</sup>.

---

<sup>543</sup> FARRERES, Germán Fernández, “*Los Códigos de buen gobierno de las admnistraciones públicas*”, *op. cit.*, pág.21.

<sup>544</sup> SANTONJA, Aldo Olcese, “*Teoria y práctica del Buen Gobierno Corporativo*”, *op.cit* pág. 177.

Por su vez, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE – por propuesta del Comité de la gestión pública, en 1996 realizó una serie de recomendaciones, en el sentido de que los países que lo integran adopten medidas destinadas a controlar el buen funcionamiento de las instituciones, buscando fomentar un comportamiento de acuerdo con la ética del servicio público. Entre las principales están: a) las normas éticas aplicables al servicio público deben ser claras; b) las normas éticas deben estar reguladas en ley; c) los que ocupan cargo público deben recibir formación en materia de ética; d) los que ocupan cargo público deben conocer sus derechos y deberes, siendo necesario mejorar el sistema de responsabilidad de los servidores públicos; e) el compromiso de los responsables políticos a favor de la ética en el servicio público debe ser real, coherente y efectivo; f) el proceso de adopción de decisiones públicas debe ser siempre transparente y sometido a controles; g) deben existir directrices claras en materia de relaciones entre el sector público y el sector privado; h) los gestores públicos deben promover un comportamiento ético; i) las políticas los procedimientos y las prácticas de gestión deben favorecer un comportamiento de acuerdo con la ética; j) las condiciones de cargos y colocaciones propias de la función pública y de la gestión de personal deben fomentar comportamientos de acuerdo con la ética; para el servicio público deben ser establecidos mecanismos que permitan la prestación de cuentas; l) deben existir procedimientos y sanciones adecuadas a los casos de comportamientos reprobables y culpabais<sup>545</sup>.

Ésos, de una manera general, fueron los instrumentos fijadores de los principios orientadores para la formación de los códigos de ética del buen gobierno y de la buena administración.

## **1.2 – Buen Gobierno y Buena Administración**

No es absolutamente claro y preciso el entendimiento que deriva de Buen Gobierno y Buena administración. El designativo de buen gobierno y buena administración permite la formación de muchas concepciones, perspectivas y significados. Puede envolver aspectos estructurales y desde organización hasta exigencias personales y subjetivas de

---

<sup>545</sup> SANTONJA, Aldo Olcese, “*Teoría y práctica del Buen Gobierno Corporativo*”, op. cit. pág. 179.

los representantes políticos y servidores públicos, con involucramiento aún de una relación directa con la teoría del Estado y su organización<sup>546</sup>.

El buen gobierno y la buena administración, independientemente de la concepción que le sea dada, busca, en último análisis, mejorar y apurar el desempeño de la Administración Pública y, en ese sentido, son varios los mecanismos que pueden ser utilizados para lo alcance de ese ideal. Entre los muchos instrumentos, están el establecimiento del papel del Estado – devolución, privatización, desregulación y regulación –; el proceso presupuestario y fiscal; el sistema de personal; la participación popular y la transparencia. Otro instrumento valioso ha sido el establecimiento de una base ética profesional, con la institución de los llamados a códigos de buen gobierno y buena administración.

Conforme ese contexto de evaluación, el objetivo del buen gobierno es alcanzar una Administración eficiente, eficaz y de real efectucción de los derechos fundamentales del ciudadano, garantizando la realización de los servicios de interés general. Sin embargo, como ésta es una situación que estaría a cargo del Derecho Administrativo, lo cual somete la actividad administrativa a una serie de formalidades y controles, termina generando desconfianzas en cuanto su capacidad de resolución de esas cuestiones. Pues, como advierte Jesús Gonzáles Pérez<sup>547</sup>, el hecho de la Administración, en el mundo contemporáneo, asumir actividades inimaginables en los orígenes del Derecho Administrativo, envolviendo la celeridad y la eficacia con que deberían ser realizados, pasó a ser motivo de mucha discusión<sup>548</sup>. De otra parte, menciona aún el referido autor que la atenuación de las formalidades y controles del Derecho Administrativo, amplía los márgenes para que a discrecionalidad si convierta en arbitrariedad. Delante de esa situación compleja, hubo la necesidad de ser realizado algo, lo que resultó en la elaboración de leyes reguladores del comportamiento ético<sup>549</sup>.

Así, la importancia de esas nuevas realidades llevó la mayor parte de los países de la Unión Europea y la propia Unión Europea a intentar explicitar lo que es comportamiento éticamente esperado en los servicios públicos, haciendo surgir los códigos de conducta ética, semejantes en sus

---

<sup>546</sup> FARRERES, Germán Fernández, “*Los Códigos de buen gobierno de las administraciones públicas*”, op. cit. pág.20.

<sup>547</sup> PÉREZ, Jesús Gonzáles, “*La ética en la Administración Pública*”, op. cit. pág. 81/82.

<sup>548</sup> PÉREZ, Jesús Gonzáles, “*La ética en la Administración Pública*”, op. cit. pág. 82.

<sup>549</sup> PÉREZ, Jesús Gonzáles, “*La ética en la Administración Pública*”, op. cit. pág. 83.



principios estructurales y conceptuáis, pero con algunas divergencias en algunos aspectos reglamentarios.

En el ámbito de la Unión Europea, como parte del conjunto de la Reforma de la Administración iniciada en 1995 y acelerada en 1999, fueron editados tres códigos de conducta: el Código de los Comisarios; el Código de los Servicios; y el Código de los Funcionarios, que es el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa.

**Código de los Comisarios** – la Comisión Europea es el órgano ejecutivo de la Unión compuesto por un Comisario designado por el país integrante de la Unión Europea. Posee un Presidente que ocupa, en la Comisión, el lugar del Comisario de su país, que somete la aprobación del Parlamento Europeo a la aprobación de su política. Todos los Comisarios son interpelados por el Parlamento antes de la Comisión Europea ser formalmente embestida en funciones.

El Código de los Comisarios es un Código de Gobernantes, pensado para su desempeño político. Estipula las actividades admitidas, los derechos de publicación y los derechos de autor, el régimen de regalos, remuneraciones, conflictos de intereses, confidencialidad y reglas en materia de misiones.

**Código de los Servicios** – el Código de los Servicios busca regular las relaciones entre los Comisarios y sus Despachos, estableciendo como principios la lealtad y la confianza, asegurando, en su plenitud, la responsabilidad política de los Comisarios. Por esta razón, el Código es muy interesante, en la medida que regula cuestiones semejantes en todos los países, pero que se abultan en organizaciones políticas complejas como la Unión Europea. Aunque la designación genérica sea relativa a servicios, lo que está en causa son las relaciones entre los Comisarios (que poseen el poder político gubernamental) y los Directores-Generales, que son los funcionarios nombrados para hacer la ejecución de los servicios de la máquina administrativa, que constituyen la instancia entre el poder ejecutivo y la ejecución efectiva.

Es por este factor que el Código, al regular tales relaciones, está asentado en los principios de la lealtad y de la confianza, puesto que esos cuadros superiores de la Administración acaban por tener un duplo deber lealtad. Esa dupla lealtad, a nivel nacional y supranacional, frecuentemente,

suscita problemas éticos, que pueden volverse más o menos opuestos. Sin embargo, como bien refiere Joaquim Coelho Rosa, el Código no trata de esa cuestión propiamente ética. se desplaza para el dominio funcional y procesal, buscando delimitar competencias y procedimientos específicos, de modo a evitar preventivamente bloqueos institucionales<sup>550</sup>.

**Código Europeo de Buena Conducta Administrativa** – fue aprobado por el Parlamento Europeo el 6 de septiembre de 2001, para ser aplicado por las instituciones y órganos de la Unión Europea, así como por sus administraciones y respectivos funcionarios. El Código es un elenco de principios generales, envolviendo tanto el aspecto funcional cuanto el procesal, con amplitud suficiente para, con un entendimiento de sentido común, no ser polémicos. Como la propia designación indica, el Código visa regular la conducta administrativa, no la conducta ética, mismo siendo pacífico que la buena conducta administrativa es un presupuesto indeclinable de la conducta ética.

Este Código Europeo de Buena Conducta Administrativa fue dirigido a los ciudadanos y funcionarios públicos europeos, informando a los ciudadanos sobre lo que pueden esperar de la Administración y a los funcionarios los principios que deben observar en sus actividades, factores que motivaron un aumento de confianza de los ciudadanos en la Unión Europea y en sus instituciones. Los principios enumerados por el Código son los siguientes: **Legalidad; Igualdad; Proporcionalidad; Equidad; Ausencia de abuso de poder; Imparcialidad e Independencia; Objetividad; Expectativas legítimas, coherencia y consultoría; Cortesía; Adopción de decisiones en plazo razonable; Motivación de las decisiones; Indicación de las posibilidades de recurso; Protección de datos; Conservación de registros adecuados.**

De acuerdo con lo hasta aquí registrado, pueden ser establecidas algunas conclusiones: Primero que ya existe un acervo de principios suficientes para ser elaborados códigos de conducta o de buen gobierno y buena administración; según que a los funcionarios públicos, en razón del tipo de actividad profesional, prestación de servicios de interés público, es exigido un comportamiento ético superior al de la media de los ciudadanos; tercero que, en el ámbito de aplicación de los principios, éstos

---

<sup>550</sup> ROSA, Joaquim Coelho, “*Ética e Serviço Público*”, op. cit., pág. 27.

deben ser estipulados en normas estatutarias o reglamentarios, de acuerdo con la legislación de cada país<sup>551</sup>.

En España, en el contexto de las grandes transformaciones para el establecimiento de un nuevo modelo de Administración Pública, fueron adoptadas varias medidas para adopción de los principios y su compatibilidad con las acciones que deben ser practicadas por los cagatintas. Por la Ley nº 30, de 02 de agosto de 1984, fueron adoptadas una serie de *“Medidas para la Reforma de la Función Pública”*, abarcando todo el personal de la Administración civil, militar y de la seguridad social del Estado y sus organismos autónomos, procediendo: definición de los Órganos Superiores de la Función Pública; Ordenación de la Función Pública de las Comunidades Autónomas y Regulación de la Situación de los Funcionarios Transferidos; Registros de Personal, Programación y oferta de colocación pública; Normas para selección de personal. Provisión de los puestos de trabajo y la promoción profesional de los funcionarios; y Racionalización de la Estructura de los Cuerpos y Escalas y Otras Clasificaciones del Personal del Servicio de las Administraciones Públicas.

Por su vez, la Ley nº 53, de 26 de diciembre de 1984, reguló sobre las *“Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas”*. Por el Real Decreto nº 264, de 10 de marzo de 1995, fue realizado el *“Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y de promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración del Estado”*.

Por la *“Orden APU/516/2005, de 3 de marzo”*, oye la Publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros Españoles de 18 de febrero de 2005, que aprobó el *“Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado”*. Entre las razones asentadas por el Acuerdo de Ministros, está el hecho de que la Constitución de 1978 enriqueció la ordenación jurídica español, estableciendo reglas con el objetivo de que la Administración Pública pueda ejercer sus actividades de acuerdo con el principio de la legalidad, en el sentido de garantizar la transparencia, eficacia y dedicación plena sus funciones públicas y evitar todo el actividad o interés que pueda comprometer su independencia o imparcialidad o causa de menosprecio en el desempeño de

---

<sup>551</sup> SANTONJA, Aldo Olcese, *“Teoría y práctica del Buen Gobierno Corporativo”*, op. cit., pág. 182.

sus deberes públicos, razón que torna necesaria a la elaboración de un compromiso de todos los altos cargos del Gobierno, con la finalidad de que actúen y ejercer sus actividades de acuerdo con las leyes, inspirándose y guiándose por principios éticos y de conducta que se conformen en un Código de Buen Gobierno.

Este “*Código de Buen Gobierno*”, siguiendo las directrices delineadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y otras organizaciones internacionales, estipula los siguientes principios éticos y de conducta a ser cumplidos por los Miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado: **Objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, compromiso con el ámbito cultural y medioambiental y de igualdad entre hombres y mujeres.**

Buscando delinear de forma clara el entendimiento que debe ser tenido sobre los principios determinados y la forma de cumplirlos, el Código de Buen Gobierno fija, aún, catorce principios éticos y once principios de conducta, diciendo y definiendo el comportamiento y la actuación de los Miembros del Gobierno, teniendo en cuenta los principios generales especificados.

Aún en ese aspecto relativo a las reformas realizadas para la implantación de Códigos de buen gobierno en España, destacamos los procedimientos adoptados para el establecimiento “*del Gobierno Corporativo en España*”.

En 1997, el Gobierno Español formó una Comisión de Expertos, bajo la Presidencia del catedrático en Derecho Mercantil Manuel Olivencia, para elaborar un Código Ético del Consejo de Administración de las Compañías (Código Olivencia), que fue concluido en febrero de 1998.

En la introducción de su informe, la Comisión Especial resalta que lo que permite las sociedades concreten y adecuen sus propias características al régimen legal de la administración social, establecido en el Derecho Español como un factor de aplicación genérico, es el principio de la libre autonomía, poseyendo un cuerpo social con múltiples intereses y con posibilidad de captar recursos ajenos en los mercados financieros, circunstancias que exigen la elaboración de un Código de Ética.

En ese sentido, lo informe fue elaborado Por la Comisión Olivencia, con base en tres aspectos: la independencia de los Consejeros; el aumento del control; y la transparencia informativa, cuyo objetivo común es aumentar la credibilidad y la eficacia<sup>552</sup>.

Sin embargo, aunque el resultado de ese trabajo haya sido de alta calidad técnica y jurídica, fue poco seguido por los dirigentes empresariales, que prefirieron aguardar mejores momentos para implementar sus recomendaciones<sup>553</sup>.

Posteriormente, el 17 de julio de 2003, fue editada la Ley n° 26/2003, que modifica la Ley de Mercados de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas que quedó conocida como “*Ley de Transparencia*”, que, según aún Santonja, “*La ley de Transparencia se enmarca dentro del Plan de Acción sobre el Derecho de Sociedades de la Comisión Europea que parte del Informe sobre la modernización del Derecho de Sociedades Comunitario elaborado por el Comité Winter, en noviembre de 2002 y que responde a un expreso mandato del Consejo de Economía y Finanzas de la Unión Europea (ECOFIN), reunido en la ciudad de Oviedo los días 12 e 13 de abril de 2002, que decidió la reforma de aspectos relevantes en materia de gobierno corporativo como respuesta a los recientes escándalos financieros a nivel internacional a partir del <<caso Enron>>*”<sup>554</sup>.

Hubo también la adopción, en el ámbito de las reformas del gobierno corporativo, de la Ley n° 35/2003, de 05 de noviembre de 2003, sobre “*Instituciones de Inversión Colectiva*”; y el 15 de septiembre de 2003, la Fundación de Estudios Financieros (FEF), creó un **Observatorio del Gobierno Corporativo y Transparencia Informativa**, con el sentido de discutir el estado y la evolución del buen gobierno de las empresas y su grado de transparencia.

Buscando establecer normas éticas de procedimiento para los organismos fiscalizadores de la actuación pública, a INTOSAI – International Organization of Supreme Audit Institutions (Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores). Según refiere Ingá-Britt Ahlenius,

---

<sup>552</sup> SANTONJA, Aldo Olcese, “*Teoría y práctica del Buen Gobierno Corporativo*”, op. cit. pág. 130.

<sup>553</sup> SANTONJA, Aldo Olcese, “*Teoría y práctica del Buen Gobierno Corporativo*”, op. cit. pág. 129.

<sup>554</sup> SANTONJA, Aldo Olcese, “*Teoría y práctica del Buen Gobierno Corporativo*”, op. cit. pág. 145.

Presidente del Comité de Normas de Auditoría, el Código de Ética y las Normas de Auditoría reestructuradas y aprobadas por el XVII Congreso de la INTOSAI en Seul, 2001, “*constituye un paso significativo para el proceso de armonización de los conceptos éticos dentro de la INTOSAI. se compone únicamente de postulados éticos básicos, dado que las diferencias nacionales de cultura, idioma y sistemas jurídicos y sociales tornan necesario adaptar tales postulados al ambiente de cada país. Por consiguiente, el presente Código debe ser considerado como un fundamento para los Códigos de ética nacionales que deberán ser desarrolladas por cada Entidad Fiscalizadora Superior (EFS)*”<sup>555</sup>.

Por su vez, **en Brasil**, con el objetivo de ser buscado un nuevo tipo de Administración Pública, también se produjeron **reformas** para lo alcance de un buen gobierno, cuando hubo la implantación de Códigos reglamentares de conducta administrativa, pero con adopción de otro tipo de nomenclatura (Código de Ética).

El 12 de abril de 1990, fue editada la Ley nº 8.027/90, que dispuso sobre **Normas de Conducta de los Servidores Públicos Civiles de la Unión, de las Autarquías y de las Fundaciones Públicas**, con fijación de reglas que tratan de los deberes, de las faltas administrativas, de las sanciones y de la aplicación de las penas disciplinar. Por tanto, no si trata propiamente de un Código de Ética, sino de un Código regulador de los deberes y obligaciones de los servidores públicos que, no atendiendo a aquéllos dispositivos, cometerán falta administrativa, punible en la forma allí regulada.

A referida ley fija once tipos de deberes de los servidores públicos civiles brasileños, constituidos de: I – ejercer con celo y dedicación las atribuciones legales y reglamentarias inherentes al cargo o función; II – ser leal a las instituciones a que servir; III – observar las normas legales y reglamentarias; IV – cumplir los órdenes superiores, excepto cuando se manifiesta ilegales; V – atender con presteza: a) al público en general, prestando las informaciones requeridas, exceptuadas las protegidas por el sigilo y b) a la expedición de certificados requeridas para la defensa de derecho o aclaración de situación de interés personal; VI – celar por la economía del material y por la conservación del patrimonio público; VII – guardar sigilo sobre asuntos del departamento, desde que envuelvan

---

<sup>555</sup> Código de Ética e Normas de Auditoria da INTOSAI - International Organization of Supreme Audit Institutions; Tradução de Inaldo da Paixão Santos Araújo e Tribunal de Contas da União. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2005, pág. 17.

cuestiones relativas a la seguridad pública y de la sociedad; VIII – mantener conducta compatible con la moralidad pública; IX – ser asiduo y puntual al servicio; X – tratar con urbanidad los demás servidores públicos y el público en general; XI – representar contra ilegalidad, omisión o abuso de poder.

Posteriormente, el 22 de junio de 1994, Por el Decreto n° 1.171, fue aprobado el **Código de Ética Profesional del Servidor Público Civil del Poder Ejecutivo Federal**, donde son determinadas reglas deontológicas, los principales deberes de los servidores públicos, las vedas determinadas al servidor público y de la formación de las Comisiones de Ética. El 1° de febrero de 2007, por el Decreto n° 6.029/2007, de la Presidencia de la República, fue instituido el **Sistema de Gestión de la Ética del Poder Ejecutivo Federal**, con la finalidad de promover actividades que dispongan sobre la conducta ética en el ámbito del Ejecutivo Federal, visando asegurar condiciones de trabajo a las Comisiones de Ética y realizar evaluación de la gestión ética conforme proceso coordinado por la Comisión de Ética Pública.

En el mismo sentido el Ministerio de la Planificación, Presupuesto y Gestión del Gobierno Federal brasileño, por la Resolución n° 1, de 28 de febrero de 2007, creó el **Código de Ética del Programa Nacional de Gestión Pública y Desburocratización – GESPÚBLICA**, definiendo calidades de comportamiento ético en el referido Programa, teniendo en cuenta los siguientes principios: legalidad, finalidad, motivación, razonabilidad, proporcionalidad, moralidad, amplia defensa y contradictorio. La Secretaría del Tesoro Nacional bajó la Portería STN n° 27, de 18 de enero de 2008, instituyendo el **Código de Ética y de Calidades de Conducta Profesional de los Servidores de la Secretaría del Tesoro Nacional**, fijando calidades de conducta profesional, deberes, vedas, sanciones y formación del Comité de Ética.

El 22 de agosto de 2000, fue publicado en el Diario Oficial de la Unión, el **Código de Conducta de la Alta Administración Federal brasileña**, con las siguientes finalidades: I – tornar claras las reglas éticas de conducta de las autoridades de la Alta Administración Pública Federal, para que la sociedad pueda contrastar la integridad y la lisura del proceso decisorio gubernamental; II – contribuir para el perfeccionamiento de las calidades éticas de la Administración Pública Federal, desde el ejemplo dado por las autoridades de nivel jerárquico superior; III – preservar la imagen y la reputación del administrador público, cuya conducta esté de acuerdo con las

normas éticas establecidas en este Código; IV – establecer reglas básicas sobre conflictos de intereses públicos y privados y limitaciones a las actividades profesionales posteriores al ejercicio de cargo público; V – minimizar la posibilidad de conflicto entre el interés privado y el deber funcional de las autoridades públicas de la Administración Pública Federal; y VI – Crear mecanismo de consulta, destinado a posibilitar la previa y presta aclaración de dudas cuanto a conducta ética del administrador.

Este Código de Conducta de la Alta Administración Federal es aplicable a los Ministros y Secretarios de Estado; titulares de cargos de naturaleza especial, secretarios-ejecutivos, secretarios o autoridades equivalentes; Presidentes y Directores de Agencias Nacionales, Autarquías, incluso las especiales, Fundaciones mantenidas por el Poder Público, empresas públicas y sociedades de economía mixta. El objetivo regulador es hacer con que estas autoridades pauten su actuación por las calidades de la ética, sobretodo en lo que dice respeto a la integridad, a la moralidad, a la claridad de posiciones y al decoro, con vistas a motivar lo respeto y la confianza del público en general, envolviendo, incluso, la relación entre sus actividades públicas y privadas, de modo a precaver eventuales conflictos de intereses.

El Senado Federal brasileño, por la Resolución nº 20, de 17 de marzo de 1993, también instituyó su **Código de Ética y Decoro Parlamentar**. De igual forma así procedió a Cámara de los Diputados, con edición de la Resolución nº 25/2001, instituyendo el **Código de Ética y Decoro Parlamentar de la Cámara de los Diputados**. Aunque independientes en su aplicación, ambos los Códigos de Ética poseen el mismo tipo de reglamentación, cuales sean: fueron regulados los procedimientos relativos a los deberes fundamentales de lo Parlamentar, a sus vedas constitucionales, a los actos contrarios a la ética y al decoro Parlamentar, a las declaraciones públicas obligatorias, a las medidas disciplinar, al proceso disciplinar y al Consejo de Ética y Decoro Parlamentar.

Por fin, en lo que tañe las reglamentaciones corporativas – **el buen gobierno corporativo** – fueron realizadas varias reformas legales y estructurales, visando el establecimiento de reglas para aumentar la transparencia y alcanzar un mejor desempeño de la administración de las empresas brasileñas.



La Ley nº 6404, el 15 de diciembre de 1976, que dispone sobre las Sociedades por Acciones, fue alterada por la Ley nº 10.303/2001, con importantes modificaciones en lo que se refiere a la definición de compañía abierta, sobre los valores mobiliarios que pueden ser negociados en el mercado, etc., así como la función destinada a la Comisión de Valores Mobiliarios, en cuanto al control y registro de compañía abierta para negociación de acciones en el mercado. Así, con ésta reforma, hubo una apertura económica, especialmente en el segmento del mercado de capitales, con inserción de la economía brasileña en el contexto de la globalización económica. Con esos cambios, fueron atribuidos poderes a la Comisión de Valores Mobiliarios como agente regulador del mercado, con establecimiento de mayores derechos a los accionistas minoritarios, mayores poderes reguladores a la Comisión de Valores Mobiliarios y más transparencia<sup>556</sup>. En esa circunstancia normativa la Comisión de Valores Mobiliarios logró amplitud de capacidad reguladora y un colegiados a salvo de presiones, con mandato fijo.

Más recién, por medio de la Ley nº 11.638, de 28 de diciembre de 2007, hubo nueva alteración de la Ley de las Sociedades Anónimas, en el sentido de ser extendidas a las sociedades de grande porte las disposiciones relativas a la elaboración y divulgación de demostraciones financieras, con el objetivo de ser ampliada la transparencia de las sociedades de grande porte.

Por su vez, la Comisión de Valores Mobiliarios, con los nuevos poderes reguladores, juntamente con el aumento de la transparencia de toda a acción desarrollada por las empresas, incluso con posibilidades para desnudar operaciones de reestructuración societaria que escondan lunas y malévolas intenciones de los controladores, terminó por expedir varias Deliberaciones e Instrucciones técnicas, en el sentido de ser evitada la ocurrencia de desvíos nos parecer e informes de auditoría independiente, con establecimiento de procedimientos que atiendan a los principios fundamentales de contabilidad, a las reglas de la Ley nº 6404/76 y sus modificaciones posteriores, bien como a las normas de la Comisión de Valores Mobiliarios.

Estas reformas envuelven factor normativo relevante, en la medida que el desarrollo de auditoría es elemento fundamental para los

---

<sup>556</sup> BERTOLDI, Marcelo M. – coordenação – Carlos Augusto F. Alves Sobrinho, Fábio Tokars, Fernando Albino de Oliveira e Márcia Carla Pereira Ribeiro, colaboradores. “*Reforma da Lei das Sociedades Anônimas – comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001*”. 2ª edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 24.

intereses de la empresa y para los terceros que posean relaciones con la misma. Por esto, debe ser independiente en el ejercicio de sus funciones<sup>557</sup>.

- Para las empresa serias y honestas el Auditor independiente es factor esencial para el mantenimiento de regularidad en el ejercicio de su actividad de negocio, auxiliando en la busca de fallos y fraudes practicadas por sus directores y empleados;

- Para las empresas fraudulentas y deshonestas el Auditor es apenas un elemento que puede servir de soporte la práctica de actos fraudulentos y deshonestos, con desconocimiento de su independencia.

Siendo así, la regulación a ser efectuada por la Comisión de Valores Mobiliarios sobre los procedimientos de auditoría realizados sobre las empresas, incluso con establecimientos de normas técnicas, se revela como circunstancia avanzada en la dirección del buen gobierno corporativo.

Por tanto, cual si ve de las reglamentaciones arriba descritas, en consecuencia de las reformas, procedimientos y reglas efectuadas para el establecimiento del buen gobierno, en el sentido de ser adecuada la nueva Administración Pública al nuevo modelo del Estado contemporáneo, donde hay mayor libertad y mayor posibilidad real de actuación por parte del ciudadano, el papel del gobierno y de la administración tiene que desarrollarse en el sentido de concretar, de forma efectiva, todos los fundamentos y objetivos de las reformas efectuadas, pues, caso contrario, todo el estructura normativa efectuada quedará inocua. Ésta será una tarea obligatoria de la Administración Pública en el curso del siglo XXI<sup>558</sup>.

---

<sup>557</sup> BERTOLDI, Marcelo M. – coordenação – Carlos Augusto F. Alves Sobrinho, Fábio Tokars, Fernando Albino de Oliveira e Márcia Carla Pereira Ribeiro, colaboradores. “*Reforma da Lei das Sociedades Anônimas – comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001*”, op. cit. pág. 24 e ss.

<sup>558</sup> FARRERES, Germán Fernández, “*Los Códigos de buen gobierno de las admnistraciones públicas*”, op. cit. pág. 27. En ese sentido, el autor resalta: “*La nueva cultura de gestión de los servicios públicos que se preconiza, basada en los principios de la llamada gobernanza, no resulta inconciliable con el modelo estructural de Administración Pública de que disponemos. Todo lo contrario. La transparencia, la responsabilidad, la eficacia y los resultados, la participación, exigen simplemente algunas correcciones. Unas correcciones que han de ser abordadas con rigurosidad y decisión, reajustando en la medida de lo necessário la organización y el funcionamiento de los poderes administrativos, pero sobre todo, garantizando simultáneamente su plena observancia. Porque, sólo a partir de esa premissa, los Códigos de buen gobierno se legitimarán y podrán acaso cumplir alguna función*”.

### **1.3 – El buen gobierno en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas y en el Libro Blanco de la Gobernanza Europea**

**La Declaración del Milenio de las Naciones Unidas**, aprobada en la Cimeira del Milenio – realizada de 6 a 8 de septiembre de 2000, en Nueva York, EEUU – es un extraordinario documento estratégico, un documento histórico para el nuevo siglo, que refleja las preocupaciones e intenciones de 147 jefes de Estado y de gobierno de 191 países, que participaron de la mayor reunión ya realizada de dirigentes mundiales.

En la Declaración, en la parte que trata de los **Valores y Principios**, los dirigentes mundiales dieron indicaciones claras de su fe en la Organización de las Naciones Unidas para el establecimiento de un mundo más pacífico, más próspero y más justo, así como reconocieron que el principal desafío en el siglo XXI será conseguir que la globalización venga a ofrecer una fuerza positiva para todos los pueblos del mundo, cuyos esfuerzos debieron incluir la adopción de políticas y medidas, a nivel mundial, que correspondan a las necesidades de los países en desarrollo y de las economías en transición y que sean formuladas y aplicadas en su participación efectiva. Con estas aspiraciones, consideraron que determinados valores fundamentales son esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI, especificándolos:

**La libertad** – los hombres y las mujeres tienen el derecho de vivir su vida y de crear sus hijos con dignidad, libres del hambre y libres del miedo de la violencia, de la opresión y de la justicia. La mejor forma de garantizar estos derechos es a través de gobiernos de democracia participativa basados en la voluntad popular.

**La igualdad** – ningún individuo o nación debe ser privado de la posibilidad de tener el beneficio del desarrollo. La igualdad de derechos y de oportunidades entre hombres y mujeres debe ser garantizada.

**La solidaridad** – los problemas mundiales deben ser enfrentados de modo a que los costes y las responsabilidades sean distribuidos con justicia, de acuerdo con los principios de la equidad y de la justicia social. Los que sufren, o los que benefician menos merecen a ayuda de los que benefician más.

**La tolerancia** – los seres humanos deben respetarse mutuamente, en toda su diversidad de creencias, culturas e idiomas. No deben las diferencias dentro de las sociedades, ni entre éstas. Las diferencias deben, sí, ser apreciadas como bienes preciosos de toda humanidad. Debe promoverse activamente una cultura de paz y diálogo entre todas las civilizaciones.

**Respeto por la Naturaleza** – es necesario actuar con prudencia en la gestión de todas las especies y recursos naturales, de acuerdo con los principios del desarrollo sostenible. Solo así podremos conservar y transmitir a nuestros descendientes las inmensurables riquezas que la naturaleza nos ofrece. Es necesario alterar las actuales calidades indenfendibles de producción y consumo, en el interés de nuestro bienestar futuro y en el de las futuras generaciones.

**Responsabilidad común** – la responsabilidad por la gestión del desarrollo económico y social en el mundo y por enfrentar las amenazas a la seguridad y paz internacionales debe ser compartida por todos los Estados del mundo y ser ejercida multilateralmente. Siendo la organización de carácter más universal y más representativa de todo el mundo, las Naciones Unidas deben desempeñar un papel central en este dominio.

Para traducir concretamente tales aspiraciones, fueron establecidos varios objetivos a ser buscados por las naciones: II – Paz, seguridad y desarmamiento; III – El desarrollo y la erradicación de la Pobreza; IV – Protección del ambiente común; V – Derechos humanos, democracia y buena gobernanza; VI – Protección de los grupos vulnerables; VII – Contestar a las necesidades especiales de África; y VIII – Reforzar las naciones Unidas.

En el sentido de por en práctica todos esos objetivos de la Declaración de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta los valores y principios allí establecidos, invariablemente, la calificación y la preparación del personal, de los gobiernos y de la Administración Pública serán fundamentales para que sean realizadas y postas en práctica las reformas destinadas al desarrollo estructural, económico y social de los países<sup>559</sup>.

---

<sup>559</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*”, op. cit. , pág. 145. Como bien advierte Rodríguez-Arana Muñoz, “*los logros de la Declaración del Milenio de Naciones Unidas dependem, así de claro, de estructuras constitucionales que funiionen correctamente, así como de funcionarios públicos capacitados, dedicados y altamente motivados. Las estructuras institucionales serán sólidas y eficazes si las personas que las integran son, a su vez, funcionarios*”

Realmente así se coloca la cuestión. Efectivamente, para ser efectuada a concretización de los objetivos de la Declaración es un grande desafío, tanto para los gobiernos cuanto para las Administraciones Públicas, en la medida que no será fácil celebrar la paz, con establecimiento de la seguridad y el desarmamiento, pues, allende esfuerzos que deberán ser realizados en ese aspecto, deberá también ser sumada una grande dosis de buena voluntad de los hombres (n. 8 a 10 de la Declaración); en lo que tañe a transformar el derecho al desarrollo en una realidad, con erradicación de la pobreza también no es tarea simple y posee el mismo grado de dificultad del objetivo anterior, teniendo en vista los varios aspectos que deben ser trabajados, con dependencia de un buen gobierno en cada país, así como de un buen gobierno a nivel internacional y de la transparencia de los sistemas financieros, monetarios y comerciales (n. 13 de la Declaración); junto a esos factores aún hay el objetivo de la protección a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, con promoción de la democracia y el fortalecimiento del Estado de derecho, de forma que pueda haber gobiernos transparentes y una participación efectiva de todos los ciudadanos (n. 24 y 25 de la Declaración), implica en el estímulo al buen gobierno y una actividad continuada del perfeccionamiento del sistema democrático; de igual forma, el objetivo de la protección al medio ambiente es imprescindible para acabar con a amenaza de destrucción del planeta, pero dependerá del establecimiento de una noticia ética ambiental, con servicio de los principios del desarrollo sostenible (n. 21 a 23 de la Declaración); de otra parte, también no será tarea fácil realizar la protección de los grupos vulnerables (n. 26 de la Declaración), ni lo alcance de soluciones para las necesidades especiales de África, puesto que éstas dependerán de la consolidación del sistema democrático, con establecimiento de una paz duradera, pasando por la erradicación de la pobreza y por la implantación de un desarrollo sostenible (n. 27 y 28 de la Declaración).

De cualquier forma, no queda duda sobre la fuerza simbólica que poseen esos objetivos del Milenio, fijados en la Declaración de las Naciones Unidas, de dónde resalta la clara intención de los Jefes de Estado de fortalecer el Estado contemporáneo, en el curso del siglo XXI, como un Estado Social y Democrático de Derecho, pluralista, transparente y participativo, con objetivos determinados para la realización de aspectos que conduzcan a la protección de la libertad, en el establecimiento de la paz y de la

---

*con una clara idea de servicio público y con un permanente y creciente compromiso con los intereses generales”.*

seguridad, con fijación de condiciones que lleven al desarrollo equilibrado y a la erradicación de la pobreza.

Sin embargo, conforme ya fue destacado, para la realización y alcance efectivo de los grandiosos objetivos del Milenio, habrá la necesidad de una acción eficiente de los gobiernos y de las personas que actúan en el ámbito de la Administración Pública, con implementación de reformas que busquen la transformación de los valores y principios de la Declaración, convirtiéndolas en políticas gubernamentales y estrategias de acción, con establecimiento de un buen gobierno, en el sentido de ser concretados los derechos fundamentales del ciudadano, teniendo en cuenta la utilización de las nuevas formas tecnológicas y de las nuevas teorías de lo saber y del conocimiento. Ciertamente, como advierte Rodríguez-Arana Muñoz, los grandes objetivos del milenio dependen, en buena medida, de que las personas que trabajan en la Administración pública destaquen por su cualificación, disponibilidad, capacidad o motivación en orden a transformar los valores y metas de la Declaración en políticas, en estrategias y acciones concretas que permitan su aplicación sobre la realidad<sup>560</sup>.

De esa manera, la reforma administrativa que deberá ser elaborada en los países, fijándose en los valores y objetivos a ser alcanzados, tendrá de llevar en consideración los medios materiales existentes, con producción de inversiones en el perfeccionamiento y cualificación de la máquina administrativa, con la finalidad de que tornen las reformas eficaces y sostenibles en largo plazo, con flexibilidad para amoldarse a los nuevos cambios, tanto en el nivel local cuanto mundial<sup>561</sup>.

Realizándose una conexión de los valores y principios de la Declaración con las acciones consecuentes de las asistencias técnicas previstas, se verifica que será indispensable a la realización de reformas del aparato del Estado, en todos los países, para ser alcanzada una modernización de la gestión pública, con programas de buen gobierno y buena administración, aplicación de los nuevos mecanismos tecnológicos y de la sociedad del conocimiento, códigos de procedimientos éticos, acción

---

<sup>560</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*”, op. cit. , pág. 147. El autor complementa su raciocinio con el siguiente alerta: “*Es más, lo que se haga en cada país es muy importante y tiene un evidente efecto ejemplar, sea para bien o para mal*”.

<sup>561</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*”, op. cit. , pág. 148.

transparente y estímulo a la participación popular, para que haya el fortalecimiento de la democracia y a mejora en la prestación de servicios esenciales al ciudadano.

De esa forma, la Declaración del Milenio sugiere el perfeccionamiento de la Administración Pública, la necesaria realización de una Reforma Administrativa, cuya Reforma sea promotora de una mejor prestación de servicios públicos, tenga una planificación integrada y proporcione una efectiva participación de los ciudadanos en las tomas de decisiones, y que sea desarrollada con una estructura descentralizada, posea acción transparente, mediante prestaciones de cuentas de todos sus actos, con un efectivo combate a la corrupción<sup>562</sup>.

**El buen gobierno en el Libro Blanco de la Gobernanza Europea** tiene de ser comprendido desde la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, donde son fijadas directrices de una “Gobernanza global”, cuando fue fijado sobre la necesidad de normas que sean objeto de acuerdo y de una aplicación efectiva en escala mundial, tanto que éste fue el compromiso de todos los Jefes de Estado. En ese contexto, La Unión Europea buscando establecer para europa una visión estratégica que estuviese compatibilizada con los objetivos y principios de la Declaración de las Naciones Unidas, en febrero de 2000, la Comisión de las Comunidades Europeas, ante el Parlamento Europeo, dio inicio a su mandato, fijando cuatro compromisos que ilustran la dimensión política de la integración europea. Los cuatros objetivos estratégicos son:

- Promover nuevas formas de gobernanza europea;
- Estabilizar el continente y fortalecer la voz de Europa en el mundo;
- Crear una nueva agenda económica y social;
- Mejorar la calidad de vida para todos.

---

<sup>562</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas”, op. cit. , pág. 170. Sobre el asunto, el autor dice: “Se insiste , por otra parte, en la necesidad de <<innovar y introducir nuevos mecanismos para introducir todo ello>>, entre los cuales necesariamente hemos de contar con las tecnologías de la información y las comunicaciones, y con el gobierno electrónico, que bien orientado, debe dar lugar a un nuevo sistema en que el ciudadano sea el centro y el gobierno el organismo que gira entorno a él y que tiene como principal tarea <<responder a sus necesidades y expectativas a partir de transparencia, responsabilidad y participación>>”.

En lo que se refiere al establecimiento de una nueva Gobernanza Europea, en el sentido de destacar más la actualidad y la ejemplaridad del proyecto democrático en que la Unión Europea está encendida desde sus orígenes, la Comisión de las Comunidades Europeas decidió publicar en 2001, un **Libro Blanco sobre a Gobernanza Europea**, con la finalidad de establecer un programa de trabajo. Este programa de trabajo se constituye de un plan metodológico destinado a efectuar un proceso dinámico de intercambios, abierto e interactivo, a cuyo ritmo el Colegio de Comisarios tendrá de ir evaluando lo alcance político de su propuestas, delante de las numerosas situaciones que surgieron sobre el porvenir de Europa.

El Libro Blanco sobre a Gobernanza Europea posee una exposición de motivos explicitando las expectativas surgidas en el exterior sobre el anuncio del Libro Blanco y sobre los debates suscitados sobre el asunto. En secuencia, son referidas seis áreas de trabajo, un método de trabajo y las etapas para su validación por el Colegio de Comisarios: 1 – Ampliar y enriquecer el debate público sobre las temas europeas; 2 – Controlar los procesos de elaboración y aplicación de las normas comunitarias; 3 – Ejercer mejor las responsabilidades directivas europeas mediante la descentralización; 4 – Promover la coherencia y la cooperación en una Europa “*en red*”; 5 – Reforzar la contribución de Europa a gobernanza mundial; 6 – Reforzar la integración y la dimensión estratégica de las políticas en escala del moderado europeo.

Según la exposición de motivos del Libro Blanco, la “buena gobernanza” utilizada en el contexto de las políticas de desarrollo destaca que transparencia, responsabilidad (deber de prestar cuentas) y eficacia son condiciones indispensables para el éxito de las políticas públicas. Que “gobernanza a varios niveles” implica en articulación de los distintos niveles geográficos de agentes públicos independientes, en torno a objetivos de interés común. Que la gobernanza también se refiere a los agentes privados: a “gobernanza de empresas” tiene por objetivo garantizar la responsabilidad del poder de gestión, frente la todas las partes interesadas. Que la idea de gobernanza está unida a la esencia de la Unión Europea, pudiendo construir una Comunidad basada en el derecho, respetando la individualidad propia de cada Estado que la compone. Que la gobernanza se concentra en la interdependencia e interacción diceses diferentes poderes y de distintos niveles de los Estados que integran la Unión Europea, ayudando en la concretización de las condiciones del equilibrio y de la cooperación.



Por esos motivos, el Libro Blanco considera que la reforma de los métodos de gobernanza europea se inscribe en la perspectiva de profundización de la democracia europea, estableciendo la definición de que *“gobernanza designa el conjunto de normas, procesos y comportamientos que afectan la calidad del ejercicio de los poderes a nivel europeo y, en particular, la responsabilidad, la legalidad, la transparencia, la coherencia, la eficiencia y la eficacia”*.

Considerando que las áreas de trabajo fijadas por el Libro Blanco sano de relevancia para a concretización de los objetivos de la buena gobernanza y el ahondamiento de la democracia europea, se impone de, por lo menos, hacerse referencia sus principales directrices.

Referentemente a **ampliar y enriquecer el debate público sobre las temas europeos**, más de lo que establecer la realización de cooperación o negociación internacional, la instauración de la Unión Económica y Monetaria, la construcción de un marco común de seguridad, busca la actualización y la consolidación de las normas del mercado interior, fijando dos tareas principales: popularizar los debates sobre los grandes desafíos de la Unión Europea o de sus políticas esenciales, teniendo en cuenta la diversidad de las culturas y los contextos nacionales; y democratizar los conocimientos científicos, en especial, los relativos a la salud y la seguridad, tratando de hacerlos más accesibles a los ciudadanos, pero de forma real no por mera transparencia técnica.

En cuanto a **controlar los procesos de elaboración y aplicación de las normas comunitarias**, significa que deberá haber un cambio buscando la calidad de la norma a ser editada, teniendo en cuenta su aceptabilidad y su eficacia, con adecuación a los principios de la proporcionalidad y de la subsidiariedad, con un proceso de preparación previa y de aplicación posterior. En esa línea de acción, el Libro Blanco determina que el trabajo deberá ser dirigido bajo tres aspectos: deberá haber formalización de las “condiciones de participación”, con la elaboración de las normas respetando la organización interna de los Estados miembros, con el concepto de “derecho participativo” siendo conciliado a las exigencias de equidad y autonomía, así como las contrapartidas de transparencia y responsabilidades asociadas al ejercicio de estos derechos; el establecimiento de formas adecuadas de evaluación de la eficacia de las normas, en particular, su independencia y transparencia desde el punto de vista de las instituciones; el

estudio – desde el punto de vista del interés general y de la responsabilidad parlamentaria – de las ventajas e inconvenientes de las distintas formas de regulación y coregulación que implica en la formulación de normas voluntarias, como las que ocurren de la rápida evolución de las tecnologías

**Ejercer mejor las responsabilidades directivas europeas mediante la descentralización**, en la visión del Libro Blanco, busca establecer una mayor descentralización a nivel comunitario. Aunque varias tareas ya hayan sido transferidas las autoridades nacionales o locales competentes, el Libro Blanco determina que la Comisión examine formas de descentralización más apropiadas para ejecutar de manera más eficaz y efectiva sus tareas. Esta área de trabajo vendrá a estudiar, especialmente, dos tipos de descentralización: la descentralización horizontal confiada a **agencias**. ¿Qué competencias deben ser concedidas? ¿Cómo mantener la coherencia entre agencias cada vez más especializadas? ¿Qué conclusiones pueden ser retiradas del programa IDA? Que garantías (transparencias de las decisiones, calidad de los estudios, equidad de las consultas, independencia, legitimidad, responsabilidad) deben ser establecidas; por su vez, la descentralización vertical resulta en una mayor distribución de las responsabilidades entre instancias nacionales, regionales y locales. ¿En qué condiciones se podría desarrollar una discusión basada en **contratos de objetivos** entre la Unión Europea y las autoridades dotadas de capacidad reglamentar o de gestión? ¿Podría aplicarse esta colocación a los programas destinados a la innovación?

Cuando el Libro Blanco se refiere a **promover la coherencia y la cooperación en una Europa “en red”**, significa que debe haber una mayor convergencia de las políticas nacionales y/o regionales. Así, si la responsabilidad de coordinar las políticas nacionales pertenece al Consejo, la Comisión de las Comunidades Europeas corresponde no solo la preparación de las vías y medios, pero también del acompañamiento y de la comparación de las buenas prácticas, asegurándose de la calidad de aplicación del Derecho Comunitario en todos los países. Con este objetivo la área de trabajo deberá abordar tres perspectivas: profundizar la proporcionalidad entre las formas posibles de convergencia y la naturaleza de los problemas que deben ser resueltos; establecer una tipología de las **redes policéntricas** resultantes de la liberación de los servicios de interés general y promover las formas de organización más aptas para garantizar, en escala europea, los bienes públicos, a interoperatividad y el servicio universal; el marco regional en sentido estricto basta para garantizar una mejor sinergia entre los distintos niveles

territoriales de política estructural: europeo, nacional, ¿regional y local? No sería necesario tener en cuenta, en favor de los objetivos europeos de cohesión y desarrollo sostenible, ¿la **dimensión territorial**? ¿Qué se puede concluir de las nuevas formas de planificación espacial en vigor en varios Estados miembros para mejorar la definición asociativa de los objetivos en largo plazo de cohesión social y desarrollo sostenible?

En el punto relativo a **reforzar la contribución de Europa la Gobernanza mundial**, es debatida materia concerniente al control de la globalización, con relación las dificultades análogas en otros países que la gobernanza europea quiere superar: extensión de las normas a un número creciente de naciones; especialización sectorial de las políticas; interferencia creciente de las normas multilaterales con las políticas creadas; apareamiento de nuevos agentes globales entre las empresas y en la sociedad civil. Lo objetivo es destacar la necesidad y la oportunidad de que la Unión Europea promueva una mejor gobernanza mundial en armonía con su propia gobernanza interna. Para tanto, deberán ser crecidos trabajos de elaboración de un **documento para una estrategia europea de desarrollo sostenible**, que deberá ser presentado por la Comisión al Consejo Europeo.

**Reforzar la integración y la dimensión estratégica de las políticas en escala del continente europeo**, según establece el Libro Blanco de la gobernanza europea, es objetivo que está asociado a la garantía de visibilidad de los objetivos centrales que dan coherencia al conjunto diversificado y descentralizado del sistema político europeo. Cuestiones como la competitividad global, la busca por el desarrollo sostenible, el profundización de la cohesión social, la igualdad de oportunidades, la gestión equilibrada de la inmigración, son circunstancias que, por ejemplo, requieren una integración de las distintas políticas sectoriales. Esta intención de ampliación de las políticas a nivel continental obliga una redefinición más coherente y más estratégica de sus factores que influyen. Por esto, como determina el Libro Blanco, el debate sobre a gobernanza debe ser organizado en todo el Europa, **con la idea llave de la unificación continental europea, de una solidaridad que debe reconstruirse, con involucramiento del patrimonio histórico, geográfico e intercultural fundado en el desarrollo de las relaciones económicas y comerciales del continente europeo**. Para lo alcance de tales objetivos, el Libro Blanco ejemplariza con las siguientes acciones a ser adoptadas: Objetivos y herramientas de una **“política europea de aproximación”**, con el sentido de ser construidas relaciones estables y coherentes a lo largo de las fronteras éste y sur de Europa continental;

vínculos con una discusión constructiva de las emigraciones; radiación y equilibrio de la **red de las ciudades de Europa**: prevención de la concentración, tensión entre competitividad y cohesión, revitalización de las relaciones tradicionales este-oeste y sur-norte; diversidad y viabilidad de las formas de desarrollo de las actividades agrícolas y no agrícolas en los **territorios rurales de lo éste y del oeste**; desarrollo excelente de las **redes de servicio económico de interés general** en función de una visión continental de la cohesión territorial y del servicio universal.

De esa forma, en razón del Libro Blanco buscar el establecimiento de una gobernanza con claras connotaciones normativas y valorativas, significa pretender que la Unión Europea tenga un buen gobierno porque él es legítimo, democrático, transparente, responsable, eficaz, eficiente, coherente, competente y que da respuestas a las necesidades, orientado por el acuerdo, con perspectivas estratégicas, equitativo, respetuoso con los derechos humanos y el Estado de derecho, una vez que todo esa amalgama de valores y virtudes es a gobernanza como buen gobierno<sup>563</sup>.

Por tanto, el Libro Blanco sobre a Gobernanza Europea se justifica, inicialmente, por el problema de gobernabilidad de la Unión Europea: alejamiento, desconfianza y desentendimiento de la Unión paralelo a un incremento de demandas con respeto a ella misma. Justamente para contestar a esos anhelos de apertura y mayor participación de los ciudadanos, en el sentido de ser aumentadas a las situaciones de equilibrio y de cooperación, con profundización de la democracia en la Unión Europea, que fue realizada la propuesta de un plan estratégico, con los principios de la buena gobernanza.

Sin embargo, aunque la relevancia de las cuestiones analizadas, valoradas y reglamentadas por el Libro Blanco, con vista al establecimiento de una nueva Gestión Pública Europea, con reconocimiento de que la Unión Europea deba estar en la vanguardia de acontecimientos de esa naturaleza y deba aprovechar las oportunidades de desarrollo económico y humano que el

---

<sup>563</sup> HUESO, Lorenzo Cotino, “*Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa*”, 2003, págs, 68/75, divulgado no site: [www.cotino.net/web/cotino\\_org/publicaciones/DEFINITIVO.PDF](http://www.cotino.net/web/cotino_org/publicaciones/DEFINITIVO.PDF) “*De este modo, la gobernanza há venido a significar un modelo ideal de gobierno válido para el mundo, con pretención universal por reunir – y mejorar – muchas las carcteristicas que en principio reúnen los gobiernos democráticos occidentales y, de otro lado, los deseos – y condicionamientos – de eficiencia y Nueva Gestión Pública de quienes lideran los procesos de reforma en estos países en desarrollo (ONU, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional)*”.

sistema globalizado ofrece, hay posiciones de discordancia sobre los resultados presentados en la aplicación de aquellas normas y objetivos.

De cualquier modo, aun cuando no haya alcanzado los objetivos trazados, el Libro Blanco estableció ideales de Gobernanza y de Buen Gobierno que, por lo menos, terminó por influenciar procedimientos de misma naturaleza en el ámbito de las Naciones miembros de la Unión Europea. Son indicativos que permanecen válidos, transformándose en el grande desafío del siglo XXI, cual sea, hacer con que se vuelva realidad efectiva. Tanto que, en diciembre de 2007, fue celebrado el Tratado de Lisboa, con el sentido de dotar la Unión Europea de cuadro jurídico y de instrumentos necesarios para hacer frente a los desafíos futuros y a contestar las expectativas de los ciudadanos, tornando europa más democrática y transparente, con un papel reforzado para el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales, con más oportunidades para que los ciudadanos hagan oír su voz y una definición más clara de quien haga lo que a los niveles europeos y nacional.

## 2 – Sociedad del conocimiento

En la sociedad contemporánea, estamos viviendo un período postmoderno, en la era postindustrial, cual sea, estamos delante de un mundo nuevo, donde el trabajo físico es hecho por las máquinas y el mental por las computadoras, cabiendo al hombre una tarea para a cual él es insustituible: **ser creativo, tener ideas**<sup>564</sup>.

Siendo así, entramos en la era del conocimiento, cuyo cursillo mundial es de un estado de transformación consecuente de una serie de innovaciones sociales, institucionales, tecnológicas, organizacionales, económicas y políticas, desde las cuales la información y el conocimiento pasaron a desempeñar un nuevo y estratégico papel, constituyéndose en elementos de ruptura, según algunos, o de fuerte diferenciación, según otros<sup>565</sup>. Factores que ocasionaron lo que Leo Kissler llamó de revolución

---

<sup>564</sup> LUCCI, Elian Alabi, “A Era Pós-industrial, a Sociedade do Conhecimento e a Educação para o Pensar”, divulgado no site <http://www.hottopos.com/vidlib7/e2.htm>, pág.1.

<sup>565</sup> LASTRES, Helena Maria Martins, e ALBAGLI, Sarita, organizadoras, “Chaves para o Terceiro Milênio na Era do Conhecimento”, in “Informação e Globalização na era do conhecimento”. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda., 1999, pág. 8.

económica (capitalismo social), revolución tecnológica (revolución digital) y proceso de globalización (sistema mundial competitivo)<sup>566</sup>.

Del punto de vista económico, fueron adoptadas nuevas prácticas de producción, comercialización y consumo de bienes y servicios, cooperación y competición entre los agentes, así como de circulación y de valorización del capital, desde la mayor intensidad en el uso de información y conocimiento en esos procesos<sup>567</sup>.

Este nuevo papel de la información y del conocimiento en las economías ha provocado modificaciones sustantivas en las relaciones, forma y contenido del trabajo. Leo Kissler, al estudiar la mayor o menor participación de los empleados en la conducción y organización de su trabajo, analiza los problemas éticos asociados a la práctica de la participación que él observó en las empresas de la industria automovilística europea, constatando que la participación directa de los empleados en la planificación de las condiciones de su trabajo constituye una cuestión central de la ética contemporánea y que, así como las noticias técnicas productivas y sociales, también las técnicas de participación presentan, simultáneamente, riesgos y oportunidades<sup>568</sup>. Es por esto que, según aún Kissler, hoy día, en el contexto del capitalismo social, formas liberales de ejercicio de lo poder acaban siendo adoptadas, incluyendo el de la responsabilidad social<sup>569</sup>.

---

<sup>566</sup> KISSLER, Leo, “*Ética e Participação: problemas associados à gestão participativa nas empresas*”, op. cit., pág. 19.

<sup>567</sup> LASTRES, Helena M. M.; ALBAGLI, Sarita, “*Chaves para o Terceiro Milênio na Era do Conhecimento*”, op. cit., pág. 8. Sobre esa nuevas prácticas, las autoras comentan: “*Tales prácticas se apoyan, por su vez, en nuevos saberes y competencias, en nuevos aparatos e instrumentales tecnológicos, tanto en nuevas formas de innovar y de organizar el proceso productivo, expresando así una nueva economía o una nueva calidad técnica-económica y posibilitando también la necesidad de nuevos abordajes en la propia teoría económica y del valor. El desarrollo, la difusión y la convergencia de las tecnologías de la información y comunicación son vistos como centrales en la conformación de esa noticia dinámica técnico-económica*”.

<sup>568</sup> KISSLER, Leo, “*Ética e Participação: problemas associados à gestão participativa nas empresas*”, op. cit., pág. 10 e 72 e siguientes. El autor aún refiere que “en tenemos normativos, siempre hubo (y continúa habiendo) expectativas elevadas a la participación directa de los empleados en la empresa. Van desde a cogestión empresarial, en el caso de Alemania, hasta la auto-gestión de la empresa por los trabajadores, en Francia. Mientras, se puede vislumbrar una perspectiva común de alcance transaccional: el cambio en la distribución de poder en la empresa. Ésta es una precondition para la reducción de jerarquías, superación de autoritarismo represivo y humanización de las condiciones de trabajo”.

<sup>569</sup> KISSLER, Leo, “*Ética e Participação: problemas associados à gestão participativa nas empresas*”, op. cit., pág.20. Dice el autor: “Al lado del lucro, que beneficia los ‘shareholders’ y desempeña función económica, se desarrolla otro dinamismo – el de la responsabilidad social –, que beneficia los demás ‘stakeholders’ y que, arriba de todo, desempeña función ética” (“shaholders” son las “partes interesadas” de las empresas).

Otra situación alcanzada por el nuevo papel de la información y del conocimiento, dice respecto a una noticia dinámica política que se establece, frente a la desestructuración o a la reestructuración de las antiguas formas, mecanismos y escalas de poder y de negación de poder – desafiando los Estados-Naciones y su soberanía como el lócus de la hegemonía – y frente a la emergencia o proyección de nuevos actores – tales como los nuevos bloques político-económicos regionales, los organismos multilaterales y, particularmente, los grandes grupos multi o transnacionales<sup>570</sup>.

En ese contexto de mutación, Reginaldo Carmelo Correa de Moraes, al analizar Estado, desarrollo y globalización, busca pensar las complejas relaciones establecidas entre el proceso de globalización y las políticas de desarrollo, al mismo tiempo en el que identifica el papel del Estado nacional como elemento decisivo en esa conexión<sup>571</sup>. Que el hecho posibilita la internacionalización de mercados para bienes y finanzas (especialmente monedas); relativa declinación de la producción industrial y ascensión del sector de servicios, haciendo que las instituciones políticas nacionales parezcan volverse cada vez más ineficaces, pesadas – el poder de fuego del Estado nacional parece acabar. En esos Estados, los partidos políticos contruidos con base en ideologías y programas pierden espacio para otras formas de organización y acción políticas<sup>572</sup>.

Por otro lado, aunque se reconozca que la globalización haya implicado una mayor exposición de las economías nacionales, bien como un mayor condicionamiento externo de las políticas económicas nacionales y, vía de consecuencia, un menor grado de libertad de los gobiernos nacionales, cuyos factores han implicado en la necesidad de elaboración e implementación de nuevas estrategias y políticas, sobretudo en las economías en desarrollo, también no es menos verdad, como argumenta Cassiolato, que la necesidad de retracción del Estado no encuentra correspondencia alguna en las políticas efectivamente implementadas en los países más avanzados. Las políticas públicas continúan a desempeñar papel fundamental en el funcionamiento de

---

<sup>570</sup> LASTRES, Helena M. M.; ALBAGLI, Sarita, “*Chaves para o Terceiro Milênio na Era do Conhecimento*”, op. cit., pág. 9.

<sup>571</sup> MORAES, Reginaldo Carmelo Correa de Moraes, “*Estado, desenvolvimento e globalização*”. São Paulo: Editora da UNESP, 2006, pág. 7.

<sup>572</sup> MORAES, Reginaldo Carmelo Correa de Moraes, “*Estado, desenvolvimento e globalização*”, op. cit. págs. 21 a 29. “Ganan cuerpo nuevas configuraciones ideológicas, en ese cuadro de eventos: a) las ideas neoliberales (privatizar, desregular, cortar presupuestos etc.); y b) proyectos de integración regional (Unión Europea, Nafta, Mercosur etc.)”.

esas economías, recurriendo a un número mayor y más complejo de instrumentos<sup>573</sup>.

De cualquier forma, como resalta Helena Lastres, el poder no más se restringe al dominio de los medios materiales y de los aparatos políticos e institucionales, pero que, cada vez más, se define desde el control sobre el incorpóreo y lo intangible – sea de las informaciones y conocimientos, sea de las ideas, de los gustos y de los deseos de individuos y colectivos<sup>574</sup>.

Las revoluciones provocadas por la información y el conocimiento empujaron aún la sociedad para un cambio organizacional, envolviendo un complejo esfuerzo de implantación de nuevas relaciones de poder y de nuevas relaciones de saber. Así, como resalta Leo Kissler, “*Al final, los cambios afectan intereses cristalizados y las innovaciones culturales estremecen viejas creencias – lo que no es poco decir*”<sup>575</sup>.

Así, la información y el conocimiento fuerzan el establecimiento de un cambio organizacional y, para tanto, se vuelve necesario una planificación de transición para que la estructura y las prácticas organizacionales sean transformadas de forma duradera. En el contexto de la revolución digital, el fenómeno del cambio se vuelve una vertiginosa constante<sup>576</sup>.

En esa grande ola de cambios consecuentes de la información y del conocimiento, hay aún las tesis de que la globalización implica en el llamado mundo “sin fronteras”, llevando la suposición de que las informaciones, conocimientos y tecnologías son simples mercaderías, pasibles de ser “transferidas” bajo la mediación de los mercados vía mecanismos de

---

<sup>573</sup> LASTRES, Helena M. M.; ALBAGLI, Sarita, “*Chaves para o Terceiro Milênio na Era do Conhecimento*”, op. cit., pág. 12.

<sup>574</sup> LASTRES, Helena M. M.; ALBAGLI, Sarita, “*Chaves para o Terceiro Milênio na Era do Conhecimento*”, op. cit., pág. 9. Por esto, las autoras advierten: “*se estabelecem así nuevas jerarquías geopolíticas, definidas con base en nuevos diferenciáis socio-espaciales, reflejando fundamentalmente desiguales disponibilidades de informaciones y conocimientos estratégicos, bien como desiguales posiciones en el ámbito de los flujos y de los fijos que componen las redes de información y comunicación en escala planetaria*”.

<sup>575</sup> KISSLER, Leo, “*Ética e Participação: problemas associados à gestão participativa nas empresas*”, op. cit., pág. 26.

<sup>576</sup> KISSLER, Leo, “*Ética e Participação: problemas associados à gestão participativa nas empresas*”, op. cit., pág. 27. En lo que tañe a la nuevas demandas, el autor refiere: “*Para atender a las nuevas demandas, el mercado impone a las organizaciones una busca incesante de rapidez, flexibilidad y capacidad de, eventualmente, se reinventen, bajo pena de que viren a naufragar. Esos imperativos no son factibles sin que se conozcan las formas de gestión, una vez que es necesario saber por qué alterar, como alterar y, principalmente, para donde ir, y cual la arquitectura organizacional más adecuada al ‘negocio’*”.



precio<sup>577</sup>. Sin embargo, en realidad, la grande parte de los países viene crecientemente consumiendo el mismo conjunto de bienes, quiénes presentan semejantes, sino igual, nivel de contenido tecnológico y son producidos localmente o importados.

De esa forma, significa que aún es importante controlar los procesos de generación y difusión de nuevos conocimientos e innovaciones, mostrándose aún más fundamental cuando esta generación de conocimientos está en el cerne de las estrategias competitivas públicas y privadas<sup>578</sup>.

Otro tema innovador que sucede de la información y del conocimiento es el relativo a la gestión estratégica de conocimientos y competencias en las organizaciones que trabajan y generan ciencia, tecnología e innovación (CT&I)<sup>579</sup>.

Así, la posibilidad de ser administrados conocimientos, competencias y cambios viene siendo discutida con más intensidad en la última década, envolviendo investigadores y profesionales tanto en el ámbito de las organizaciones relacionadas con las actividades de la ciencia, tecnología e innovación (C-T&I) o, más particularmente, en los ambientes de pesquisa y desarrollo (P&D), cuanto en las empresas o en otras formas de organización pública o privada<sup>580</sup>.

Son muchas las discusiones teóricas sobre la gestión del conocimiento, sin embargo muchos a definen como el proceso sistemático de

---

<sup>577</sup> LASTRES, Helena M. M.; ALBAGLI, Sarita, “*Chaves para o Terceiro Milênio na Era do Conhecimento*”, op. cit., pág. 13.

<sup>578</sup> LASTRES, Helena M. M.; ALBAGLI, Sarita, “*Chaves para o Terceiro Milênio na Era do Conhecimento*”, op. cit., pág. 14. Las autoras refieren que, dentro de esa lógica, para un conjunto de autores, “*en oposición a los defensores de la vertiente del tecno-globalización, la generación y difusión de conocimientos y de innovaciones representa exactamente un de los casos de no globalización. se refuta por tanto la idea de que la pretensa globalización tecnológica (o tecno-globalismo) desplazaría los sistemas nacionales de innovación; así como tornaría redundante, y en el límite sin cabida, cualquier tentativa por parte de los gobiernos nacionales o locales en promover la generación doméstica de conocimientos y el desarrollo tecnológico*”.

<sup>579</sup> ROCHA NETO, Ivan, “*Gestão estratégica de conhecimentos & competências: administrando incertezas e inovações*”. Brasília: ABIPTI, UCB/Universa, 2003, pág. 13. Pronunciamento feito por Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque, Secretário-Executivo da ABIPTI – Associação Brasileira de Instituições de Pesquisa Tecnológica, na apresentação do livro. Como bien posiciona el autor “*No hay como pensar y manejar en los varios campos de la CT&I sin acompañar y monitorizar el desempeño de procesos basados en indicadores de eficiencia; sin evaluar la eficacia o los impactos de políticas/planes/programas/proyectos que traducen resultados positivos o negativos alcanzados; o sin efectuar prospecciones capaces de prever cambios y adoptar medidas necesarias*”

<sup>580</sup> ROCHA NETO, Ivan, “*Gestão estratégica de conhecimentos & competências: administrando incertezas e inovações*”, op. cit., pág. 21.

identificación, creación, renovación y aplicación de los conocimientos estratégicos a la vida de una organización<sup>581</sup>.

De ese modo, como refieren los teóricos de la tema, la gestión del conocimiento envuelve inteligencia organizacional que, por su vez, es una metodología que contempla un conjunto de herramientas útiles para administrar información. Constituye una técnica que posibilita el acompañamiento de información del ambiente que, cuando sistematizado y analizado, favorece el proceso de toma de decisión<sup>582</sup>. Por esto, como define Ivan Rocha Neto, Gestión estratégica envuelve las siguientes actividades: **acompañamiento**, para monitorizar el desempeño de los procesos, de acuerdo con indicadores de eficiencia; **evaluación**, para medir eficacia o los impactos de políticas, planes, programas y/o proyectos, con apreciación de las estrategias adoptadas por las organizaciones; y **prospectiva**, para anticipar cambios y adoptar acciones a tiempo<sup>583</sup>.

Por tanto, de las revoluciones sociales, tecnológicas y políticas que ocasionaron, la información y el conocimiento también posibilitaron el surgimiento de un nuevo tipo de actividad – la gestión del conocimiento. Como bien demuestra su concepto, así como lo de competencias, de capital intelectual, de inteligencia y aprendizaje organizacional y de educación corporativa, hay una señalización para el potencial de contribución que esas prácticas pueden dar para la creación, renovación y aplicación de conocimientos estratégicos en la vida del Estado contemporáneo.

Esta situación de avanzado desarrollo de varias naturalezas – económico, tecnológico, de relaciones de trabajo, personales y de poder, de estrategias gubernamentales y políticas estructurales – ocasionado por la llamada era del conocimiento, envolviendo, en la feliz expresión de Rodríguez-Arana Muñoz, “*los postulados del pensamiento abierto, del pensamiento dinámico y del pensamiento complementario*”, que están empotradas en el ámbito de las nuevas tecnologías y en el ámbito de la sociedad de la información, tienen de ser utilizados y compatibilizadas para el

---

<sup>581</sup> SOUZA, Marco Aurélio; e GIACOBBO, Mauro, “*A gestão do conhecimento e o exercício do controle externo dos recursos públicos*” – monografía colocada em 1º lugar no Prêmio Serzedello Corrêa 2005 – Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2006, pág. 18.

<sup>582</sup> SOUZA, Marco Aurélio; e GIACOBBO, Mauro, “*A gestão do conhecimento e o exercício do controle externo dos recursos públicos*”, *op. cit.*, pág. 19.

<sup>583</sup> SOUZA, Marco Aurélio; e GIACOBBO, Mauro, “*A gestão do conhecimento e o exercício do controle externo dos recursos públicos*”, *op. cit.*, pág. 19.

bien estar general de las personas, con servicio de los derechos fundamentales del ciudadano<sup>584</sup>.

Así, en la perfecta expresión de Santiago Segarra Tormo<sup>585</sup>, el conocimiento es un activo intangible de las organizaciones. Conocimiento es la capacidad de seleccionar en cada situación la mejor opción posible. El conocimiento se origina y se aplica en las mentes de las personas. Se adquiere a través de la formación o de la experiencia. En la medida en que las organizaciones las integran personas, se puede distinguir: conocimiento individual; conocimiento de una organización; e conocimiento interorganizacional.

Logicamente que, dentro de ese contexto, el grande desafío, la llave del entendimiento de las cuestiones, será conducir todo el sistema de generación de conocimientos y de desarrollo tecnológico para mejorar la vida de las personas, no para centrar ésta mejora solamente en la línea de los sistemas y procedimientos. Los ciudadanos son los protagonistas concretos y todo el organización, pública o privada, tiene de estar visualizando continuamente los intereses colectivos que atiendan a las personas. Siendo así, en la sociedad del conocimiento, el importante no es la tecnología por la tecnología, pero el avance tecnológico en favor de las personas.

Por esto, como muy bien propone Helena Lastres, el control social debe ejercer un papel fundamental en la orientación del crecimiento económico y de la innovación, sometiendo las prioridades del crecimiento económico y del desarrollo científico y tecnológico a principios de inclusión, equidad y cohesión social, de sustentabilidad ambiental y de carácter ético con respeto a sus medios y finalidades; que deba haber una subordinación de los mecanismos de apropiación privada de informaciones, saberes y conocimiento a la universalización del acceso de aquéllos de interés público y social; que la percepción del trabajo sea comprendida no solo como factor de producción, cuando el trabajador es visto apenas como sinónimo de “capital humano”, sino que como un valor a ser cultivado durante toda la vida; que haya incentivo al aprendizaje continuado, no solamente como factor de competitividad, pero

---

<sup>584</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*”, op. cit. pág. 72. En ese sentido, el autor advierte: “*El buen gobierno, la buena administración no puede olvidar que la sociedad del conocimiento ha de mejorar la calidad de la cultura cívica de las personas, pues de lo contrario estaremos desaprovechando una magnífica oportunidad para incidir positivamente en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos*”.

<sup>585</sup> TORMOS, Santiago Segarra, “*El papel de las tecnologías de la información y de las comunicaciones en la reforma de la Administración*”, in *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, pág. 553.

también como aprendizaje social, produciendo capacitación de los individuos en cuanto a la utilización de las técnicas en favor del ejercicio pleno de la ciudadanía; que el avance del conocimiento no sea orientado solo para el incremento económico, pero que sea entendido como elemento indispensable al desarrollo humano, en sus múltiples dimensiones; y que haya una revisión del papel y de los objetivos de las políticas públicas y privadas, en el sentido de atender a ese conjunto de cuestiones<sup>586</sup>.

En la estera de ese entendimiento aquí conducido y como factor de conclusión de ese tópico sobre la sociedad del conocimiento, es de todo oportuno transcribir, por importante, las seis consideraciones, las seis propuestas realizadas por Rodrigues-Arana Muñoz, con ayuda del professor Alejandro Llano, sobre la sociedad del conocimiento y la nueva funcionalidad del trabajo en el buen gobierno y en la buena administración: Primera, trabajar es aprender. Dirigir es enseñar; En segundo lugar, una organización inteligente es una comunidad de investigación y aprendizaje; En tercer lugar, entender lo conocimiento no lleva a una nueva forma de entender la profesión que tiene mucho a ver con la artesanía, que está vinculada a la elaboración esmerada del producto de trabajo. Tiene que ver con esa minuciosidad, con esa laboriosidad de los artesanos; En cuarto lugar, estas organizaciones poseen una obvia dimensión ética: transparencia, colaboración; En quinto lugar, una organización inteligente, también debe cultivar una profunda cultura corporativa, y si es una organización pública su talante y su estilo estará al servicio permanente de los intereses generales; Y en sexto lugar, en las organizaciones inteligentes, la investigación y la gestión se identifican. Porqué? Porque el aprendizaje no termina nunca, la formación no termina nunca y gestionar es aprende<sup>587</sup>.

### **3 – La nueva Administración Pública**

En consecuencia desde todos los aspectos hasta aquí analizados, la Administración Pública y el Derecho Administrativo sufrieron enormes cambios, pasando a tener influencia del ciudadano en el ámbito del poder decisorio, con obligatoriedad de proceder la todas las acciones administrativas dentro de la más absoluta transparencia.

---

<sup>586</sup> LASTRES, Helena M. M.; ALBAGLI, Sarita, “*Chaves para o Terceiro Milênio na Era do Conhecimento*”, op. cit., pág. 25.

<sup>587</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*”, op. cit. , págs. 84 e 85.

Así, como factor completar y consecuente de la participación popular y de la transparencia, el control social debe pasar a ejercer un papel fundamental en el poder de decisión para el establecimiento de todas las políticas públicas, incluso en lo que tañe a la determinación de prioridades para el desarrollo económico, científico y tecnológico, teniendo en consideración las peculiaridades de un mercado globalizado y posiciones internacionales sobre el comportamiento del Estado y de la Administración<sup>588</sup>.

Por esto, desde 1990, se inició un proceso de cambio de muchos entendimientos que se encontraban arraigados en el Derecho Administrativo, implantándose nuevos principios de actuación – principios de la eficiencia, de la proporcionalidad, de la razonabilidad, de la subsidiariedad y de la confianza legítima – llevando a una Reforma Administrativa que practicase la adopción de la privatización, de la deslegalización, de la regulación y la creación de Agencias Reguladores<sup>589</sup>.

De esa forma, la Administración Pública contemporánea, como estructura organizacional con la finalidad de administrar la cosa pública y prestar los servicios necesarios al servicio de los derechos fundamentales del ciudadano, tuvo de empezar a buscar una nueva compaginación, donde la eficiencia y la eficacia de suya acción estuviese relacionada con el tamaño del estado, procediéndose privatizaciones y transferencia de servicios públicos a la órbita privada, quedándose el Estado en la función reguladora, que sería ejercida por Agencias Reguladores, creadas específicamente para tal fin.

En esa línea de evaluación, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, con aguzada visión de los acontecimientos en el mundo, especialmente de las modificaciones que se procesan en el ámbito de la Administración Pública y del Derecho Administrativo, menciona que: 1º - para contraponer a imperatividad sin límites, fue introducida a consensualidad siempre que posible; 2º - para a intangibilidad de actos políticos, el sometimiento jurídico al control de cualquier acto de la Administración pública; 3º - para ser superada la cuestión de la insindicabilidad de la discrecionalidad

---

<sup>588</sup> CATALÁ, Joan Prats, *“Las Transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo”*, op. cit. pág. 32. Por tal razón, el autor advierte que hay nuevos desafíos y la necesidad de un nuevo modelo de Administración Pública: *“El dato decisivo viene constituido, en todo caso, por los nuevos desafíos que, como consecuencia de los procesos de globalización y transición a la sociedad del conocimiento, enfrenta hoy la sociedad española, los cuales se traducen en necesidades, valores y demandas sociales nuevos que requieren de un impulso decisivo e integral a los movimientos espontáneos de reforma administrativa hasta ahora registrados”*.

<sup>589</sup> ORTEGA, Ricardo Rivero, *“El Derecho Administrativo Económico”*, op. cit. págs. 16 a 28.

administrativa, se instalaron los controles de realidad y de razonabilidad del acto discrecional; 4º - para el administrado influir en los procesos decisorios, las garantías de creciente participación del administrado; y 5º - para superar la persistencia de los conceptos de razones de Estado y del interés público, se pasó a afirmar la supremacía de los derechos fundamentales y el de la dignidad de la persona humana<sup>590</sup>.

En secuencia, el autor refiere que la éste cuadro de mutación son añadidos factores técnicos de la Ciencia de la Administración, de la Economía y de la sociología, así como de varios otros Ramos del conocimiento, llevando la Administración a volverse cada vez más compleja y especializada, con acción asentada en tres principios básicos que expresen las nuevas exigencias del ciudadano: **eficiencia, transparencia y participación**, en el sentido de atender las necesidades prácticas de la época<sup>591</sup>.

Por tanto, todos los caminos toman en dirección para una Reforma Administrativa que establezca un buen gobierno, teniendo en cuenta todas las alteraciones estructurales del Estado, las consecuentes mutaciones de la Administración pública, con un claro objetivo de busca por la eficiencia, transparencia y participación popular.

Con ese pronóstico de la evolución de la Administración Pública y las necesidades de resolución de problemas prácticos de la sociedad contemporánea, la retórica política pasó a envolver los motivos que deberían conducir para una Reforma Administrativa y el establecimiento de una nueva gestión pública, situación en la que los gobiernos deberían pasar a reformular su propósito de fidelidad su misión pública, tratando de realizarla con eficiencia, transparencia y responsabilidad con las nuevas condiciones sociales.

---

<sup>590</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “*Mutações do Direito Público*”, op. cit. pág. 237.

<sup>591</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “*Mutações do Direito Público*”, op. cit. pág. 238/239. A respeito de ese cuadro de cambios, el autor advierte: “*Las mutaciones del Derecho Administrativo obedecen ‘a necesidades’, que están además de las teorías y de las doctrinas políticas y jurídicas que buscan explicarlas; se trata, antes de todo, de un ‘sistema de orden’, destinado a ‘atender a las necesidades prácticas de la época’. Ora, como una de las necesidades más en destaque en nuestros tiempos ha sido a de que ese ‘orden venga a impregnada de valores éticos’, hoy, más de lo que nunca, las mutaciones siguen también la busca ‘de la legitimación’. Como el ‘servicio de las necesidades’ es el móvil de la busca del conocimiento, sea empírico, científico o filosófico, hay que descubrirse la mejor manera de realizarlo, de allí el desarrollo de técnicas de todo el naturaleza, incluso de ‘técnicas sociales’, entre las cuales el Derecho sobresale como la más importante*”.

La Reforma Administrativa, delante de las nuevas condiciones del Estado, del desarrollo de la tecnología, del conocimiento, de la información y de la globalización, que llevaron a un nuevo momento de evolución de la sociedad, fue la respuesta a los problemas crecientes de operabilidad del Gobierno, del déficit fiscal que paraliza los Estados, de la cuestionada calidad de los servicios públicos y de la adopción de políticas económicas erróneas que impidieron el desarrollo de la sociedad y ocasionaron el aumento de la crisis fiscal, como ocurrió en buena parte de los países latinoamericanos<sup>592</sup>.

Reformar la Administración pública fue, por consecuencia, una orientación obvia, en la medida que el censurado desorden e ineficiencia de la Administración Pública exigía una nueva formulación, en la medida que ésta materializaba la forma de operar el sistema político, con todos los adjetivos negativos que eran usados para describirlo (autoritario, patrimonialista, populista, perdulario, clientelista, etc.)<sup>593</sup>.

Así, desde 1980, hubo la implantación de varias técnicas de gestión para el sector público, tornando la nueva Administración pública un conjunto emergente de principios administrativos. Hubo el nacimiento de nuevos conjuntos de ideas y creencias importantes en la área administrativa. *“El surgimiento del amplio movimiento de la nueva administración pública puede, por tanto, ser visto como ejemplo de un proceso más general en el cual conjuntos de principios surgen y desaparecen (Child, 1969; Barley y Kunda, 1992). Tales conjuntos de pensamientos contiene elementos tanto descriptivos como normativos (quizá ideológicos). Pueden estar asociados a componentes sociales, a administradores profesionales o a intelectuales de la área organizacional”*<sup>594</sup>.

---

<sup>592</sup> VILLANUEVA, Luis F. Aguilar, “Gobernanza y gestión pública”, op cit. pág. 140.

<sup>593</sup> CATALÁ, Joan Prats, “Las Transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo”, op. cit. pág. 34. “los nuevos desafíos proceden fundamentalmente de los procesos en curso de globalización y transición a la sociedad del conocimiento. Estos procesos están generando una complejidad, diversidad y dinamismo sin precedentes”.

<sup>594</sup> FERLIE, Ewan; ASHBURNER, Lynn; FITZGERALD, Louise; e PETTIGREW, Andrew, “A nova Administração Pública em ação”. Título original: “The new public management in action”. Tradução de Sara Rejane de Freitas Oliveira; revisão técnica de Tomás de Aquino Guimarães. Brasília: Editora Universidade de Brasília: ENAP, 1999, pág. 24. Los autores aún comentan, en ese aspecto, que “la nueva administración pública ha sido vista por los críticos como una ideología con base en el mercado, que invadió las organizaciones del sector público antepasadamente imbuidas de valores contraculturales (Laughlin, 1991). Pero también fue vista por otros (Ashburner et Al., 1994) como una administración híbrida, con énfasis continuado en los valores fundamentales del servicio público, aunque expresa de una nueva manera”. Complementan su raciocinio diciendo que, “para Hood (1991), el movimiento de la nueva administración pública fue moldeado por el surgimiento de conjunto de teorías, tales como la ‘nueva economía institucional’ (Downs, 1967; Niskanen, 1971; O. Williamson, 1975 1985). Esos conjuntos incluyen áreas como la teoría de

En ese contexto de cambios, Ferlie, Ashburner, Fitzgerald y Pettigrew, refieren que hay, por lo menos, cuatro modelos de la nueva Administración Pública y, aunque cada de ellos posea un distanciamiento de los modelos clásicos de Administración Pública, entre ellos también ha diferencias importantes y características distintas<sup>595</sup>. Por su relevancia, aun cuando de forma sintética, examinaremos los modelos de Administración Pública referidos por aquellos autores.

### **Nueva Administración Pública (NAP)/modelo 1: El empuje para la eficiencia.**

Éste fue el primer modelo a surgir, domeñando el sector de reformas del inicio hasta la mitad de la década de 1980, pero ahora bajo grande negación. Representó una tentativa de tornar el sector público más parecido con la iniciativa privada, guiado por nociones rudimentarias de eficiencia<sup>596</sup>. Para sus críticos, este modelo representó una idea inadecuada e importada del sector privado que no consideró las características propias del sector público.

Las principales temas y factores incluyen<sup>597</sup>: a) un aumento de los controles financieros, teniendo una fuerte preocupación con a maximización del valor del dinero y con los ganancias en eficiencia, obteniendo más con menos; b) una espina administrativa más fuerte, con administración jerarquizada, teniendo objetivos y acompañamiento de desempeño y poder otorgado a la administración superior; c) extensión de la auditoría a aspectos tanto financieros como profesionales, con métodos más transparentes para el análisis de desempeño; d) énfasis para una rápida respuesta del prestador de servicio con relación a los consumidores, con una mentalidad más devotada para el mercado y orientación para el cliente; e) desregulación del mercado de trabajo y aumento del ritmo de trabajo, con

---

la maximización burocrática; la teoría de los costes de transacción; teoría del principal agente y teoría del paramercado y suministró un conjunto de ideas sofisticadas que gozó de grande influencia durante la década de 1980. Esa teoría tiene serias implicaciones para la reestructuración de las agencias públicas”.

<sup>595</sup> FERLIE, Ewan; ASHBURNER, Lynn; FITZGERALD, Louise; e PETTIGREW, Andrew, “A nova Administração Pública em ação”, op cit. , pág. 26.

<sup>596</sup> FERLIE, Ewan; ASHBURNER, Lynn; FITZGERALD, Louise; e PETTIGREW, Andrew, “A nova Administração Pública em ação”, op. cit. págs. 26 e 27.

<sup>597</sup> FERLIE, Ewan; ASHBURNER, Lynn; FITZGERALD, Louise; e PETTIGREW, Andrew, “A nova Administração Pública em ação”, op. cit. pág. 27 e 28.



desgaste del acuerdo salarial y de las condiciones y acuerdos colectivos nacionalmente establecidos; f) reducción del poder de auto-reglamentación de las profesiones, con transferencia del poder de los profesionales para los administradores y involucramiento de algunos profesionales en el proceso gerencial; g) delegación de un cierto grado de poder para una administración menos burocrática y más emprendedora, más aún con las rigurosas exigencias de responsabilidad para con los niveles superiores; h) nuevas formas de gobernabilidad corporativa, con producción de marginación de los representantes y sindicalistas electos, cambio para el consejo director y transferencia del poder para el comando estratégico de la organización.

### **Nueva Administración Pública (NAP)/modelo 2: Downsizing y descentralización.**

Este modelo surge de lo argumento de que el cambio histórico en dirección las organizaciones grandes, verticalmente integradas, parece haber tomado el camino inverso. Sobre ese modelo de Administración, Ferlie, Ashburner, Fitzgerald e Pettigrew manifiestan que: *“Eso trajo como resultado algunos desarrollos organizacionales muy generales, incluyéndose los siguientes: el desmonte y el ‘downsizing’ organizacional; la busca por mayor flexibilidad organizacional; el abandono del alto grado de estandarización; el aumento en la descentralización de la responsabilidad estratégica y presupuestaria; aumento de la tercerización; y la separación entre un pequeño núcleo estratégico y una grande periferia operacional”*<sup>598</sup>.

Tales inclinaciones son encaradas como normales tanto para el sector público como privado, por los menos en las culturas de Europa y de América del Norte. Ese modelo no tiene el dominio ejercido por el modelo 1 durante la década de 1980, pero ahora está siendo visto como de creciente importancia.

El modelo 2 presenta los siguientes elementos de identificación<sup>599</sup>: a) énfasis en la mentalidad devotada para el mercado se dirige para paramercados más desarrollados y sofisticados, con cambio de

---

<sup>598</sup> FERLIE, Ewan; ASHBURNER, Lynn; FITZGERALD, Louise; e PETTIGREW, Andrew, “A nova Administração Pública em ação”, op cit. pág. 29.

<sup>599</sup> FERLIE, Ewan; ASHBURNER, Lynn; FITZGERALD, Louise; e PETTIGREW, Andrew, “A nova Administração Pública em ação”, op. cit. pág. 30.

planificación – aún confusa – para paramercados como Mecanismo de destinación de recursos dentro del sector público; b) cambio de la gestión jerárquica para la gestión de contrato, con surgimiento de reglas menos rígidas de gestión; c) *delayering* y *downsizing*: producción de una drástica reducción en la nómina de las organizaciones públicas, con adopción de estructuras organizacionales más horizontales y reducción de personal en todos los sectores de las organizaciones públicas; d) separación entre financiación pública y dotación del sector autónomo, con surgimiento de organizaciones separadas para compra y para prestación de servicios; e) cambio de la forma de gestión del tipo “comando y control”, asociada al modelo 1, para nuevos tipos gerenciales, como la administración por influencia, aumento del papel de las formas de organización en red y énfasis en las alianzas estratégicas entre organizaciones; y f) tentativas de cambio de las formas estandarizadas de servicio para un sistema más flexible y variado.

### **Nueva Administración Pública (NAP)/modelo 3: en busca de la excelencia.**

Ese modelo 3 está íntimamente unido a la corriente de la llamada “excelencia” de los años 1980. De cierto modo, el modelo representa la aplicación, a los servicios públicos, de la teoría de la administración denominada escuela de relaciones humanas, con su desarrollo dirigido para la importancia de la cultura organizacional<sup>600</sup>. Ese modelo da énfasis a las formas carismáticas de liderazgo en lugar de las formas transaccionales. Este liderazgo es visto con frecuencia como centrada en la persona y no en el grupo, que proviene de un administrador experimentado que inspira la organización con una nueva manera de ver las cosas.

El modelo 3 puede ser comprendido por medio de los siguientes indicadores<sup>601</sup>: a) en la forma bajero para arriba: énfasis en el desarrollo organizacional y en el aprendizaje, estableciendo apoyo de arriba

---

<sup>600</sup> FERLIE, Ewan; ASHBURNER, Lynn; FITZGERALD, Louise; e PETTIGREW, Andrew, “A nova Administração Pública em ação”, op cit. pág. 31. Sobre ese modelo, los autores tejen el siguiente comentario: “A NAP/Modelo 3 rechaza el abordaje altamente racional de la NAP/Modelo 1 y, al contrario de esta, enfatiza el papel de los valores, cultura, ritos y símbolos en el moldeado de la manera como las personas realmente se portan en el trabajo. Hay un fuerte interés en el modo como las organizaciones administran el cambio y la innovación”.

<sup>601</sup> FERLIE, Ewan; ASHBURNER, Lynn; FITZGERALD, Louise; e PETTIGREW, Andrew, “A nova Administração Pública em ação”, op. cit. pág. 32.

para abajo para los campeones de producto bajero para arriba y produciendo descentralización radical con el desempeño juzgado con base en los resultados; y b) en la forma de arriba para abajo: tentativas explícitas de preservación del cambio cultural, con proyección de una visión de arriba para abajo, mediante programas administrados de cambio cultural, donde ocurra destaque para las formas carismáticas de liderazgo de arriba para abajo, produciendo identificación de modelos carismáticos de papeles del sector privado para el nuevo estilo del sector público, con una función de gestión de recursos humanos más firme y estratégica.

#### **Nueva Administración Pública (NAP)/Modelo 4: Orientación para el servicio público.**

Según afirman Ferlie, Ashburner, Fitzgerald y Pettigrew, el modelo 4 es lo que presenta menor desarrollo y que aún necesita demostrar todo su potencial<sup>602</sup>.

Ese modelo 4 de la Nueva Administración Pública, consonante ese nuevo estilo de abordaje de la tema, envolviendo una fusión de las ideas de gestión del sector público y privado, es caracterizado por los siguientes indicadores<sup>603</sup>: a) Grande preocupación con la calidad del servicio (por ejemplo, el uso de acciones dirigidas para la calidad, haciendo surgir la administración para la calidad total), con un abordaje vuelta para el valor, pero basada en la misión de alcanzar la excelencia de los servicios públicos; b) reflejo de las preocupaciones y valores del usuario (en lugar del cliente) en el proceso de gestión, pasando a tener confianza en la opinión del usuario,

---

<sup>602</sup> FERLIE, Ewan; ASHBURNER, Lynn; FITZGERALD, Louise; e PETTIGREW, Andrew, “A nova Administração Pública em ação”, op cit. pág. 33. expresan los autores: “Representa la fusión de ideas de gestión de los sectores público y privado, la revitalización de los administradores del sector público por medio del delineación de una misión de servicio público diferente (Osborne y Gaebler, 1992), pero compatible con las nociones adquiridas sobre administración de alta calidad derivadas de prácticas exitosas en el sector privado. Eso confiere legitimidad al nuevo estilo de sector público que afirma haber acabado con los aspectos patológicos de la pasado, pero que mantiene un sentido distinto de identidad y de objetivo. Los críticos argumentan que esos elementos contienen varias contradicciones internas (du Gay, 1993)”. Los autores refieren todavía que “el Modelo Orientación para el Servicio Público (J.Stewart y Clarke, 1987; J. Stewart y Ranson, 1988; Ranson y Stewart, 1994) es un ejemplo de ese género, que toma prestadas ideas del sector privado, pero las aplica a un contexto característicamente de sector público. Esta nueva variante de administración pública atrae defensores de centro-izquierda (ver a Hodge y Thompson, 1994) e incluye un fuerte énfasis en la preservación de la responsabilidad de los servicios para usuarios locales y ciudadanos (no tanto para consumidores), que no es observada en otras variantes”.

<sup>603</sup> FERLIE, Ewan; ASHBURNER, Lynn; FITZGERALD, Louise; e PETTIGREW, Andrew, “A nova Administração Pública em ação”, op cit. pág. 33 e 34.

teniendo en cuenta el concepto de ciudadanía; c) deseo de traer el poder de vuelta de los grupos nombrados para aquellos electos localmente, con un total descreimiento en cuanto al papel de los mercados en los servicios públicos; d) enfoque en el desarrollo del aprendizaje social arriba y además de la prestación de servicios de rutina; e) conjunto continuado de tareas y valores característico de los servicios públicos, mediante la administración de políticas públicas características de la prestación de servicios públicos colectivos, con énfasis en la garantía de la participación y responsabilidad como preocupaciones legítimas en el sector público.

De un modo general, se puede constatar de esas consideraciones sobre los cuatro tipos de modelos, que el Gobierno asume el relevante papel de patrocinador de las Reformas dentro del sector público, buscando paradigmas gerenciales que mejor puedan atender las necesidades de prestación de servicios públicos, dirigiéndose por la busca de un proceso continuado de reinterpretación ideológica, en el sentido de establecer una estructura conducente con la realidad actual del Estado y de la sociedad.

De esa manera, la teoría que envuelve las diversa variantes de la nueva Administración Pública demostrada en el examen procedido, lleva la siguiente conclusión de los autores: *“este análisis sugiere que los Modelos 1-3, quiénes son esencialmente derivados de la práctica gerencial del sector privado, son por sí solo inadecuados y exigen adaptación al contexto del sector público. La ventaja de la NAP Modelo 4 (‘orientación para el servicio público’) está en su sensibilidad a las peculiaridades del contexto del sector público. Sin embargo, en nuestro modo de ver, el modelo de orientación para el servicio público da una viraje muy fuerte basado en la suposición de la diferencia. Él se apoya fuertemente en las nociones de ciencia política (tales como la de ciudadanía) y no explora adecuadamente la naturaleza de las organizaciones del sector público. En su base teórica, las ligazones académicas con la teoría organizacional permanecen poco desarrolladas”*<sup>604</sup>.

Esta línea de entendimiento demuestra lo cuanto es esencial y distinta a Reforma Administrativa o la llamada Nueva Administración Pública para a acción del Estado contemporáneo. En la visión de los investigadores que estudiaron las reformas, algunos dieron énfasis a las cuestiones relativas a las conjeturas, propósitos, instrumentos, prácticas y resultados, mientras otros acentuaron otros factores. Sin embargo, el cierto es que tales cambios

---

<sup>604</sup> FERLIE, Ewan; ASHBURNER, Lynn; FITZGERALD, Louise; e PETTIGREW, Andrew, “A nova Administração Pública em ação”, op cit. , pág. 387.

provocaron profundos cambios en la Administración Pública, envolviendo tanto el aspecto teórico como práctico. Esos factores de cambios llevan a Luis Aguilar Villanueva a elaborar una definición de Reforma Administrativa o Reforma de la Gestión Pública: *“el cambio de las normas, las estructuras organizacionales y los patrones directivos e operativos del gobierno, que por sus propósitos, modos o resultados se orienta hacia formas posburocráticas de organización, dirección y operación, con el fin de elevar la eficiencia, la calidad y la responsabilidad de la acción pública”*<sup>605</sup>.

Siendo así, no queda duda que la Administración pública, por el volumen de reformas para el establecimiento de una Nueva Administración Pública, se encuentra en un momento de intensa transformación de su actuación, buscando sistemas, criterios y estructuras que sean capaces de dar una respuesta eficiente a las crecientes exigencias de la sociedad, obligándola a proceder a una reformulación de los actuales procesos de gestión.

Dentro de ese contexto renovador, la Administración Pública enfrenta grandes desafíos, buscando alterar el modelo antiguo para implementar un nuevo, pero sin que esto represente un alejamiento de la realidad, razón por la cual busca ser selectiva en determinadas actuaciones o actúa de forma gradual, siguiendo esquemas participativos<sup>606</sup>.

Así, la preocupación contemporánea de los Estados y Gobiernos fue a de elaborar políticas vueltas para la transformación de la naturaleza y del papel del Estado y de la Administración Pública en escala global, pues, como fija Kamarck (2000), 123 países se movilizaron en la dirección de emprender reformas administrativas, con el objetivo de que mejoren el desempeño de los aparatos burocráticos desde los años 1990. Para el mundo en desarrollo, en ese período, el Banco Mundial aprobó un total de

---

<sup>605</sup> VILLANUEVA, Luis F. Aguilar, *“Gobernanza y gestión pública”*, op. cit. , pág. 146.

<sup>606</sup> MARQUES, Maria da Conceição da Costa, *“Alguns aspectos da Gestão Pública na Administração central em Portugal”*. Trabalho apresentado no *“I Encontro Iberoamericano de Contabilidade de Gestão - Valencia – Novembro 2000”*. Divulgado no site: <http://www.observatorio-iberoamericano.org> . Por este motivo, la autora, al analizar aspectos de la Gestión Pública en la Administración central en Portugal, menciona que *“la gestión pública se preocupa en minimizar los medios o maximizar los resultados. Las reformas a efectuar en la gestión pública deben realzar aspectos, como sean, el aumento de la productividad y eficiencia, el aumento de la flexibilidad y la capacidad de adaptación a la busca, lo control de los gastos públicos y la modernización de las relaciones de control y de prestación de cuentas en la jerarquía del Estado”*.

1.069 proyectos, destinando un montante anual de recursos que varió entre US\$ 5 a 7 mil millones para las diversas regiones del globo terráqueo<sup>607</sup>.

Cual si ve, la Nueva Administración Pública abarca un amplio contexto de reformas, en busca de mayor eficiencia y eficacia financiera, política y administrativa, mediante la implantación de nuevos modelos de actuación. En ese sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE (1998: 5), en suyo informe sobre a reforma administrativa, menciona que la mejora de la eficiencia y de la eficacia del sector público, así, la antigua administración que actuaba conforme reglas y procedimientos, es sustituida por una nuevo paradigma que busca combinar las prácticas de la gerencia moderna, preservando los valores del servicio público<sup>608</sup>.

Por su vez, el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo – CLAD elaboró el documento llamado “*Una nueva gestión pública para América Latina*”, que fue aprobado y firmado por las autoridades de 25 países miembros, el 14 de octubre de 1998, en Madrid, cuyo núcleo del acuerdo CLAD consiste en la **Reforma Gerencial del Estado**, con el objetivo de reconstruir el Estado y su capacidad de dirección y la capacidad de gobernar del gobierno volviéndose necesaria para atender a los tres grandes problemas específicos de la región: la consolidación de la democracia, la necesidad de retomar el crecimiento económico y la reducción de la desigualdad social, con definición de la reforma gerencial que más se adapta la realidad y las necesidades de los países latinoamericanos.

Esta posición adoptada en la reforma gerencial CLAD posee el diferencial de intentar la representación de una tercera vía entre el ‘*laissez faire*’ neoliberal y el antiguo modelo social-burocrático de intervención estatal. se Trata de un programa ambicioso, pero acertado, en la medida que busca resolver los problemas tensados de la actual faz de América Latina, por sus inclinaciones por desarrollo y justicia social<sup>609</sup>.

---

<sup>607</sup> REZENDE, Flávio da Cunha, “*Razões da crise de implementação do Estado Gerencial: desempenho versus ajuste fiscal*”. Revista de Sociologia e Política n° 19 – Curitiba – Nov. 2002. Divulgado no site: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=SO104-44782002000200008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO104-44782002000200008)

<sup>608</sup> VILLANUEVA, Luis F. Aguilar, “*Gobernanza y gestión pública*”, op. cit. , pág. 219. Es lo que refiere el autor: “*implica un fuerte cambio cultural, por cuanto el viejo paradigma administrativo, que en gran medida era una administración que procedía conforme a reglas y procedimientos, es sustituido ahora por un nuevo paradigma que busca combinar las prácticas de la gerencia moderna con la lógica de la economía, preservando los valores centrales del servicio público*”.

<sup>609</sup> VILLANUEVA, Luis F. Aguilar, “*Gobernanza y gestión pública*”, op. cit. , pág. 199. Advierte el autor: “*Las terceras vías, ‘los tercerismos’, suelen ser conceptualmente satisfactorios, porque señalan los defectos*

Dimensionada la situación del Estado contemporáneo y verificadas las profundas modificaciones operadas su estructura de actuación – la Administración Pública, cuyas consideraciones de naturaleza filosófica, ideológica, jurídica, científica, investigativa y estructural de la Nueva Administración Pública, efectuadas dentro de un contexto de amplias reformas que visan a la busca de mayor eficiencia y eficacia financiera, política y administrativa, se pasa al examen de los resultados prácticos operados en los países. A ese ejemplo, verificaremos los actos practicados en el ámbito Europeo, usando como referencia las reformas producidas en España y la acontecida en América Latina, sirviendo como referencia Brasil.

España ha alcanzado un proceso de desarrollo histórico en los últimos treinta años, con una extraordinaria transformación en el aspecto político, económico y social, convirtiendo el país en una de las economías más abiertas del mundo y la sociedad española en una sociedad democrática avanzada<sup>610</sup>. Para tanto, fueron varios los factores que contribuyeron para ese éxito de la sociedad española. La Constitución de 1978 reestructuró el Estado español a los tiempos contemporáneos, dándole una estructura postmoderna, con fijación de valores importantes para el establecimiento de un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en una democracia plural, transparente y participativa.

Este proceso de transformación española se debió a varios factores, entre quiénes está su entrada en la Unión Europea, pero fundamentalmente vino acompañado de una reforma adaptadora de la estructura de la Administración Pública a las nuevas condiciones del Estado y a las exigencias de la sociedad española.

Buscando el establecimiento de líneas más concretas de procedimiento, con vista a la implantación de una Reforma Administrativa en España, con la edición de *“la Orden APU/1014/2003, de 25 de abril, reconoce que <<se hace necesario impulsar la reforma global de las Administraciones Públicas>>, a cuyo efecto se constituye un grupo de expertos para elaborar un diagnóstico de la situación actual y proponer las principales líneas de reforma de las Administraciones Públicas, el cual se remitirá por el Ministro*

---

*de los caminos seguidos y reconcilian o superan las polarizaciones de las dos vías en la limpieza del concepto y del lenguaje, si bien en la práctica terminan por apoyarse en una o otra vía según las circunstancias y los problemas sociales. El reto y propósito del documento CLAD es dar precisión y productividad administrativa a la tercera vía”.*

<sup>610</sup> SANTOJA, Aldo Olcese, *“Teoría y práctica del Buen Gobierno Corporativo”*, op cit., pág. 184.

*de Administraciones Públicas a la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas del Congreso. Paralelamente, esta Comisión del Congreso, por Resolución de 21 de mayo de 2003, acuerda la creación de una Subcomisión para <<el estudio de las principales líneas de reforma y la búsqueda del consenso político necesario para el diseño del nuevo modelo>> de Administraciones Públicas”<sup>611</sup>.*

De cualquier modo, independientemente de los resultados que serán presentados por la Comisión formada, están siendo practicados varios actos para la implantación de una nueva Administración Pública. Fue editada a Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, Del Defensor Del Pueblo, en el sentido de crear instrumentos para servicio de los objetivos de intereses generales previstos en el art. 103.1 de la Constitución Española, con la competencia de proceder cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos (art. 9º.1, de la Ley 3/1981). Por tanto, se trata de una reglamentación para protección de los derechos de ciudadanía, en el sentido de ser investigadas o aclaradas, resoluciones y conductas concretas producidas por los órganos de la Administración Pública, que afecten derechos del ciudadano o grupo de ciudadanos. Además del Defensor del Pueblo ser factor indispensable para defensa de los derechos fundamentales puestos en la Constitución, aún proporciona el ejercicio del control social sobre la Administración Pública por parte del ciudadano.

En lo que tañe a contratos, España produjo un intenso proceso de reformas legislativas, en el sentido de apurar las normas reguladores de los contratos celebrados por la Administración Pública. Por la edición de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, hubo la incorporación al Derecho Público español de las reglas adoptadas por la Unión Europea, constante de las líneas orientadoras de contratos de obras y orientaciones posteriormente adoptadas a las reglas iniciales de contrataciones (esencialmente las 93/36 y 93/37), así como la directiva 92/50, sobre contratos públicos de servicios.

Posteriormente, la Ley 48/1998, de 30 de diciembre (sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones) incorpora al ordenamiento jurídico español las directivas 93/38/CE y 92/13/CEE, determinando la sujeción – a los

---

<sup>611</sup> CATALÁ, Joan Prats, “Las Transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo”, op. cit. pág. 32.



principios de publicidad y concurrencia – de determinadas entidades públicas o privadas.

En continuidad a ese proceso de reformas de la legislación contractual, fue editada la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, modificando la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. se trató de una adaptación al derecho español de las modificaciones producidas en la reglamentación comunitaria sobre contratos públicos<sup>612</sup>.

Por fin, en lo que se refiere a la reforma de los contratos públicos en España, fue editado el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 18 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, entre otros motivos, busca incorporar la decisión de la Comisión Europea 1999/C 379/08, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, número C 379, de 31 de diciembre, a cual impone nuevas cifras para la aplicación de las directivas comunitarias<sup>613</sup>.

Otra modificación profunda realizada en España fue la reestructuración de la Administración del Estado. La Ley nº 6/1997, de 14 de abril, buscó concentrar en un único dispositivo legal el régimen, la organización y los criterios de funcionamiento del aparato administrativo estatal español, en que la Administración General del Estado, por medio de suyas más diversa modalidades de actuación, tenga presente siempre que el principio básico que justifica su existencia y debe presidir toda su actividad es el servicio al ciudadano. El objetivo legal tiene en cuenta la necesidad de regular la actuación de la Administración General del Estado para efectuar los principios constitucionales puestos en el art. 103.1 de la Constitución española, con reglamentación sobre las estructuras normativas estatales, debiendo las mismas reordenarse con vistas al servicio de la racionalidad y de la necesidad de ser evitadas duplicidades de gestión y haber servicio al principio de la economicidad del gasto público (la exposición de motivos de la

---

<sup>612</sup> IBÁÑEZ, Santiago González-Varas, *“El Derecho Administrativo Europeo”*, 3ª edición. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005, pág. 146 e 147. destaca el autor *“al mismo tiempo que pretendía la corrección de deficiencias técnicas y la introducción de una mayor objetividad, transparencia y concurrencia en la contratación administrativa. Incorporo concretamente la directiva 97/52, del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, la cual reforma las directivas 93/36, 93/37 y 92/50”*.

<sup>613</sup> IBÁÑEZ, Santiago González-Varas, *“El Derecho Administrativo Europeo”*, op. cit. pág.147. Según el autor *“ademas de las consecuencias del proceso de descentralización, la administración está obligada a adaptarse continuamente a los cambios de su entorno y de sus funciones, respondiendo a las demandas sociales. Por esto necesita reformarse”*

Ley 6/1997 delinea las orientaciones de la regulación efectuada y de sus objetivos)<sup>614</sup>.

En lo que se refiere al modelo de organización territorial español, La Constitución de 1978 produjo un notable impacto sobre el sistema de Administraciones Públicas, pasando para un régimen que se configura en tres niveles territoriales: Estado, Comunidades Autónomas y Administración local<sup>615</sup>.

Dentro de esa nueva concepción de Administración que se dibuja para el siglo XXI, como bien destaca Reyes Zatarain Del Valle, los ciudadanos pasaron a exigir una Administración que funcione de forma clara, transparente y eficaz, con aumento de la rentabilidad de todos sus recursos, mediante aplicación del principio de la economicidad. Para lo alcance de ese objetivo, toda a reforma a ser realizada deberá analizar la configuración de las Administraciones Públicas, con los aspectos organizativos y funcionales debiendo ser valorados para resolución de los problemas de inadecuación organizacional de las Administraciones, que deben funcionar de forma rápida y rigurosa<sup>616</sup>.

Para implantar ese proceso de reformas, fue editado la Ley nº 50/1997, de 27 de noviembre, tratando de la organización, competencia y funcionamiento del Gobierno español. Como revela la exposición de motivos de la ley, el Gobierno estaba careciendo, como supremo órgano de la dirección de la política interior y exterior del Reino de España, que contemplase su organización, competencia y funcionamiento, en conformidad con el espíritu, principios y texto constitucional. Así, la regulación de la Ley 50/1997 visa estructurar a acción gubernamental al nuevo tipo de Estado Social y Democrático de derecho, procediendo a una ordenación de las normas

---

<sup>614</sup> MORÓN, Miguel Sánchez Morón, “*Derecho Administrativo – Parte General*”, op. cit. pág. 265.

<sup>615</sup> ROCAMORA, Antoni Bayona, “*Descentralización y Coordinación*”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, pág. 245. “*El Estado español ha pasado de un régimen de protagonismo casi exclusivo de la Administración central del Estado a una nueva situación que se configura en tres niveles territoriales: Estado, Comunidades Autónomas y Administración local. Esta Nueva estructura plurinivel de la Administración Pública no es meramente formal, ya que el principio de autonomía territorial consagrado en la Constitución ha supuesto un cambio conceptual en las relaciones entre los tres niveles. Como ya indicó el Tribunal Constitucional en una de sus primeras decisiones (Sentencia de 2 de febrero de 1981), el Estado español responde hoy a una idea plural de poderes, cuyo elemento de fondo es el reconocimiento de la autonomía de los diferentes entes territoriales*”.

<sup>616</sup> ZATARAIN DEL VALLE, Reyes, “*Configuración de las grandes Administraciones Públicas*”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, pág. 259.

reglamentarias, con base en principios de la jerarquía y de la competencia, criterios que presiden la relación entre los Reales Decretos del Consejo de Ministros y los Reales Decretos del Presidente del Gobierno, teniendo en cuenta la materia funcional y operativa de este órgano complejo que es el Gobierno. En ese aspecto, como bien resalta Miguel Sánchez Morón, la diferencia entre Gobierno y Administración del Estado explica que hoy día cada una de las instituciones se regula por leyes distintas<sup>617</sup>.

Sin embargo, Juan Junquera González advierte que aún así es necesario llevar a cable una generosa política de transferencias por parte de la Administración General del Estado y, en mayor grado o proporción, por parte de las comunidades Autónomas<sup>618</sup>.

De cualquier modo, esta circunstancia envuelve una grande complejidad organizacional de los entes instrumentales españoles, careciendo de una ordenación completa y unitaria. Como bien destaca Germán Fernández Farreres, hay de observarse que la regulación del amplio y variado conjunto de entes instrumentales de las diversa Administraciones Públicas territoriales (del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales) no es común para todas y para cada una de esas Administraciones<sup>619</sup>.

En lo que tañe a la Administración Corporativa, aunque ya existiese la Ley nº 2/1974, de 13 de febrero, reglamentado los Colegios Profesionales como Corporaciones de Derecho público, amparadas por ley y

---

<sup>617</sup> MORÓN, Miguel Sánchez Morón, *“Derecho Administrativo – Parte General”*, op. cit. págs. 266/267. En esa circunstancia el autor comenta: *“la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG), y la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)”*. (...) *Por debajo del Gobierno, la Administración General del Estado tiene una estructura departamental, es decir, se estructura en Ministerios, órganos complejos cuyos titulares, los Ministros son el nexo que une al Gobierno con la Administración, pues la coordinan al más alto nivel en el Consejo de Ministros y transmiten las directrices políticas que de él emanan al conjunto del aparato administrativo estatal situado bajo su dependencia jerárquica”*.

<sup>618</sup> GONZÁLES, Juan Junquera, *“La Reforma y Modernización de la Administración Local Española”*, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, pág. 336. Observa el autor: *“A esta solución nos obliga la Carta Europea de la Autonomía Local (art. 4.3) – ratificada en España en 1988 – e incluso las propias normas internas (art. 2.1 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local), en las que se consagra la preferencia o primacía de la Administración local para gestionar aquellos asuntos que afectan de forma más inmediata a los ciudadanos”*

<sup>619</sup> FARRERES, Germán Fernández, *“Administraciones instrumentales”*, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, págs. 342/343. En ese aspecto, dice el autor: *“La LOFAGE constituye en la actualidad el marco normativo general de referencia para las entidades instrumentales de la Administración General del Estado, mientras que para las dependientes de las Entidades locales, hay que estar a lo dispuesto en la LBRL, sin perjuicio de lo previsto, en su caso, con carácter complementario, en las normas autonómicas de régimen local”*.

reconocidas por el Estado, posteriormente, el 17 de julio de 2003, fue editada la Ley n° 26/2003, que modifica la Ley de Mercados de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas que quedó conocida como la “*Ley de Transparencia*”, que procedió la modernización en el Derecho de las Sociedades.

Hubo también la adopción, en el ámbito de las reformas del gobierno corporativo, de la Ley n° 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, regulando para el gobierno corporativo, una comisión de auditoría para las sociedades emisoras de valores, cuyas acciones y obligaciones estén admitidas para negociación en el mercado de valores. En ese contexto, a continuación, hubo la edición de la Ley n° 35/2003, de 05 de noviembre de 2003, sobre “*Instituciones de Inversión Colectiva*”.

En cuanto a la situación de los Colegios Profesionales, de acuerdo con el referido por Germán Fernández Farreres, la dispersión y disgregación de la institución colegial resulta preocupante y debía ser atajada, para lo que debía ser instituida una Ley Básica de Colegio Profesionales en España<sup>620</sup>.

Considerando que la Administración Pública es una organización que solo funciona con personas que generen recursos y bienes públicos, significa decir que los funcionarios públicos realizan actividades de servicio público, destinadas a atender el interés general y colectivo. Por estas razones, se vuelve fundamental la existencia de normas reglamentarias de tales actividades funcionales, compatibilizándolas con los procedimientos de la Nueva Administración Pública. En ese sentido fue editada la Ley n° 22/1993, de 29 de diciembre, que modificó las Medidas para a Reforma de la Función Pública establecidas por la Ley n° 30/1984, introduciendo cambios substanciales tendentes a mejorar el rendimiento de los recursos humanos de la Administración Pública, sometiendo su planificación y gestión a procedimientos dotados de mayor agilidad y eficacia, repercutiendo de forma práctica en los procedimientos de ingreso, promoción y previsión de puestos de trabajo de los funcionarios, terminó por exigir la adopción de un nuevo

---

<sup>620</sup> FARRERES, Germán Fernández, “*Corporaciones de Derecho Público*”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, págs. 370/371. En ese sentido, el autor se posiciona: “A esa Ley Básica de Colegios Profesionales corresponde establecer un <<modelo>> de Colegio Profesional, poniendo con ello a la indefición existente que ha permitido la aparición de tan variados y diferentes supuestos de Colegios (referidos a profesiones de muy distinta titulación y, por tanto, de muy distintas características; de adscripción obligatoria y de adscripción voluntaria, con atribución efectiva de funciones públicas de ordenación del ejercicio profesional y sin tales atribuciones, circunscritos, por tanto, a la defensa de los intereses profesionales; de implantación en todo el territorio nacional o sólo en parte del mismo; etc.)”.

reglamento general para los servidores públicos. Así, por el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, fue aprobado el Reglamento General de Ingreso del Personal en el Servicio Público de la Administración General del Estado y de Provisión de los Puestos de Trabajo y de Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado.

Por último es de ser referida las reformas de naturaleza presupuestaria y fiscal, en el sentido de ser alcanzado un equilibrio entre receta y gasto para el establecimiento de un desarrollo sostenible, Así la llamada responsabilidad fiscal de los agentes públicos fue regulada en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria - Ley 18/2001, de 12 de diciembre (B.O.E. 13 de diciembre), rectificada por Corrección de errores (B.O.E. 15 de febrero 2002), en cuya exposición de motivos es destacada que *“la política presupuestaria continuará jugando un papel clave en esta orientación de política económica, para lo cual es preciso sentar las bases de esta nueva etapa en la que la estabilidad presupuestaria va a ser el escenario permanente de las finanzas públicas español”*.

Así, la ley de estabilidad presupuestaria introdujo expresamente el equilibrio presupuestario en el ordenamiento jurídico español, garantizando que la estabilidad presupuestaria será, de ahora en adelante, el escenario permanente de las finanzas públicas en España, determinando al Gobierno, en su disposición final primera, la obligatoriedad de encaminar a las Cortes Generales un proyecto de ley presupuestaria, que posibilitó la edición de la Ley General Presupuestaria - Ley 47/2003, de 26 de noviembre, B.O.E.27.11.2003 – que, en servicio a la ley de estabilidad presupuestaria, contiene tres principios generales: plurianualidad, transparencia y eficiencia.

En Brasil, las cuestiones relativas a la Nueva Administración Pública, consecuentes de un plan de reformas para el establecimiento de un nuevo tipo de Administración, compatible con las actuales necesidades de la sociedad, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Estado Contemporáneo, también tuvieron repercusión y produjeron contundentes efectos. desde los años 1990 se pasó a buscar un nuevo diseño de la Administración Pública brasileña, en la cual fuese establecida una estructuración de forma gerencial, preocupada por la eficiencia y lo alcance de buenos resultados.

Esta intención reformadora fue traducida en un documento llamado de Plan Director de la Reforma del Aparato del Estado, elaborado por el Ministerio de la Administración Federal y de la Reforma del Estado y aprobado por la Cámara de la Reforma del Estado el 21 de septiembre de 1995, que fue aprobado y editado por la Presidencia de la República, durante el primer mandato del Presidente Fernando Henrique Cardoso (noviembre de 1995).

La justificativa central presentada, para la adopción de ese plan, fue a de que el modelo de desarrollo aplicado por los gobiernos anteriores hizo el Estado desviarse de sus funciones básicas para ampliar su presencia en el sector productivo, lo que tendría causado, además del gradual deterioro de los servicios públicos, a que recurre, en particular, la parcela menos favorecida de la población, la agravación de la crisis fiscal y, por consecuencia, de la inflación. Así, el Presidente Fernando Henrique Cardoso, en la presentación del Plan, refiere que la reforma del Estado pasó a ser instrumento indispensable para consolidar la estabilización y asegurar el crecimiento sostenido de la economía y, por esto, determinó la elaboración del **Plano Director de la Reforma del Aparato del Estado**, que define objetivos y establece directrices para a reforma de la administración pública brasileña.

Con tal objetivo, la reforma del aparato del Estado pasa a ser orientada predominantemente por los valores de la eficiencia y calidad en la prestación de servicios públicos y por el desarrollo de una cultura gerencial en las organizaciones<sup>621</sup>. Cual si ve, las reformas preconizadas por el Plan visa el establecimiento de una **Administración Pública gerencial**, en el sentido de tornarla compatible con el nuevo tipo de Estado contemporáneo, llevando en consideración la expansión de las funciones económicas y sociales del Estado, así como el desarrollo tecnológico y la globalización de la economía mundial, que pasó a exigir una mayor eficiencia de la Administración Pública. El paradigma gerencial contemporáneo, fundamentado en los principios de confianza y de descentralización de la decisión exige formas flexibles de gestión, horizontalidad de estructuras, descentralizaciones de funciones, incentivos a la creatividad. se contrapone a la ideología del formalismo y del rigor técnico de la burocracia tradicional. A la evaluación sistemática, a la recompensa por el desempeño, y a la capacitación permanente, que ya eran características de la buena administración burocrática, se añaden los principios

---

<sup>621</sup> “*Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*”. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, pág. 21.

de la orientación para el ciudadano-cliente, del control por resultados, y de la competencia administrativa<sup>622</sup>.

Con esa concepción reformadora, hubo la intención de ser instituida una nueva conformación de la Administración Pública, en el sentido de estructurarla en cuatro sectores<sup>623</sup>:

**Primer Sector** – núcleo estratégico – corresponde al gobierno, en sentido lato. Es el sector que define las leyes y las políticas públicas, y cobra su cumplimiento. Es el sector donde las decisiones estratégicas son tomadas, corresponde a los Poderes Legislativo y Judicial, al Ministerio Público y, en el Poder Ejecutivo, al Presidente de la República, a los Ministros y a sus auxiliares y asesores directos, responsables por la planificación y formulación de las políticas públicas.

**Según Sector** – actividades exclusivas – Es el sector en el que son prestados servicios que solo el Estado puede realizar. Son servicios o agencias en las que se ejerce el poder extroverso del Estado – el poder de reglamentar, fiscalizar, fomentar. A ese ejemplo tenemos: la cobranza y la fiscalización de los impuestos, la policía, la prevención social básica, etc.

**Tercer Sector** – servicios no exclusivos – se trata del sector donde el Estado actúa simultáneamente con otras organizaciones públicas no estatales y privadas. Las instituciones de ese sector no poseen el poder de Estado. Sin embargo, los servicios envuelven derechos humanos fundamentales, como los de la educación y de la salud, o porque poseen “economías externas” relevantes, en la medida que producen ganancias que no pueden ser apropiados por esos servicios a través del mercado.

**Cuarto Sector** – producción de bienes y servicios para el mercado – Corresponde a la área de actuación de las empresas. Es caracterizado por las actividades económicas hechas para el logro que aún permanecen en el aparato del Estado como, por ejemplo, las del sector de infraestructura. Están en el Estado sea porque faltó capital al sector privado para realizar la inversión, sea porque son actividades naturalmente monopolistas, en las cuales el control veía mercado no es posible, volviéndose necesario, en el caso de privatización, de reglamentación rígida.

---

<sup>622</sup> Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, op. cit. pág. 25.

<sup>623</sup> Idem, pág. 52 e 53.

Identificados los sectores y considerando que reformar el Estado significa mejorar no apenas la organización y el personal del Estado, pero también sus finanzas y todo su sistema institucional-legal, de forma a permitir que el mismo tenga una relación armoniosa y positiva con la sociedad, El Plan de Reforma del Aparato del Estado, estableció algunos objetivos globales y objetivos específicos para cada un de sus cuatro sectores<sup>624</sup>.

**Objetivos globales:** son los objetivos aplicables en el ámbito de toda a reforma para el aumento de la gobernanza del Estado, cual sea, su capacidad administrativa de gobernar con efectividad y eficiencia, dirigiendo a acción de los servicios del Estado para el servicio del ciudadano; y limitar a acción del Estado a aquéllas funciones que le son propias, reservando, en principio, los servicios no exclusivos para la propiedad pública no estatal, y la producción de bienes y servicios para el mercado para la iniciativa privada.

**Objetivos para el Núcleo Estratégico:** aumentar la efectividad del núcleo estratégico, de forma que los objetivos democráticamente despiertos sean adecuados y efectivamente alcanzados. Para esto deberán ser adoptados dos factores básicos: a) modernizar la administración burocrática, que el núcleo estratégico aún se justifica por su seguridad y efectividad, a través de una política de profesionalización del servicio público, o sea, de una política de carreras, de concursos públicos anuales, de programas de educación continuada permanentes, de una efectiva administración salarial, al mismo tiempo en el que sea introducida en el sistema burocrático una cultura gerencial basada en la evaluación del desempeño; y b) dotar el núcleo estratégico de capacidad gerencial para definir y supervisar los contratos de gestión con las agencias autónomas, responsables por las actividades exclusivas de Estado, y con las organizaciones sociales, responsables por los servicios no exclusivos del Estado realizados en aparcería con la sociedad.

**Objetivos para las actividades exclusivas:** transformar las autarquías y fundaciones que posean poder de Estado en agencias autónomas, administradas según un contrato de gestión. Para esto deberá: a) sustituir la administración pública burocrática, rígida y vuelta para el control a priori de los procesos, por la administración pública gerencial, basada en el control a posteriori de los resultados y en la competición administrada; y b) fortalecer

---

<sup>624</sup> Plano de Reforma do Aparelho do Estado, op. cit., págs. 56 a 58.



prácticas de adopción de mecanismos que privilegien la participación popular tanto en la formulación cuanto en la evaluación de políticas públicas, posibilitando el control social de las mismas.

**Objetivos para los servicios no exclusivos:** transferir para el sector público no estatal estos servicios, por medio de un programa de “publicización”, transformando las actuales fundaciones públicas en organizaciones sociales, o sea, en entidades de derecho privado, sin fines lucrativos que tengan autorización específica del Poder Legislativo para celebrar contrato de gestión con el Poder Ejecutivo y así tener el derecho a la dotación presupuestaria; lograr, así, mayor autonomía y una consecuente mayor responsabilidad para los dirigentes de estos servicios; obtener adicionalmente un control social directo de estos servicios por parte de la sociedad a través de sus consejos de administración; Lograr una mayor aparcería entre el Estado, que continuará a financiar la institución, la propia organización social, y la sociedad a que sirve y que deberá también participar minoritariamente de su financiación vía compra de servicios y donaciones; y aumentar, así, la eficiencia y la calidad de los servicios, atendiendo al ciudadano a un costo menor.

**Objetivos para la Producción y para el Mercado:** dar continuidad al proceso de privatización por medio del Consejo de Desestatización; reorganizar y fortalecer los órganos de regulación de los monopolios naturales que son privatizados; e implantar contratos de gestión en las empresas que no puedan ser privatizadas.

Idealizados y establecidos los parámetros de la reforma arriba mencionados, había la necesidad de una estrategia de transición. En ese aspecto, la estrategia de la Reforma del Aparato del Estado fue concebida en tres dimensiones: la primera, institucional-legal, trata de la reforma del sistema jurídico y de las relaciones de propiedad; la segunda es cultural, centrada en la transición de una cultura burocrática para una cultura gerencial; la tercera dimensión aborda la gestión pública desde el perfeccionamiento de la administración burocrática vigente y de la introducción de la administración gerencial, incluyendo los aspectos de modernización de la estructura organizacional y de los métodos de gestión<sup>625</sup>.

La segunda y la tercera dimensión de estrategia envuelve cambio de comportamiento y de cultura, cuyo procesamiento es lento y

---

<sup>625</sup> Plano de Reforma do Aparelho do Estado, op. cit., pág. 60.

demorado. Sin embargo, aunque las muchas críticas en cuanto a la evolución de las reformas, ambas están en proceso de aplicación, posibilitando muchos cambios en la cultura administrativa del país, posibilitando su consolidación. Com relación la estrategia institucional-legal, ésta tuvo una intensa producción legislativa de naturaleza Constitucional y legal, en el sentido de posibilitar a operabilidad de las reformas, de acuerdo con las líneas definidas para cada Sector de la Administración, consonante los objetivos globales y específicos determinados para cada un de los cuatro sectores.

Fue editada a Enmienda Constitucional nº 19/98, promulgada el 4 de junio de 1998, que modifica el régimen y dispone sobre principios y normas de Administración Pública, servidores y agentes políticos, control de gastos y finanzas públicas y costeo de actividades a cargo de Distrito Federal y da otras providencias.

La estructura de las alteraciones efectuadas por la Enmienda Constitucional nº 19/98, que es un de los principales instrumentos de la Reforma Administrativa idealizada, puede ser comprendida desde tres bloques reglamentarios<sup>626</sup>:

1. Reglas vueltas para la reducción de costes y a la eliminación del déficit público: a) – normas sobre la estabilidad del servidor público, aumentando el período de prácticas probatorias y flexibilizando la posibilidad de dimisión; b) – normas sobre control de gastos con personal, con fijación de techo de remuneración; y c) – normas sobre estipendios de remuneración, en el sentido de posibilitar la aplicación del techo remuneración.

2. Reglas dirigidas a la eficiencia Administrativa: a) – normas para flexibilizar la admisión de personal; b) – normas sobre a profesionalización en la Administración, con creación de Escuelas de Gobierno y formas de evaluación de la eficiencia del servidor; y c) – normas sobre como flexibilizar la gestión pública.

3. Reglas destinadas a la transparencia y a la participación: a) – normas de publicidad de estipendios y remuneraciones; b) – normas de participación; y c) – normas de control.

---

<sup>626</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “apontamentos sobre a Reforma Administrativa”, *op. cit.*, pág. 31.

Otro aspecto relevante de las reformas producidas dice respeto al sistema de prevención brasileño, en la medida que la concesión de jubilaciones con remuneraciones integrales y jubilaciones precoces tornaron el sistema de la seguridad social público brasileño un sistema de privilegios. Por tanto, la reforma del sistema de la seguridad social brasileño pasó a ser factor fundamental para el establecimiento de una Nueva Administración Pública.

La jubilación que se reflejaba como una garantía constitucional para el servidor público, se revelaba como una especie de pensión concedida al servidor jubilado por invalidez o después largos años de servicios prestados a la sociedad, sin que fuese exigida cualquier contribución para ser conquistado el beneficio de la jubilación.

Sin embargo, como en ese tipo de sistema de la seguridad social no era exigida contribución, con su coste siendo soportado directa y únicamente por los cofres del Estado, sin cualquier limitación, el hecho pasó a ser circunstancia importante en el comprometimiento de las dotaciones presupuestarias del Poder Público. Conjuntamente la esa circunstancia hubo una agravación de la crisis fiscal brasileña, con la participación de los gastos con personal en la receta pública presentando una inclinación histórica creciente, causando influencia comprometedora al equilibrio entre receta y gasto.

Por esos motivos, se volvieron imprescindibles a la realización de modificaciones constitucionales en el sistema de la seguridad social nacional, envolviendo los servidores públicos y los trabajadores urbanos y rurales, lo que fue efectuado por medio de la Enmienda Constitucional n° 20, de 15.12.98, produciendo cambio en la orientación filosófica indicadora del sistema de la seguridad social, alterando la forma y el modo de ser obtenida la jubilación, según demuestra la nueva redacción data al art. 40 de la Constitución: *“A los servidores titulares de cargos efectivos de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios, incluidas sus autarquías y fundaciones, es asegurado régimen de prevención de carácter contributivo, observados criterios que preserven el equilibrio financiero y actuarial y el dispuesto en este artículo”*.

Así, por la reglamentación efectuada por la Enmienda Constitucional n° 20/98, el derecho a la jubilación remunerada del servidor público sufre una profunda modificación. Es retirada la garantía constitucional, de carácter permanente y asistencial, soportada directa y

únicamente por los cofres del Estado, para ser implantado un régimen de la seguridad social de carácter contributivo, con naturaleza de seguro social y exigencia de equilibrio financiero y actuarial, siendo dirigido tan sólo al servidor titular de cargo de nombramiento efectivo.

Posteriormente, en continuidad las reformas de la seguridad, hubo la edición de la Enmienda Constitucional n°41/2003, promulgada el 15 de diciembre de 1998, produciendo nuevos ajustes al sistema de la seguridad social. Las nuevas alteraciones establecen límite de percepción de remuneraciones de jubilaciones y beneficio de pensión que, tenémosnos de los párrafos 3 y 7 del art. 40 de la CF, introducidos por la EC 41/03, conminados con el párrafo 4 del mismo artículo, no pueden ser superiores a los beneficios pagado por el régimen general de seguridad social (R\$ 2.400,00), fijan reglas de transición de régimen y aseguran el derecho adquirido bajo las anteriores normas constitucionales. Determina la unicidad de régimen (no puede haber más de un régimen de la seguridad social para los servidores efectivos – párrafo 20 del artículo 40), pero, ratificando la previsión constitucional efectuada por la EC n° 20/98, que introdujo el párrafo 14 al art. 40 de la Constitución de 1988, permite que sea instituido régimen de seguridad complementar, por intermedio de entidades cerradas de seguridad complementar, de naturaleza pública, que ofrezca a los respectivos participantes planes de beneficios solamente en la modalidad de contribución definida. Después, fue editada a Enmienda Constitucional n° 47/2005, promulgada el 5 de julio de 2005, que ajusta aún más las restricciones para la concesión del beneficio de la jubilación, estableciendo la obligatoriedad de contribución de seguridad para los servidores ya jubilados, aumentando la posibilidad de inclusión en la seguridad para atender trabajadores de baja renta y a aquellos que se dediquen al exclusivo trabajo desarrollado.

A par de esas relevantes reformas producidas vía Enmiendas Constitucionales, aún son de ser referidas las reformas destinadas a reducir el tamaño del Estado, envolviendo a tercerización de servicios, concesiones de servicios y privatizaciones. Fueron editadas leyes regulando las concesiones y permisos de servicio público – la Ley n° 8987/95, de 13 de febrero de 1995, es a que regula y definió las modalidades de concesión y permiso de servicio público; y la Ley n° 9074/95, de 18 de mayo de 1995, establece normas para otorga y prórrogas de las concesiones y permisos.

Hubo, aún, la edición de la Ley n° 11.079/2004, de 30 de diciembre de 2004, que instituye normas generales para licitación y

contratación de aparcerías públicas privadas, con el sentido de ser operada la posibilidad de ese tipo de contratación (PPPs), facilitando la aparcería entre el Poder Público y el sector privado, a fin de ser aseguradas inversiones prioritarias, particularmente en infraestructura, con la finalidad de ser atendido el interés público, en conjunto a una facilitación para la generación de riqueza. Por medio de la Ley n° 11.107/2005 hubo el establecimiento de normas generales de contratación de consorcios públicos entre las diversa entidades federadas, con la finalidad de proceder en la realización de objetivos públicos comunes.

En el ámbito de las corporaciones, fue editada la Ley n° 10.303/2001, que alteró la Ley n° 6404, el 15 de diciembre de 1976, que dispone sobre las Sociedades por Acciones, con importantes modificaciones en lo que se refiere a la definición de compañía abierta, sobre los valores mobiliarios que pueden ser negociados en el mercado, etc., así como la función destinada a la Comisión de Valores Mobiliarios, en cuanto al control y registro de compañía abierta para negociación de acciones en el mercado. Más recién, por medio de la Ley n° 11.638, de 28 de diciembre de 2007, hubo nueva alteración de la Ley de las Sociedades Anónimas, en el sentido de ser extendidas a las sociedades de grande porte las disposiciones relativas a la elaboración y divulgación de demostraciones financieras, con el objetivo de ser ampliada a la transparencia de las sociedades de grande porte.

Juntamente con los diversos cambios realizados para la implantación de una Nueva Administración Pública, consonante la nueva compaginación del Estado contemporáneo, había también la necesidad de ser realizada una Reforma Fiscal que produciere un equilibrio en las cuentas públicas e iniciase una superación de la crisis fiscal, con aplicación del impostergable ajuste fiscal, con reformas económicas orientadas para el mercado, en el sentido del Estado rescatar su autonomía financiera y su capacidad de implementar su políticas públicas. Por estas razones, fue implementado un Programa de Estabilidad Fiscal para consolidar el proceso de redefinición del modelo económico brasileño, con cambio del régimen fiscal del país, que resultó en la elaboración de la Ley Complementaria n° 101/2000, de 4 de mayo de 2000, que establece normas de finanzas públicas vueltas para la responsabilidad en la gestión fiscal. se trata de un verdadero código de posturas para la implantación de la responsabilidad en la gestión fiscal, en la cual se presupone una acción planeada y transparente, en que se precaven riesgos y corrigen desvíos capaces de afectar el equilibrio de las cuentas públicas. Esta cuestión relativa a Reforma fiscal, teniendo en vista su

importancia, será estudiada en tópico propio, el siguiente, donde será procedida un análisis detallado de todos sus aspectos.

## Capítulo IV – La Reforma Presupuestaria y Fiscal

Por todo el estudio hasta aquí desarrollado, se constata que, al final de lo según milenio, en la conteo temporal del calendario cristiano, el mundo pasó a experimentar extraordinarios cambios de naturaleza técnica, política, económica y social, con producción de repercusiones extraordinarias sobre la vida de los Estados y de las personas.

En tiempos de informática e Internet, el mundo se agilizó. Qué en un día es novedad y avance, en el otro ya es hecho antiguo y sobrepasado. No hace tiempo para consolidación de nuevos valores porque valores nuevos están siendo implementados. Del mismo modo se altera el Estado y su forma de actuar. se altera la forma de pensar del ciudadano y sus necesidades, aunque se mantengan las necesidades básicas de su supervivencia: alimentación, agua, habitación y vestimenta, aumentadas de otras que son afectas su dignidad, como educación, salud, seguridad, empleo, transporte, prevención, etc.

Por señal, estas alteraciones en las relaciones personales y estatales en nivel mundial, también están produciendo alteraciones en el concepto de soberanía del Estado. Soberanía que se inició como un concepto político-jurídico que posibilitaba al Estado moderno, mediante su lógica absolutista interna, imponerse a la organización medieval de poder<sup>627</sup>, pasó, en la actualidad, a ser entendida cómo la condición político-jurídica del Estado para dirigirse, regir y gobernar enteramente por sí mismo<sup>628</sup>. Así, soberanía es el poder de autodeterminación que no admite interferencias externas en asuntos internos. Es el poder de establecer mecanismos de protección interna de efectos externos, incluso los de naturaleza económica, en la salvaguarda de los intereses de la población. Sin embargo, en tiempos de globalización e Internet, en que la velocidad de la información es de efectos instantáneos,

---

<sup>627</sup> MATTEUCCI, Nicola, in *“Dicionário de Política”*/ Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; Trad. Carmen C. Varriale et al. ; coord.trad. João Ferreira; ver. geral João Ferreira e Luiz Guerreiro Pinto Cascais. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 12<sup>a</sup>, 199, vol. 2, pág. 1.179.

<sup>628</sup> BULOS, Uadi Lammêgo, in *“Constituição Federal Anotada”*, 3<sup>a</sup> Edição revista e atualizada. – São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 47

causando repercusiones internas de naturaleza comportamental, técnica, social y económica, no existe país en el mundo que posea medios de evitar internamente los efectos de esas circunstancias externas. En esa situación actual, lógicamente se altera el concepto de soberanía, pasando el mismo a tener un entendimiento de autodeterminación relativa.

En ese contexto de cambios y de agilización de los propios cambios, se pasó a si redefinir el papel del Estado, buscándose un formato de actuación que pudiese atender con mayor eficiencia el recargo de demandas a él dirigidas, sobretudo en la área social. Junto a ese factor histórico, se agrega un verdadero descontrol fiscal experimentado por la grande mayoría de los países en el mundo, que pasaron a presentar reducción en las tasas de crecimiento económico, aumento del desempleo y elevados índices de inflación. Por tanto, el Estado pasó a tener dificultades para administrar las crecientes expectativas de la población, consonante su función de promover el bienestar del ciudadano.

Así, se altera la relación del Estado con el ciudadano, incluso porque hay cambios en la propia sociedad que pasa a organizarse de forma diferente, formando grupos corporativos - sindicatos, partidos políticos, asociaciones culturales y de clase, iglesias, grandes empresas, etc - que poseen intereses ni siempre coincidentes con los del Estado, que, según pondera Clémerson Merlin Clève, *“muchas veces contienden poder con éste, y que no pocas veces son más poderosos que lo propio Estado”*<sup>629</sup>.

Así, mismo con los varios factores, especialmente el desarrollo tecnológico y la globalización de la economía mundial, que están produciendo alteraciones en el mundo de hoy, el Estado continúa como un organismo esencial para el establecimiento del bienestar del ciudadano y factor de regulación de la economía, con poderes para fijar elementos de protección del hombre a pesar de grupos o corporaciones. Sin embargo, para lo propio Estado se impone una delimitación de suya acción, en el sentido de evitar que la misma extrapole el objetivo de la función estatal y pase a ejecutar acciones en desatención de los intereses colectivos, incluso en lo que tañe la actividad

---

<sup>629</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin, *“Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988”*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, pág. 41. Por esto, aquél ilustre profesor de Paraná, complementa: *“Ora, en el mundo de hoy, el hombre necesita preocuparse por el Estado. También se debe precaver contra los grupos, porque, en faz de ellos, una vez más la libertad corre peligro. Es necesario limitar el Estado: pero es necesario verificar que ni él, ni la sociedad, hoy, corresponden a las coordenadas ofrecidas por los siglos XVIII y XIX. Por eso, igualmente, es necesaria la actuación del Estado para quebrar el dominio de los grupos y corporaciones”*.

financiera del Estado, propiciando un control sobre la gerencia fiscal.

En el Estado moderno, lógicamente desde que estructurado en bases democráticas y de derecho, un de los principales factores de control de la gerencia fiscal es el de la transparencia fiscal. La transparencia motiva a las autoridades públicas para un comportamiento de mayor responsabilidad para los actos de gobierno, resultando en adopción de políticas fiscales más confiables, reduciendo la posibilidad de ocurrencia de crisis o de la gravedad de las crisis.

Por tanto, la transparencia es lo más nuevo e importante elemento de gobernabilidad del Estado, pasando a constituirse también en **principio presupuestario**, en la medida que el proceso presupuestario es factor esencial para la gestión fiscal. Es este procedimiento, de reciente incorporación al derecho financiero, que será objeto de estudio en el presente trabajo. La transparencia fiscal como factor imprescindible a la planificación y ejecución presupuestaria, bien como su respectiva prestación.

Así, buscando una integración de la transparencia con la compaginación del Estado que irá a si consolidar en el tercer milenio, el presente estudio, de forma objetiva, efectúa un análisis sobre el Estado postmoderno, pluralista, transparente y participativo, teniendo en cuenta sus aspectos estructurales y constitucionales. En secuencia, se examinó el tipo de administración que surge con ese nuevo Estado, con énfasis en la relación entre Administración Pública y Estado Democrático de Derecho: exigencias de transparencia, verificándose los aspectos económicos de la ordenación constitucional.

Posicionada, política y jurídicamente, esta innovadora actuación estatal, donde la responsabilidad gestora de los dirigentes está asentada en criterios de transparencia administrativa y fiscal, se pasa al examen de las reformas producidas en el aspecto presupuestario y fiscal, teniendo en vista que la recaudación del ingreso y la ejecución del gasto son factores esenciales en las reformas que están siendo producidas en el Estado y en la Administración. Por este motivo, se vuelve imprescindible realizar un análisis específico de estos nuevos aspectos reformadores, de dónde surge un nuevo tipo de responsabilidad – **la responsabilidad fiscal**, con examen de sus principios orientadores, incluyendo una visión de las regulaciones legales que envuelven específicamente la situación en Brasil y en España.



## I – Soporte constitucional de la transparencia presupuestaria y fiscal

Sintéticamente, se puede decir que el Estado es una organización política-jurídica con la finalidad de realizar el bien público, con gobierno propio, dentro de un territorio determinado. Que el Estado, para lo alcance de sus fines, ejercita el poder por medio de la competencia, efectuando servicios y actividades, que varían en el tiempo y en el espacio, en el sentido de promover la realización de lo bien público, y que la realización de lo bien público es efectuada por medio de los órganos competentes de la estructura administrativa del Estado<sup>630</sup>.

Toda esa actividad desarrollada para el servicio del interés público necesita una grande suma de recursos financieros. La busca de esos medios materiales envuelve una actividad de naturaleza patrimonial, denominándose de **actividad financiera del Estado**. Esta actividad financiera desarrollada por el Estado visa a la satisfacción del interés público y, por su vez, este interés público se materializa como cometidos que el Estado asume para el servicio de los intereses de los ciudadanos: es la protección y la seguridad de sus ciudadanos; la administración y la distribución de la justicia; es el mantenimiento de los servicios de salud de la población; así como la educación y la habitación, etc.

Por tanto, resumidamente, se puede decir que actividad financiera es la recaudación de ingresos, su gestión y la realización de lo gasto, en el sentido de atender a las necesidades públicas.

En esas condiciones, es lógico que todas esas obligaciones resulten en costes financieros, cuyos costes solo pueden ser soportados por la propia sociedad. En consecuencia, surge la cuestión sobre la forma y condiciones que deberán ser soportados esos costes.

En ese aspecto, de un modo general, la doctrina reconoce que el objeto principal de las finanzas públicas es el estudio de la actividad fiscal, o sea, aquella desempeñada por los poderes públicos con el propósito de lograr y aplicar recursos para la financiación de los servicios públicos<sup>631</sup>, con José Matias Pereira refiriendo que, siendo estudio de la actividad fiscal,

---

<sup>630</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O Controle da Gestão Pública*”, 2003, p.42.

<sup>631</sup> MATIAS PEREIRA, José, “*Finanças Públicas: a política orçamentária no Brasil*”. São Paulo: Atlas, 1999, pág. 31.

significa la existencia de una política fiscal, a cual se orienta en dos direcciones:

1. **Política Tributaria:** es aquella destinada a la captación de recursos, en el sentido de ser atendidas las funciones de la administración Pública;

2. **Política presupuestaria:** es a que dice respeto, específicamente, con los costos a ser efectuados por la Administración, cuales sean, los actos y medidas relacionadas con la forma de la aplicación de los recursos, llevando en consideración la dimensión y la naturaleza de las atribuciones del poder público, bien como la capacidad y la disposición para su financiación por la población.

De ese modo, el Estado, en su actividad financiera, para satisfacción de sus necesidades materiales, se auxilia del patrimonio de los gobernados. Es la adquisición de dinero que constituye, principalmente, la actividad financiera del Estado, que es, en síntesis, un ente que recauda y paga. Es el mayor creador y consumidor de riquezas.

En ese contexto, considerando que *“ingreso es la entrada de dinero en los cofres públicos que se efectiva de manera permanente en el patrimonio del Estado y que no esté condicionado su devolución o correspondiente baja patrimonial”*<sup>632</sup>, de una manera general, se puede retirar la conclusión de que la misma se opera de tres formas: **producida, recaudada y prestada.**

**Producida:** es lo ingreso producido por los mecanismos de producción económica del propio Estado, como es el caso de la producción agrícola o industrial realizada del Estado. Son las rentas producidas por los bienes y empresas del Estado.

**Recaudada:** es la receta consecuente de la carga tributaria (impuestos, tasas y contribuciones de mejoría) impuesta a la sociedad. Es la retirada coactiva de parcela de la riqueza del ciudadano, para formar el tesoro del Estado.

**Prestada:** es la receta adquirida mediante operación de crédito,

---

<sup>632</sup> MATIAS PEREIRA, José, *“Finanças Públicas: a política orçamentária no Brasil”*, op. cit., pág. 35.

cual sea, empréstito, generando el proceso de endeudamiento.

De esa forma, teniendo en cuenta que la receta producida es muy limitada y a de empréstito también, en los tiempos modernos, el tributación pasó a ser la forma más importante de recaudación de ingreso. Por el tributación el Estado exige, con poder de fuerza, el pago de determinados valores y cuantías por parte de los miembros de la sociedad con la finalidad de recaudar el necesario para la financiación de su costas<sup>633</sup>.

En tal circunstancia, despues la década de 30 del siglo XX, la principal característica de las finanzas públicas pasó a ser el carácter intervencionista del Estado, por medio de los tributos, bien como por la personalización de los mismos, a fin de tornar el tributación más justa, haciendo con que cada ciudadano aporte para el Estado en conformidad con su capacidad económica, razón por la cual las finanzas neutras dieron lugar a las finanzas funcionales, éstas dirigidas para influir sobre a conyuntura económica<sup>634</sup>. Por ese factor, Abba Lerner fijó: *“a una política consciente por parte del Gobierno para evitar los males de la inflación y los de la deflación llamaremos a finanzas funcionales”*<sup>635</sup>.

De esa manera, empezaron a ser establecidos varios principios con vista a nortear una estructura tributaria justa e igualitaria. En la actualidad, el entendimiento dominante en la doctrina es lo de que la estructura tributaria ideal está fundada en la igualdad, justicia, equidad y capacidad contributiva.

En ese sentido, la Constitución española de 1978, en su art. 31, bien determina su orientación para la captación de ingreso mediante carga tributaria, buscando el servicio dices principios: *“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”*.

En Brasil, aunque la Constitución de 1978 no haya sido tan explicita en cuanto a la española y, por esto, generando muchas discusiones, en su art. 145, § 1º, la determinación constitucional también busca consagrar el principio de la capacidad contributiva: *“siempre que posible, los impuestos*

---

<sup>633</sup> CONTI, José Maurício, *“Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade”*. São Paulo: Dialética, 1997, pág. 11.

<sup>634</sup> MATIAS PEREIRA, José, op. cit. , pág. 43.

<sup>635</sup> LERNER, Abba, *“Teoria Econômica del control”*. APUD MATIAS PEREIRA, José, op. cit., pág. 43.

*tendrán carácter personal y serán graduados según la capacidad económica del contribuyente, facultado a la administración tributaria, especialmente para conferir efectividad a esos objetivos, identificar, respetados los derechos individuales y tenémosnos de la ley, el patrimonio, los rendimientos y las actividades económicas del contribuyente”.*

De ese modo, modernamente los sistemas tributarios buscan igualdad, justicia y capacidad contributiva, en el sentido de evitar el abuso de Poder, que lleva a la confiscación de los bienes privados, la actividad financiera del Estado pasó a ser ejercida solamente con autorización fundada en principios y normas fijados en la Constitución<sup>636</sup>.

En ese sentido, la Constitución brasileña de 1988, en el Título VI – Del Tributación y del Presupuesto, artículos 145 a 169, trata de las bases constitucionales de las instituciones financieras, por primero regulando sobre el **Sistema Tributario Nacional** (art.145 a 163), fija los tipos de tributos y dice de las disposiciones generales del tributación, determinando las limitaciones del poder de tributar. Dice de las competencias tributarias de cada entidad federada, efectuando el repartición de las recetas tributarias. Por según, trata de las **Finanzas Públicas y del Sistema Presupuestario** (art.165 a 169), fijando la obligatoriedad de ser editada ley complementar a la constitución que regule sobre las normas de derecho financiero y deuda pública, dice de la estructura del presupuesto público y de la elaboración de las leyes presupuestarias, bien como del proceso legislativo pertinente. Como toda esa actividad financiera – institución y recaudación de la carga tributaria, con su utilización en dispendios autorizados por la ley presupuestaria – debe tener un control en cuanto al correcto y legal manoseo de los recursos públicos, la Constitución brasileña, por el dispuesto en los artículos 70 a 75, regula sobre la **Fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional, y patrimonial** de todos los organismos de la Administración Pública, estableciendo el Tribunal de Cuentas como el órgano ejecutor del control externo.

De modo asemejado la cuestión posee tratamiento legislativo en la Constitución Española de 1978. En su artículo 133 es regulada “**La Potestad tributaria**”, con establecimiento de lo principio de la legalidad para la institución y la exigencia de los tributos, con fijación de reglas para el ejercicio del poder tributario. El art. 134 regula “**Los presupuestos del**

---

<sup>636</sup>MILESKI, Helio Saul, “*O Controle da Gestão Pública*”, *op. cit.*, pág. 43.

**Estado**”, con determinación de la estructura presupuestaria y de las leyes presupuestarias, incluyendo aspectos del proceso legislativo. Por su vez, el art. 135 dice de la “**Deuda Pública**”, con establecimiento de su concepto y su sometimiento al principio de la legalidad. Como factor de fiscalización de toda esa actividad financiera, el art. 136, 1, prescribió: “*El tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado así como del sector público*”.

Cual si ve, la actividad financiera del Estado posee regulación constitucional, esto en razón de la importancia de los aspectos económicos que posee, en la medida que trata de la recaudación de la receta, mediante la fijación de una carga tributaria; cuales los instrumentos legales – presupuestos públicos – que deben ser utilizados para ser realizada el gasto público; fija límites para la deuda pública; y establece la forma de como será ejecutado el control de toda esa actividad estatal. se trata de cuestión fundamental para que la Administración Pública pueda tener una acción adecuada para la prestación de los servicios públicos necesarios al ciudadano. Así, en faz de esa su importancia para las actividades del Estado, fueron efectuadas reformas en el ámbito de la actividad financiera del Estado, fijadas en dispositivos legales propios, en el sentido de ser adoptadas también en ese aspecto las nuevas prerrogativas del Estado postmoderno, especialmente la transparencia y la participación popular, con establecimiento de la llamada responsabilidad fiscal.

Diese modo, como consecuencia lógica, nace **la transparencia fiscal**, y ésta, como principio norteador de la acción gubernamental, tiene inspiración en el concepto de *accountability*, procedimiento utilizado especialmente en los países anglosajón – Nueva Zelanda (la ley de responsabilidad fiscal de la Nueva Zelanda, editada en 1994, es un marco legislativo mundial por el establecimiento de normas jurídicas para la reglamentación de la transparencia de la política fiscal y su prestación de cuentas, tornando el gobierno formalmente responsable ante la población, en faz del desempeño de las finanzas públicas); Australia (adoptó la Carta de Honestidad Presupuestaria, a la similitud de la legislación de Nueva Zelanda, dando énfasis al papel del *Australian Bureau of Statistics* en la definición de calidades para la divulgación de informaciones fiscales por todos los niveles de gobierno); y Reino Unido (implantó un Código de Estabilidad Fiscal muy asemejado la Carta de Honestidad Fiscal de Australia) – que no posee una definición necesita, pudiendo, en una interpretación libre y genérica, ser entendida cómo responsabilidad en el trato de los bienes y dineros públicos,

transparencia y prestación de cuentas.

Por esto, se puede decir que la ‘accountability’ es una visión moderna de servicio público y traduce un nuevo paradigma que la administración pública está sometida<sup>637</sup>, alcanzando, incluso, un funcionamiento de a nivel horizontal, lo cual comprende un pequeño subconjunto de las múltiples interacciones que las agencias estatales emprenden entre sí<sup>638</sup>.

En ese sentido, se debe llevar en consideración dos experiencias internacionales para el establecimiento de nuevas calidades fiscales: la de Estados Unidos y la de la Nueva Zelanda. De un modo general, estas experiencias extranjeras adoptaron padrones enfocados en dos matrices: **reglas y transparencia**, que fueron modelos inspiradores de nuevas legislaciones en todo el mundo.

Estados Unidos posee una historia presupuestaria antigua, remonta al año de 1789 y viene hasta nuestros días con un esfuerzo continuado de perfeccionamiento<sup>639</sup>. Desde 1980, con la elección de Ronald Reagan, fueron adoptadas políticas más severas de contención del déficit público. Es de ese período la edición de las dos principales legislaciones: Gramm-Rudman-Hollings Act (GRH) de 1985 y el Budget Enforcement act (BEA) de 1990<sup>640</sup>. Gramm-Rudman-Hollings Act (GRH) fue el documento de combate al déficit, en la medida que determinaba una reducción permanente y gradual del déficit años después años, con mecanismos de cortes automáticos y uniformes, con el objetivo de alcanzar las metas pre-determinadas. Según Humberto Petrei, por falta de mecanismos más ágiles no previstos en el acto editado, dejó de haber cumplimiento integral de sus objetivos de disciplina

---

<sup>637</sup> NÓBREGA, Marcos, “*Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias*”, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pág. 36. Dice el autor: “el estudio de los aspectos que llevan a la ‘accountability’ traducen un nuevo paradigma que la administración pública está sometida. se trata de una visión moderna de servicio público basada en el rescate de la ciudadanía y en la construcción, entre otras cosas, de espacios democráticos de decisión. Esa nueva esfera también se potencia en un combate a la corrupción y el fortalecimiento de los instrumentos de control”.

<sup>638</sup> O’DONNELL, Guillermo, “*Accountability Horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza Política*”. Madrid: “*Revista Española de Ciencia Política*”, número 11, octubre 2004. “*La accountability horizontal es, por lo tanto, un pequeño subconjunto de las múltiples interacciones que las agencias estatales emprenden entre sí. La importancia de la AH consiste no sólo de las acciones que genera sino también de las que previene o disuade*”.

<sup>639</sup> PETREI, Humberto, “*Presupuesto y control: pautas de reforma para a América Latina*”. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 1998, pág. 25.

<sup>640</sup> Esses documentos podem ser consultados no seguinte endereço eletrônico: [www.federativo.bndes.gov.br](http://www.federativo.bndes.gov.br)

fiscal<sup>641</sup>.

De otra parte, el *Budget Enforcement act* (BEA), para resolver el problema de la falta de agilidad del GRH, estableció mecanismos más ágiles para el control de los déficits, con fijación de metas a ser cumplidas en un período de varios años, buscando disciplinar la gestión fiscal americana. los dos mecanismos básicos del BEA son: el *sequestration* y el *pay you go*. Tales mecanismos fueron traducidos para la ley brasileña respectivamente como la “limitación de empeño y compensación”. La limitación de empeño, o mejor, el “sequestration” norteamericano, representa la fijación en el ámbito presupuestario de límites para los gastos llamados discrecionales<sup>642</sup>. Por su vez, *pay you go*, es el llamado mecanismo de compensación, que tiene por principio básico la neutralidad del punto de vista presupuestario, debiendo ser accionado cuando algún acto pueda afectar el equilibrio fiscal y antes de venir a si efectuar<sup>643</sup>.

A otra grande influencia internacional fue la experiencia de la Nueva Zelanda, que esta basada en dos pilares de sustentación: reglas y transparencia. De 1984 que la Nueva Zelanda viene pasando por un proceso de reformas económicas y de la Administración, situación que, en consecuencia, proporcionó una primera fase de ajuste del Estado, con implantación de la ley de responsabilidad fiscal, denominada de *Fiscal Responsibility Act*, estableciendo como metas principales<sup>644</sup>:

1. establecimiento de relaciones de coste/beneficio para el gasto público y mejorar la calidad de los bienes y servicios prestados por el Estado;
2. aumentar la transparencia del sector público, dotando la sociedad y los gestores de instrumentos más ágiles de acceso a informaciones;
3. imponer límites y restricciones a los costos públicos con el objetivo de incentivar una administración fiscal responsable.

En esa circunstancia, aunque las severas críticas que son realizadas al modelo de la Nueva Zelanda, en razón de los problemas sociales

---

<sup>641</sup> PETREI, Humberto, “Presupuesto y control...”, *op. cit.*, pág. 31.

<sup>642</sup> NÓBREGA, Marcos, “Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias”, *op. cit.*, pág. 51.

<sup>643</sup> Idem, pág. 55.

<sup>644</sup> NÓBREGA, Marcos, “Lei de Responsabilidade Fiscal...”, *op. cit.*, pág. 59.

que decurren del ajuste fiscal, no se puede negar que las reformas producidas por la Nueva Zelanda proporcionaron la adopción de la transparencia como factor relevante en la administración de la cosa pública, factor que, invariablemente, vino a fortalecer el sistema democrático, ampliando la valorización de la ciudadanía.

Otro factor relevante, causador de influencia internacional, principalmente en faz de sus exigencias para los países adeudados, como parte del plan de acción para el restablecimiento del equilibrio presupuestario, fue a la posición adoptada por el Fondo Monetario Internacional – IMF, en el tocante al establecimiento de reglas para una gestión fiscal responsable.

La similitud del modelo adoptado por la Nueva Zelanda, un de los puntos relevantes de la posición fijada por el IMF fue su preocupación con la transparencia de la Administración Pública y de la gestión fiscal, perfectamente caracterizada por la exigencia de apertura de las estructuras de Gobierno a la población, mediante el establecimiento de acceso a las informaciones gubernamentales de forma inteligible, confiable y rápida<sup>645</sup>. En el sentido de fijar esa calidad de comportamiento para los países, el IMF elaboró un **Código de Buenas Prácticas para la Transparencia fiscal**, donde se destacan los siguientes requisitos para lo implemento de la transparencia fiscal:

1. Mecanismos claros deben ser establecidos para la coordinación y gestión de las actividades presupuestarias y extra-presupuestarias y deben ser bien definidos los dispositivos de relación con otras entidades públicas;

2. La gestión financiera pública debe ser regida por leyes y normas administrativas abarcentes, aplicables a actividades presupuestarias y extra-presupuestarias.

3. El presupuesto anual debe proporcionar informaciones suficientes para permitir la presentación de un demostrativo de la posición financiera consolidada del Gobierno.

4. Demostrativos con descripción de la naturaleza y significación fiscal de los pasivos eventuales, de las renunciaciones fiscales y de las

---

<sup>645</sup> NÓBREGA, Marcos, “*Lei de Responsabilidade Fiscal...*”, *op. cit.*, pág. 66.



actividades parafiscales deben ser publicados juntamente con el presupuesto anual.

5. Las normas fiscales adoptadas deben ser claramente definidas, bien como los principales riesgos que podrán afectar el presupuesto anual.

Así, según se verifica de las experiencias internacionales e influenciadoras para la implantación de una calidad de responsabilidad fiscal, transparencia fiscal se vino a revelar como un mecanismo democrático que busca el fortalecimiento de la ciudadanía, sirviendo de presupuesto al control social y forma de valorar y tornar más eficiente el sistema de control de las cuentas públicas, en la medida que enfatiza la obligatoriedad de información al ciudadano sobre la estructura y funciones de gobierno, los fines de la política fiscal adoptada, cual la orientación para elaboración y ejecución de los planes de gobierno, la situación de las cuentas públicas y las respectivas prestaciones de cuentas<sup>646</sup>.

La transparencia fiscal es exigencia de pura esencia democrática. Toda acción de gobierno tiene de ser dirigida para el servicio de finalidad pública, representando un padrón confiable de actuación gubernamental, donde haya demostración pública regular de todos los actos practicados en la conducción de la gerencia fiscal, para ser conquistada la confianza y lo respeto de la población. Siendo obligados a realicen demostración regular de sus actos, los administradores saben estén bajo control y, por esto, se vuelven más responsables y cuidadosos en la conducción de los actos de gestión fiscal y de los planes de gobierno.

Entonces, considerándose que el Estado postmoderno, con democracias pluralistas, que debe ser ejercida de manera transparente y participativa, significa que la Administración, por medio de los órganos que compone su estructura organizacional, que son dirigidos y administrados por agentes públicos, quiénes también deben actuar siempre de acuerdo con los principios y normas constitucionales que le son destinados, incluyéndose los relativos a la función presupuestaria del Estado, dando énfasis a la

---

<sup>646</sup>MILESKI, Helio Saul. Palestra proferida na cidade de Ushuaia, Província de Terra do Fogo, República Argentina, em 27 de novembro de 2002, na Segunda Reunião Anual Internacional da ASUL e Quarta Reunião Anual do Secretariado Permanente dos Tribunais de Contas da República Argentina.

transparencia y a la participación popular, poseen responsabilidad gerencial, administrativa y fiscal <sup>647</sup>.

Así, dentro de esa nueva concepción del Estado postindustrial, el Estado contemporáneo, la responsabilidad fiscal surgió como lo más nuevo tipo de responsabilidad en el ámbito de las finanzas públicas, teniendo como premisa el establecimiento de principios norteadores para una gestión fiscal responsable, envolviendo la planificación, la elaboración y la ejecución presupuestaria y la prestación de cuentas, teniendo como factor primordial a la transparencia y la participación popular.

Por tanto, la transparencia afloró en el Estado postmoderno como factor esencial de la democracia pluralista y participativa, volviéndose principio presupuestario y de gerencia fiscal, fijándose como exigencia obligatoria para la prestación de cuentas de los agentes públicos en las democracias avanzadas.

El principio de la transparencia de los actos de gestión fiscal asumió tal relevancia en el concierto de las naciones, que el Fondo Monetario Internacional resolvió elaborar un Manual sobre transparencia fiscal, con disponibilización franqueada electrónicamente<sup>648</sup>, conteniendo principios específicos y normas referentes a las buenas prácticas de gestión fiscal, con éstas representando una calidad de transparencia fiscal que es considerado, por el IMF, apropiado para garantizar al público y a los mercados de capital que existe un cuadro suficientemente completo de la estructura y de las finanzas del gobierno para permitir la evaluación fidedigna de la solidez de la posición fiscal de los países.

Este Manual refleja el contenido del Código de Buenas Prácticas para la Transparencia Fiscal, lo cual tiene estructura organizacional fundada en cuatro principios generales:

# el primer principio general – Definición Clara de Funciones y Responsabilidades – se refiere a la especificación de la estructura y de las funciones del gobierno y lo demás de la economía;

---

<sup>647</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O Controle da Gestão Pública*”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 62.

<sup>648</sup> [www.planejamento.gov.br](http://www.planejamento.gov.br)

# lo según principio general – Acceso Público a la Información – enfatiza la necesidad de que se divulguen informaciones fiscales amplias a intervalos bien definidos;

# el tercer principio general – Apertura en la Preparación, Ejecución y Prestación de Cuentas del Presupuesto – cubre el tipo de información divulgada a respeto del proceso presupuestario;

# el cuarto principio general – Garantías de Integridad – trata de la calidad de las informaciones fiscales y de la necesidad de someterlas a un escrutinio independiente.

El Código de Buenas Prácticas en Transparencia Fiscal, que está estructurado de acuerdo con los principios arriba referidos, reconoce la diversidad existente entre los países en términos de gerencia fiscal y cultural, en ambientes constitucionales y legales totalmente distintos, así como las diferencias de los países en el tocante a la capacidad técnica y administrativa para mejorar la transparencia. En ese sentido, el IMF tiene conciencia de que, aunque en muchos países haya condiciones para la mejoría de algunos aspectos de transparencia fiscal abarcados por el Código, en otros, por la diversidad y diferencias entre los países, habrá extrema dificultad para la implementación del Código. La práctica de aplicación del Código así ha demostrado. Mientras en algunos países hay una mayor facilitación para su implementación, en otros hay un trabamamiento de acción en ese aspecto.

En ese sentido, entonces, es necesario ser visto como está regulada la transparencia en la legislación específica. Sin embargo, primero debe ser destacado que la transparencia puede ser criada bajo diversas formas, teniendo en cuenta su carácter ideal-axiológico, envolviendo un conjunto de significaciones complejas que la torna objeto de comunicaciones positivas, propiciando resonancias profundas<sup>649</sup>.

Así, La transparencia está cargada de connotaciones, en principio positivas, que se revela como un símbolo asociado a lo que debe ser conocido y comprendido, en absoluto opuesto al inaccesible o inexplicable<sup>650</sup>.

---

<sup>649</sup> CHEVALIER, “*Une notion très complexe*”, en “*la transparence administrative (Problèmes politiques et sociaux)*”, en concreto Chevalier, n.º 679, 1992, 4, neste caso, citado por SCHRAM, Frankie, “*Debating transparency:...*” pág. 33, APUD Lorenzo Cotino Hueso, “*Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa*”, op. cit. 14.

<sup>650</sup> HUESO, Lorenzo Cotino, “*Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa*”, op. cit. pág. 14. Dice el autor: “*Cabe apuntar que la ‘transparencia’ viene cargada de connotaciones, en principio positivas,*

Por esta razón, se puede decir que transparencia posee intrínseca naturaleza democrática, significando apertura de los actos y procedimientos gubernamentales, en absoluta contrariedad al secreto y a todas las formas de disimulación.

En el ámbito de la Unión Europea, en un conocido glosario mantenido en su página electrónica en el internet<sup>651</sup>, hay el siguiente concepto de transparencia:

*“El concepto de transparencia se utiliza a menudo en la lengua comunitaria para designar la claridad de funcionamiento de las instituciones comunitarias. Está vinculada a las diversas solicitudes relativas a un mayor acceso a la información y a los documentos de la Unión Europea para el ciudadano, una mayor participación en la toma de decisiones y una mejor legibilidad de los textos (simplificación de los Tratados, consolidación y mejor calidad de redacción de los textos legislativos).*

*La falta de transparencia a menudo se menciona para traducir un sentimiento generalizado respecto a instituciones europeas lejanas y secretas y a procedimientos dicisorios de difícil comprensión para el ciudadano europeo”.*

En ese aspecto, la transparencia como un derecho a la información pública material y formal se vuelve un presupuesto de la participación popular, sin embargo sin confundirse con ésta. Por esto es muy apropiado el siguiente comentario efectuado por Lorenzo Hueso sobre el asunto: *“Como se dirá, sobre todo en el ámbito de la Unión Europea, la transparência tiene una clara vocación legitimadora por su funcionalidad de legitimación del proceso de toma de decisiones, en donde se busca la participación y para ello se proclama la transparencia y la apertura. Si se confunde transparência con participación, se corre el peligro de consolarse con la transparencia sin tener participación alguna, un fenómeno, por otra*

---

*un simbolismo asociado a lo que puede ser conocido y comprendido, por contraposición a lo cerrado, misterioso, inaccesible o inexplicable. La transparencia se asocia igualmente a una carga afectiva ligada a la tranquilidad y serenidad provocada por todo aquello que se denomina y racionaliza, por oposición a la angustia y perturbación de lo misterioso y desconocido. Es por ello que, en ocasiones se le considere un mito, siempre con expectativas de crecer, quedando por ello por encima de ser un mero principio político, jurídico u organizativo”.*

<sup>651</sup> Glossário, em <http://europe.eu.int/scadplus/leg/es/cig/g4000.htm> (6.5.2003).

*parte, no extraño al ámbito de la Unión Europea, como habrá lugar de analizar*”<sup>652</sup>.

Así, de un modo general, se puede decir que hay un nexo de ligazón entre transparencia – apertura – participación, cuyos espacios comunes no alejan la autonomía propia de cada una de las nociones. Otro aspecto relevante dice respecto a la simplificación de actos que decurre de la transparencia. Todos los procedimientos tienen de tener mayor calidad y comprensión, propiciando un mayor grado de accesibilidad, de legibilidad, de inteligibilidad, coherencia, etc, con la finalidad de ser alcanzada una simplificación de la legislación, de las codificaciones y de los documentos para que haya una mejor transparencia en el sentido amplio.

Delante de esa importancia de la transparencia, de la cual decurre un proceso de apertura y la consecuente participación popular, existen varios empujes jurídicos, democráticos y económicos para su consolidación. En el aspecto jurídico-legal, incluso en lo que se refiere a la reforma presupuestaria y fiscal que emerge al final del siglo XX e inicio del siglo XXI, muchos derechos pasaron a ser regulados en textos legales, con vista a asegurar una real transparencia y apertura de la Administración, con participación del ciudadano en las cuestiones decisorias que envuelven el interés público.

Por esto, el examen de la legislación que promueve la regulación de los derechos y deberes relativos a la transparencia presupuestaria y fiscal se vuelve muy importante, razón por la cual pasamos a analizar esos aspectos jurídico-legales relativos a lo que ha sido llamado de responsabilidad presupuestaria y fiscal, teniendo como ejemplo la legislación brasileña y española.

La transparencia, como un de los presupuestos legales fijados para la responsabilidad en la gestión fiscal brasileña, es una de las

---

<sup>652</sup> HUESO, Lorenzo Cotino, op. cit. pág. 25. O autor refere ainda em nota de roda-pé, 72 e 73, que pelo Tratado de Amsterdam de 1997, foi introduzida a determinação de que “*las decisiones serán tomadas de la forma mas abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible*”. Que de acordo com o artigo 1 TUE, “*el Defensor Del Pueblo europeo ha considerado que apertura implica: 1 – comprensibilidad del proceso y oportunidad de participación; 2 – razonabilidad e las decisiones, pág. 129 y ss. Derecho de buena administración; 3 – acceso a las informaciones que llevan a las decisiones. Así se refiere en HARDEN, Ian, ‘The European Ombudsman’s Efforts to Increase Openness in the Unión’, en DECKMYN, Veerle (ed), Increasing Transparency in the European Union?, Instituto Europeu de Administración Pública, Maastricht, Países Bajos, 2002, págs. 123-146, pág. 125*”.

principales innovaciones realizadas por la Ley Complementaria n° 101/2000, con producción de importantes consecuencias en la actividad financiera del Estado, que visa estimular la participación y el control popular sobre los actos del Administrador Público, especialmente los que envuelven la estructuración del sistema presupuestario.

En ese contexto, la ley complementaria brasileña considera como instrumentos de transparencia de la gestión fiscal, a los cuales debe ser dada amplia divulgación, incluso en medios electrónicos de acceso público: los planes, presupuestos y leyes de directrices presupuestarias; las prestaciones de cuentas y lo respectivo parecer previo; el Informe Resumido de la Ejecución Presupuestaria y el Informe de Gestión Fiscal; y las versiones simplificadas de estos documentos. En el sentido de ser asegurada la transparencia debe haber también el incentivo a la participación popular y la realización de audiencias públicas, durante los procesos de elaboración y de discusión de los planes, ley de directrices presupuestarias y presupuestos.

Por tanto, se entiende de esa exigencia legal, que su reglamento fija más que un mero propósito de actuación administrativa, en verdad estipula un nuevo principio de cumplimiento obligatorio para el gestor público, que deriva de los principios esenciales que fundamentan la estructura normativa de la responsabilidad que debe haber en la gestión fiscal de los Administradores Públicos.

En lo que tañe al servicio del principio de la definición clara de las funciones y responsabilidades, allende haber una división de responsabilidades entre los diferentes niveles de gobierno en la Constitución Federal brasileña (por ejemplo: en el art. 18 es referido que la organización político-administrativa comprende la Unión, los Estados y los Municipios y que todos son autónomos; en los artículos 153 a 156 son explicitadas las competencias tributarias de cada nivel de gobierno; y en los artículos 157 a 159 son fijados los mecanismos de repartición de recetas tributarias entre las entidades federadas), también son establecidas en los párrafos 2o y 3o del art. 1o y en el art. 2o de la Ley Complementaria n° 101/2000, cuales son las entidades federadas que están gracias a su cumplimiento – Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios – quien esté abarcado por esta referencia legal (el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judiciario, el Ministerio Público y el Tribunal de Cuentas, con las respectivas administraciones directas, fondos, autarquías, fundaciones y empresas estatales dependientes),

presentando definiciones legales de ente de la Federación, empresa controlada, empresa estatal dependiente y receta corriente líquida.

Por su vez, el principio general que asegura el acceso público a la información estatal está reglamentado en los art. 48 49 de la Ley de Responsabilidad Fiscal brasileña (LC n ° 101/2000), que determina la amplia divulgación, incluso en medios electrónicos de acceso público, para: los planes, los presupuestos y leyes de directrices presupuestarias; las prestaciones de cuentas y lo respectivo parecer previo; el Informe Resumido de la Ejecución Presupuestaria y el Informe de Gestión Fiscal; y las versiones simplificadas de estos documentos. Debe aún ser incentivada la participación popular y la realización de audiencias públicas, durante los procesos de elaboración y de discusión de los planes, ley de directrices presupuestarias y presupuestos, con las cuentas presentadas por el Jefe del Poder Ejecutivo debiendo poner disponibles, durante todo el ejercicio, en el respectivo Poder Legislativo y en el órgano técnico responsable por su elaboración, para consulta y apreciación por los ciudadanos e instituciones de la sociedad.

El principio de acceso a los procedimientos de elaboración, ejecución y prestación de cuentas también está asegurado en los artículos 48 49 de la Ley de Responsabilidad Fiscal brasileña, bien como por la determinación de publicación del Informe Resumido de la Ejecución Presupuestaria, a cada bimestre, sobre la recaudación de la receta y la realización del gasto, valores referentes a la refinanciación de la deuda mobiliaria, recetas de operaciones de crédito y gastos con amortizaciones de la deuda (arts. 52 53 de la LRF); por la publicación del Informe de Gestión Fiscal, cuatrimestral, conteniendo comparativos de los límites relativos a lo gasto total con personal, deudas afirmada y mobiliaria, concesión de seguridades, operaciones de crédito, con indicación de las medidas correctivas adoptadas o a adoptar, se sobrepasado cualquiera de los límites, con demostrativo, en el último cuatrimestre, del montante de la disponibilidad de caja el 31 de diciembre e inscripciones en Restos impagado (arts. 54 55 de la LRF); y por la prestación de cuentas de los gestores fiscales que deberá evidenciar el desempeño de la recaudación con relación a la previsión, destacando las providencias adoptadas en el ámbito de la fiscalización de las recetas y combate a la ocultación, las acciones de recuperación de créditos en las instancias administrativa y judicial, bien como las demás medidas para incremento de las recetas tributarias y de contribuciones (arts. 56 a 58 de la LRF).

Las garantías de integridad de las informaciones fiscales es principio que está regulado en los artículos 50 y 51 de la Ley de Responsabilidad Fiscal, donde son determinados los procedimientos de teneduría y consolidación de las cuentas públicas que, allende obediencia a las demás normas de contabilidad pública, deben observar:

I - la disponibilidad de caja constará de registro propio, de modo que los recursos vinculados a órgano, fondo o gasto obligatorio queden identificados y escriturados de forma individualizada;

II - el gasto y la Asunción de compromiso serán registradas según el régimen de capacidad, apurándose, en carácter complementario, el resultado de los flujos financieros por el régimen de caja;

III - las demostraciones contables comprenderán, separada y conjuntamente, las transacciones y operaciones de cada órgano, fondo o entidad de la administración directa, autárquica y fundacional, incluso empresa estatal dependiente;

IV - las recetas y gastos de seguridad serán presentadas en demostrativos financieros y presupuestarios específicos;

V - las operaciones de crédito, las inscripciones en Restos impagado y las demás formas de financiación o Asunción de compromisos junto a terceros, deberán ser escrituras de modo a evidenciar el montante y la variación de la deuda pública en el período, detallando, por lo menos, la naturaleza y el tipo de acreedor;

VI - la demostración de las variaciones patrimoniales dará destaque a lo origen y al destino de los recursos provenientes de la alienación de activos.

Complementando la garantía de integridad de las informaciones fiscales, es determinado al Poder Ejecutivo de la Unión promover, hasta el día 30 de junio, la consolidación nacional y por esfera de gobierno, de las cuentas de los entes de la Federación relativas al ejercicio anterior, y su divulgación, incluso por medio electrónico de acceso público.

De ese modo, consonante a normatización efectuada por la Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley Complementaria n° 101/2000), existen medidas legales que aseguran la aplicabilidad del principio de la transparencia



fiscal en el ámbito del Estado brasileño, visando garantizar que la actuación del Administrador Público si devenga en la concretización de la voluntad general, con satisfacción y servicio de los verdaderos intereses colectivos, sin la ocurrencia de procedimiento personalista y autoritario. La institución de este principio posibilita al ciudadano condiciones efectivas de participación en el proceso presupuestario, proporcionándole medios para proponer, acompañar, evaluar y controlar a acción de los Administradores y Gestores Públicos.

Por su vez, en España, la responsabilidad fiscal de los agentes públicos está regulada en la llamada Ley General de Estabilidad Presupuestaria - Ley 18/2001, de 12 de diciembre (B.O.E. 13 de diciembre), rectificada por Corrección de errores (B.O.E. 15 de febrero 2002), en cuya exposición de motivos es destacada que: *“la política presupuestaria continuará jugando un papel clave en esta orientación de política económica , para lo cual es preciso sentar las bases de esta nueva etapa en la que la estabilidad presupuestaria va a ser el escenario permanente de las finanzas públicas españolas”*.

Así, la ley de estabilidad presupuestaria introdujo expresamente el equilibrio presupuestario en el ordenamiento jurídico español, garantizando que la estabilidad presupuestaria será, de ahora en adelante, el escenario permanente de las finanzas públicas en España, determinando al Gobierno, en su disposición final primera, la obligatoriedad de encaminar a las Cortes Generales un proyecto de ley presupuestaria, que posibilitó la edición de *“La Ley General Presupuestaria - Ley 47/2003, de 26 de noviembre, B.O.E. 27.11.2003”* – que, en servicio a la ley de estabilidad presupuestaria, contiene tres principios generales: plurianualidad, transparencia y eficiencia.

En ese contexto, La Ley de Estabilidad Presupuestaria y La Ley General Presupuestaria de España, establecen medios de dar cumplimiento a el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, acordado en el Consejo de Amsterdam en junio de 1997, en el sentido atender al previsto en el art. 4.3 del Tratado de la Comunidad Europea (La Ley-Leg. 41490/1992) que exige de los Estados Miembros acciones con servicio de los principios de *“precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas”*.

En cuanto al principio de la transparencia, la ley de estabilidad presupuestaria española, en su artículo 5º , rige que *“Los presupuestos de los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley y sus liquidaciones deberán contener información suficiente y adecuada para*

*permitir la verificación del cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria”.*

Para el servicio de los principios de gerencia fiscal antes enumerados, se verifica que, al servicio del principio de la definición clara de las funciones y responsabilidades, allende haber una división de responsabilidades entre los diferentes niveles de gobierno en la Constitución Española de 1978, por ejemplo: en el art. 137 es referido que el Estado se organiza en Municipios, en Provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan y que todas las entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses; en el artículo 133 – 1 a 4 – son explicitadas las competencias tributarias de cada nivel de gobierno; también es establecida en el art. 2o de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria - Ley nº 18/2001, cuales son los organismos y grupos de agentes que están obligados a su cumplimiento – Administración General del Estado, los Organismos Autónomos y los demás entes públicos dependientes de aquélla – y quien está abarcado por esta referencia legal.

Por su vez, el principio general que asegura el acceso público a la información estatal está reglamentado en los art. 135 136 de la Ley General Presupuestaria española (Ley nº 47/2003), que determina la divulgación por parte de “*La Intervención General de la Administración del Estado*”, incluso por otros medios que entender convenientes, mediante información a las Cortes Generales o publicación en el Boletín Oficial del Estado, de las operaciones de ejecución del presupuesto del Estado y de sus modificaciones, operaciones de tesorería y de las demás que se consideren de interés general; bien como de los principales hechos y documentos que participen de la Cuenta de la Administración General del Estado.

El principio de acceso a los procedimientos de elaboración, ejecución y prestación de cuentas está relativamente asegurado en los artículos 135 a 136 de la Ley General Presupuestaria española (Ley 47/2003), sin embargo, la ley deja de establecer obligatoriedad de divulgación de los procedimientos de elaboración del presupuesto y de las prestaciones de cuentas efectuadas, así como no posibilita la divulgación de la situación de las deudas del Estado.

Las garantías de integridad de las informaciones fiscales es principio que está regulado en los artículos 119 a 126 de la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003), donde son determinados los procedimientos de

teneduría y consolidación de las cuentas públicas que, allende obediencia a las demás normas de contabilidad pública, en el sentido de reflejar toda clase de operaciones, costes y resultados de su actividad, como para facilitar datos e informaciones con transcendencia económica.

Por tanto, por el examen de los principios arriba realizados, se constata que la transparencia y la participación popular, como factores consecuentes de la democracia participativa, son imprescindibles al Estado moderno y a la moderna Administración Pública, sin embargo, no se revela como un modo alternativo de gobernar. La democracia participativa es complementario a la democracia representativa, pues, como muy bien asevera Miguel Sánchez Morón, “*participar no es (generalmente) decidir, sino influir en la decisión*”<sup>653</sup>. Comoquiera, una Administración transparente, abierta la participación de los ciudadanos, que tenga la capacidad de llevar en consideración las opiniones populares, sin duda, es una Administración más democrática y, por consecuencia, atenderá mejor al interés público. Cuando se trata entonces de transparencia y participación popular en materia fiscal y presupuestaria, invariablemente habrá la posibilidad de mejor ser identificadas a las necesidades públicas, con acompañamiento de la ejecución de las políticas públicas y verificación de la regularidad de las cuentas que son prestadas por los gestores públicos.

## **II – Principios dirigidos a la transparencia presupuestaria y fiscal**

Como la transparencia tiene por fundamento la necesidad del gobierno promover informaciones a los ciudadanos sobre la estructura y funciones gubernamentales, en el sentido de prestar aclaraciones sobre las actividades que está desarrollando, dando cuenta de su política fiscal, bien como de todos sus actos, envolviendo los de preparación, ejecución y prestación de cuentas, cuyo procedimiento posibilite un acompañamiento por parte de la población, a fin de que ésta tenga de forma clara, regular y confiable, comunicación de toda a acción gubernamental, hay la necesidad de ser aplicados algunos principios que, efectivamente, puedan asegurar la transparencia de todos los actos de gestión fiscal del gobierno.

No basta tan sólo ser divulgados números relativos a la

---

<sup>653</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 81.

recaudación de la receta y a la ejecución del gasto, porque si la población no tenga un conocimiento sobre las funciones del gobierno y a quien pertenezcan a las responsabilidades, incluyéndose las cuestiones de naturaleza presupuestaria, esta divulgación resultará inocua porque no habrá comprensión de lo que estos números representan.

Transparencia no significa divulgar por divulgar, dar acceso a la información por dar. El sentido de la transparencia es promover la participación popular en los actos de gobierno, democratizando la gestión fiscal, a fin de que el ciudadano, teniendo conocimiento de la acción gubernamental, pueda aportar para su perfeccionamiento y ejercer un control sobre los actos de gobierno, actuando en colaboración al sistema oficial de control de la actividad financiera del Estado.

De esa forma, como bien destaca Juarez Freitas, es de la transparencia que *“el control de la sociedad emerge, pues, como un imperativo de estatura constitucional, participe del esfuerzo más o menos universalizado de democratizar el poder, tornándolo visible y, por así decir, más confiable y limitado en sus tentaciones de arbitrio o de conformista omisión”*<sup>654</sup>.

Por tanto, para que eso pueda ocurrir, se impone la adopción de algunos principios genéricos, en el sentido de ser asegurada a la transparencia fiscal una abarcancia, claridad y confianza que den posibilidad de pleno conocimiento y acompañamiento de los actos gubernamentales. Como en Brasil y en España no hay, propiamente, una reglamentación de principios dirigidos a la transparencia, nos valemos de los principios adoptados en nivel internacional, adecuando su sentido a la realidad brasileña y española, sin embargo sin desvincularlos de aquéllos adoptados en las naciones crecidas, para ser lograda la comprensión del real significado de transparencia, dándose a ella la adecuada aplicabilidad, con verificación de como está ocurriendo su adopción en el derecho financiero brasileño y español (Ley de Responsabilidad Fiscal y Ley General de Estabilidad Presupuestaria) y cual si procede a su control.

Estos principios generales pueden ser definidos como: a) principio de la definición clara de funciones y responsabilidades; b) principio del acceso público a la información estatal; c) principio del acceso a los

---

<sup>654</sup> FREITAS, Juarez, in *“O Controle Social do Orçamento Público”*, Interesse Público – ano 3, n. 11, julho/setembro de 2001 – Sapucaia do Sul: Notadez, 2001, pág. 15.

procedimientos de elaboración, ejecución y prestación de cuentas; d) principio de las garantías de integridad de las informaciones fiscales.

## **1 – Principio de la definición clara de funciones y responsabilidades**

Se definan claramente las funciones y responsabilidades del gobierno, dándose de forma clara su conocimiento público, es primordial y básico para el establecimiento de la transparencia fiscal. Es de la esencia de la transparencia el conocimiento de la estructura gubernamental para el ejercicio de las funciones del Estado, pues solo mediante el conocimiento sobre quien detenga la competencia para el ejercicio de determinada función, es que se posibilita a la atribución de responsabilidad por la creación e implementación de los planes de gobierno y, consecuentemente, de la política fiscal.

La imprescindible especificación de la estructura y funciones del gobierno, con consideración de ser un requisito básico de la transparencia fiscal tuvieron definición en el Sistema de Cuentas Nacionales, 1993 (SCN) de la Organización de las Naciones Unidas – ONU y en la versión actual del Manual del IMF sobre estadísticas de finanzas públicas (Manual GFS)<sup>655</sup>. En la definición de ese sistema deben ser englobadas todas las instituciones cuya principal actividad sea la ejecución de funciones gubernamentales. Por tanto, incluyéndose todas las unidades gubernamentales nacionales e infranacionales incluso los fondos extra-presupuestarios, bien como todas las instituciones sin fines lucrativos que presten, principalmente, servicios no relacionados al mercado y que sean controladas y financiadas por las unidades gubernamentales. Para alcanzar a claridad en la definición de la estructura del gobierno es sugerida la publicación de un cuadro institucional que presente la estructura del gobierno y del resto del sector público, a ejemplo del utilizado por el Sistema Europeo de Cuentas, 1995 (SEC), en las estadísticas económicas de los países de la Unión Europea<sup>656</sup>.

Efectivamente es de extrema importancia para la transparencia que haya un indudable conocimiento sobre la estructura y las funciones del gobierno, pues, así, será posible saberse como, por medio de quien y para

---

<sup>655</sup> <http://www.imf.org/external/pubs/ft/gfs/manual/index.htm>.

<sup>656</sup> O Sistema Europeu de Contas está harmonizado com o Sistema de Contas Nacionais da ONU. Verificar em <http://www.europa.eu.int/comm/eurostat/>.

quien el gobierno está actuando, en el sentido de haber identificación, en género y grado, de los responsables por la acción gubernamental. Para tanto, debe ser publicado un organigrama institucional que presente de manera clara la estructura del gobierno y las demás entidades del sector público, con el indicativo de las funciones que ejecutan.

En ese aspecto de la definición clara de funciones y responsabilidades, el Código de Buenas Prácticas en Transparencia Fiscal del IMF trata el principio como “Aclaraciones sobre Papeles y Responsabilidades”, dándole dos enfoques procedimentales, explicitando su operacionalidad:

1. El sector gubernamental debía ser distinguido claramente del resto de la economía y los papeles de las políticas y de la gerencia en el gobierno deberían ser bien definidos.

a) El límite entre el sector gubernamental y lo demás de la economía debía ser claramente definido y extensamente comprendido. El sector gubernamental debía corresponder al gobierno general, en el cual incluye el gobierno central y los más bajos niveles del gobierno, incluso operaciones extrapresupuestarias.

b) El involucramiento gubernamental en el resto de la economía (por ejemplo, a través de reglamento y propiedad de patrimonio líquido) debía ser administrado de una manera abierta y pública en la base de reglas claras y procedimientos que son aplicados de una manera no discriminatoria.

c) La distribución de las responsabilidades entre los diferentes niveles de gobierno, y entre la filial directiva, la filial legislativa y la filial judicial deberían ser claramente definidas.

d) Los mecanismos claros para la coordinación y [la](#) administración de actividades presupuestarias y extrapresupuestarias deberían ser establecidos y con arreglos bien definidos comparados con los de otras entidades gubernamentales (por ejemplo, el banco central, el estado-controlado financiero y las iniciativas no financieras) deberían ser especificados.

2. Debía ser una estructura legal y administrativa y clara para la administración fiscal.

a) La administración fiscal debía ser gobernada por leyes abarcales y reglas administrativas aplicadas a las actividades presupuestarias y extrapresupuestarias. Cualquier compromiso o dispendio de capitales gubernamentales debía tener una autoridad legal.

b) Impuestos, deberes, tasas y encargos deberían tener una base legal explícita. Leyes fiscales y reglamentos deberían ser fácilmente accesibles y comprensibles, y criterios claros deberían guiar cualquier discreción administrativa en la aplicación de ellos.

c) Padrones éticos de comportamiento para funcionarios públicos deberían ser claros y bien publicados.

## **2 – Principio del acceso público a la información estatal**

Tratándose de transparencia, obviamente que una de las características más importantes y marcantes es la relativa a disponibilidad de las informaciones gubernamentales al público en general. De nada adelanta el Poder Público elaborar documentos informativos sobre toda su actuación, produciendo informes sobre la política fiscal y su ejecución, si no efectúa su disponibilidad pública. Por tanto, comprometerse con el suministro de informaciones abarcales sobre toda el actividad fiscal y con su publicidad es principio de transparencia que debe ser plenamente observado por los gobernantes.

De esa forma, el público debe ser plenamente enterado sobre todas las actividades fiscales pasadas, presentes y futuras del gobierno. El suministro de tales informaciones debe estar disponible por medio electrónico, publicadas y data su publicidad por otros medios. Las formas de publicación y publicidad no son optativas, sino conjuntivas. No debe ser escogido apenas un medio para ser procedida a la publicación y la publicidad, ésta debe ser abarcalte, con utilización de todas las formas de publicidad, en el sentido de que haya una plena divulgación de los actos gubernamentales.

Para haber información adecuada de la actividad financiera y fiscal, la documentación presupuestaria, las cuentas definitivas y otros informes fiscales dirigidos al ciudadano debe abarcar todas las actividades

presupuestarias y extra-presupuestarias del gobierno, especialmente en cuanto la: cobertura del presupuesto anual; resultados y previsiones; pasivos eventuales, renunciaciones fiscales y actividades parafiscales; deuda y activos financieros; posición consolidada del gobierno general – Unión, Estados y Municipios.

Estas informaciones deben ser prestadas por medio de Informes Presupuestarios periódicos, que pueden ser mensuales, bimensuales o trimestrales, conteniendo los resultados presupuestarios de las cuentas del gobierno, incluyendo la situación de la deuda. Esos informes demuestran el comportamiento relativo a la recaudación del ingreso y a la realización del gasto, en cuanto al equilibrio presupuestario, alcance de las metas fiscales y cumplimiento de límites eventualmente fijados, incluso los destinados a la deuda.

Del mismo modo, debe ser dada divulgación al presupuesto anual y a sus documentos comprobatorios, al informe anual de las cuentas de dotaciones presupuestarias, informes financieros, balances anuales y de la prestación de cuentas anual.

La divulgación de estos documentos comprobatorios de la ejecución presupuestaria posibilita que sea efectuada una evaluación del desempeño reciente en comparación al presupuesto, en el sentido de ser verificada la existencia de riesgos significativos de previsión, de política o macroeconómicos, para una comparación sobre el realismo del presupuesto presentado.

De esa forma, el principio del acceso público a las informaciones fiscales es intrínseco a la transparencia, no pudiendo dejar de ser adoptado porque sin acceso público a las informaciones del gobierno, no hay transparencia de los actos gubernamentales.

Por su vez, el Código de Buenas Prácticas en Transparencia Fiscal del IMF se refiere a este principio como “Disponibilidad Pública de la Información”, enfocando lo tema en dos aspectos, así dimensionado:

1. Al público deberían ser proporcionadas informaciones completas sobre la actividad fiscal del gobierno de la pasado, del presente y la proyectada.



a) El presupuesto anual debía cubrir todas las operaciones del gobierno central en detalles y también debía proveer información sobre las operaciones extrapresupuestaria del gobierno central. Además, información suficiente debía ser proporcionada sobre la receta y dispendio de los más bajos niveles del gobierno para permitir una posición financiera consolidada para el gobierno general a ser presentado.

b) Información comparable la aquélla en el presupuesto anual debía ser proveída para la inspección de los dos años fiscales precedentes, junto con las previsiones de presupuestos claves agregados durante los dos años que siguen el presupuesto.

c) Declaraciones deberían ser publicadas con el presupuesto anual dando una descripción de la naturaleza y a significación fiscal de las obligaciones contingentes, de los dispendios de impuestos y actividades casi fiscales.

d) El gobierno central debía publicar regularmente información sobre el nivel y composición de su deuda y de activos financieros.

2. Un compromiso público debía ser hecho con la publicación oportuna de la información fiscal.

a) Compromisos específicos deberían ser hechos con la publicación de información fiscal (por ejemplo, en una ley de presupuesto).

b) Calendarios con fechas anticipadas de lanzamiento para el informe fiscal al público deberían ser anunciados.

### **3 – Principio del acceso a los procedimientos de elaboración, ejecución y prestación de cuentas del presupuesto**

El presupuesto anual es invariablemente, casi sin excepción, el principal instrumento de ejecución de la política fiscal. Por eso, todas las etapas del proceso presupuestario, juntamente con las informaciones contenidas en el propio presupuesto y en la documentación que lo acompaña son de vital importancia para la transparencia fiscal.

Así, el plan de gobierno, la preparación del presupuesto, donde se incluye el establecimiento de las prioridades y la propuesta de ley presupuestaria, debe inmediatamente tener disponibilidad a la población, mediante el suministro de informaciones sobre todo el proceso presupuestario, incluyendo la forma de participación popular.

Pues, en los tiempos modernos, el presupuesto público se transformó en el principal instrumento de ejercicio del poder, pudiéndose decir, incluso, que se trata del principal instrumento de ejercicio del poder, de un poder intervencionista, en la medida que el presupuesto público efectúa una verdadera intervención en la vida de cada ciudadano, posibilitando o no la prestación de un servicio o la realización o no de una inversión – es a través del presupuesto que el Poder Público dice se va a colocar una bombilla en el último poste de la última calle de la última villa de la periferia o se va a construir una usina hidroeléctrica; o se va a calzar una calle; o se van a prestar servicios de salud, seguridad y educación – hecho que lo revela como un instrumento poderoso en las manos de los gobernantes, por esto mismo, viniendo a estar, necesariamente, bajo un control rígido, no solo del Parlamento y de los Tribunales de Cuentas, pero también de todos los ciudadanos.

Se destaque todavía que, la eficacia del presupuesto depende de su reglamentación en ley específica y en la legislación complementaria, debiendo, en ese aspecto, ser dada amplia divulgación de la normatización legal reguladora de los presupuestos, en el sentido de dar conocimiento a la población de los vínculos de legalidad a que están sujetos los gobernantes en la conducción de la gestión fiscal.

Siendo así, es de vital importancia la transparencia de todos los actos que constituyen el proceso presupuestario, con divulgación de informaciones desde la situación pre-presupuestaria, pese al plan de gobierno y a las prioridades que deben ser establecidas, bien como sobre el contenido general de los presupuestos (previsiones económicas, renuncia fiscal, pasivo y activo financieros, activos no financieros, obligaciones de seguridad social, pasivos eventuales, etc.), de la ejecución presupuestaria, del informe anual y de su prestación de cuentas, en el sentido de que el ciudadano pueda ejercer el control social sobre los actos de preparación presupuestaria, con acompañamiento de la ejecución presupuestaria y proceda la evaluación de los resultados alcanzados por la gestión fiscal del gobernante.

Con Referencia a este principio, el Código de Buenas Prácticas en Transparencia Fiscal del IMF lo denomina de “Preparación de presupuesto abierto, Ejecución e Informe”, dividiéndolo en cuatro momentos de aplicación:

1. La documentación del presupuesto debía especificar objetivos de política fiscal, la estructura macroeconómica, la base de política para el presupuesto y principales riesgos fiscales identificables.

a) Una declaración de los objetivos de política fiscales y una tasación de política fiscal sostenible debía proveer la estructura para el presupuesto anual.

b) Cualesquiera reglas fiscales que fueron adoptadas (por ejemplo, una exigencia de un presupuesto equilibrado y los límites de empréstito para niveles más bajos de los gobiernos) deberían ser especificadas claramente.

c) El presupuesto anual debía ser presentado dentro de una estructura macroeconómica cuantitativa amplia y consistente y las suposiciones económicas y parámetros llave (por ejemplo, alícuotas efectivas de impuesto) abordando las estimativas de presupuestos subyacentes.

d) Los compromisos existentes deberían ser distinguidos de noticias políticas incluidas en el presupuesto anual.

e) Los riesgos principales al presupuesto anual deberían ser cuantificados, donde sea posible, incluso variaciones en suposiciones económicas y los costes inciertos de compromisos de gasto específicos (por ejemplo, reestructuración financiera).

2. Estimativas de presupuesto deberían ser clasificadas y presentadas de una manera que facilite el análisis de la política y promueva la responsabilidad.

a) Las transacciones gubernamentales deberían estar en una base bruta, renta distinguiendo la receta, dispendio y financiación, y la clasificación de dispendios en una base económica y funcional. Además disto, el dispendio debía ser clasificado a través de la categoría administrativa. Las

fechas de operaciones deberían ser clasificadas. La fecha del presupuesto debe ser presentada de una manera que permita comparaciones internacionales.

b) Una declaración de objetivos a ser alcanzados a través de los grandes programas del presupuesto (por ejemplo: la mejoría en los indicadores sociales relevantes) debía ser proveída.

c) El equilibrio global del gobierno general debía ser un indicador de la sumaria calidad de la posición financiera del gobierno. Debía ser completado a través de otros indicadores fiscales (por ejemplo, balance operacional, balance estructural y balance primario) cuando las circunstancias económicas lo hacen impropios para basar juicios sobre la posición de la política fiscal en el déficit global.

d) El presupuesto anual y las cuentas finales deberían incluir una declaración en una base contable (por ejemplo, dinero vivo o provisión contable) y las padrones usadas en la preparación y la presentación de datos del presupuesto.

3. Procedimientos para la ejecución y acompañamiento de gastos aprobados deberían ser claramente especificados.

a) Un sistema de contabilidad amplia e integrado debía ser establecido. Debía abastecer una base fidedigna para evaluar atrasos de pagos.

b) Los procedimientos para obtención de empleo ser estandarizados y accesibles a todas las partes interesadas.

c) La ejecución del presupuesto debía ser examinada internamente y los procedimientos de auditoría deberían ser abiertos a la revisión.

4. Informaciones fiscales deberían ser oportunas, amplias, fidedignas y capaces de identificar divergencias del presupuesto.

a) Durante el año, debía haber informes regulares y oportunas del presupuesto e inspecciones extrapresupuestaria que deberían ser comparadas con estimativas originales. En la ausencia de información detallada en niveles más bajos del gobierno, indicadores disponibles de sus posiciones financieras (por ejemplo, empréstitos bancarios y emisión de títulos

de la deuda) deberían ser proveídos.

b) Las cuentas finales oportunas, amplias y auditadas oriundas de operaciones presupuestarias deberían ser presentadas a la legislatura.

c) Los resultados alcanzados relativos a los objetivos de grandes programas presupuestarios deberían ser reportados a la legislatura.

#### **4 – Principio de las garantías de integridad de las informaciones fiscales**

Otro principio, que debe nortear los actos de gestión fiscal para que haya transparencia, es el relativo a la garantía de integridad de las informaciones fiscales.

Debe haber garantías específicas en cuanto a la calidad de las informaciones fiscales, con indicación de que los datos de los informes fiscales son internamente coherentes y se fueron conciliados con informaciones relevantes advenidas de otras fuentes. Las cuentas definitivas deben ser enteramente conciliadas con las dotaciones presupuestarias y todas ellas deben ser conciliadas con los informes fiscales elaborados. La variación en el saldo de la deuda (y activos financieros) debe ser conciliado con el saldo presupuestario presentado. Debe haber un documento de referencia conteniendo un análisis de la diferencia entre las previsiones presupuestarias de los principales agregados macroeconómicos y fiscales y los resultados de los últimos años. Debe haber una rigurosa conciliación de los datos fiscales y monetarios, y caso los procesos de conciliación se muestren débiles, esto debe ser llevado a público.

Por tanto, para que haya transparencia, hay necesidad de que las informaciones efectuadas por los gobernantes posean una representación de integridad, de cuya calidad informativa resulte confiabilidad de certeza y corrección de los datos divulgados, con indicativo, incluso, del régimen contable adoptado.

El Código de Buenas Prácticas en Transparencia fiscal del IMF, en lo que tañe la garantía de integridad de las informaciones fiscales, establece como principio a la “Integridad de Seguridad Independiente”, fijando cuatro aspectos de procedimiento:

a) La integridad de la información fiscal debía ser sujeta al público y a un escrutinio independiente.

b) Un cuerpo de auditoría nacional, u organización equivalente, debía ser designado por la legislatura, con la responsabilidad de proveer informes oportunos para la legislatura y para el público en la integridad financiera de las cuentas del gobierno.

c) Las previsiones macroeconómicas (incluyendo suposiciones subyacentes) deberían estar disponibles para el escrutinio por peritos independientes.

d) La integridad de las estadísticas fiscales debe ser aumentada proporcionando a la oficina de estadísticas nacionales una independencia institucional.

### **III – Estructura normativa legal y el control de la responsabilidad presupuestaria y fiscal**

Como está siendo demostrado en el curso de la presente tesis, alterando el Estado, alteró la Administración, implantándose una Nueva Administración Pública, de contenido transparente, abierta la participación de los ciudadanos, lleva también, invariablemente, la realización de una reforma presupuestaria y fiscal, en el sentido de ser dado a las finanzas públicas una gerencia con responsabilidad y adecuada a las exigencias de los nuevos tiempos.

En ese contexto, en faz de la implantación de la nueva Administración Pública, pasó a ser indispensable a la adopción del criterio de la transparencia y de la participación popular también en lo que respeta la materia fiscal y presupuestaria, puesto que habrá, indiscutiblemente, la posibilidad de mejor ser identificadas a las necesidades públicas, en el sentido de ser implantadas políticas públicas correspondientes a esas necesidades, con la posibilidad del ejercicio del control social.

Así, en consecuencia de las reformas realizadas, se impone una verificación de la estructura normativa que viene siendo adoptada para el

establecimiento de la responsabilidad presupuestaria y fiscal. Por esto, de manera ejemplificativa, serán analizadas las estructuras normativas establecidas para esa responsabilidad en Brasil y en España.

La estructura normativa y reguladora de la responsabilidad presupuestaria y fiscal, en el ámbito brasileño, está contenida en la Ley Complementaria n° 101/2000, que es un verdadero código de procedimientos fiscales administrativos, teniendo como premisa el establecimiento de principios norteadores para una gestión fiscal responsable, en que son fijados límites para el endeudamiento público y para expansión de gastos continuados, con la institución de mecanismos previos y necesarios para asegurar el cumplimiento de metas fiscales, con la finalidad de ser alcanzado el equilibrio entre ingreso y gasto.

Buscándose la debida comprensión del texto de la Ley Complementaria n° 101/2000, se puede decir que su filosofía regladora se encuentra expresamente sintetizada en el § 1° de su art. 1°, con la siguiente redacción: *“la responsabilidad en la gestión fiscal presupone a acción planeada y transparente, en que se precaven riesgos y corrigen desvíos capaces de afectar el equilibrio de las cuentas públicas, mediante el cumplimiento de metas de resultados entre ingresos y gastos y la obediencia a límites y condiciones en lo que tañe la renuncia de receta, generación de gastos con personal, de la seguridad social y otras, deudas afirmada y mobiliaria, operaciones de crédito, incluso por anticipación de receta, concesión de garantía e inscripción en restos impagado”*.

Esta filosofía regladora de la responsabilidad fiscal comanda todo el estructura normativa de la ley Complementaria n° 101/2000, que, básicamente, está asentada en cuatro pilares de sustentación: **planificación, transparencia, control y sanción**<sup>657</sup>.

Como la ley es un verdadero código de conducta fiscal, es evidente que toda su reglamentación posee relevancia, envolviendo aspectos innovadores para la receta pública y fijación de límites para el endeudamiento y para los gastos de personal, incluyendo reglas limitadoras a la acción del administrador en determinados períodos – como no poder realizar gastos, en final de mandato, que no puedan ser pagado adentro del propio período de

---

<sup>657</sup> MILESKI, Helio Saul, “O controle da Gestão Pública”, *op. cit.* pág. 65.

mandato –, pero que dependen, fundamentalmente, de los cuatro pilares de sustentación referidos.

La exigencia de **planificación** como presupuesto indispensable para la responsabilidad fiscal, busca establecer y recobrar la capacidad de planificación del Estado brasileño, en el sentido de rescatar la confiabilidad del Poder público. se trata de un objetivo de aspecto estratégico, envolviendo una función gerencial – **planificación** –, en la cual está inserto el sistema presupuestario, con la exigencia de un **Plan Plurianual**, conforme lo cual serán planteadas **directrices presupuestarias** que orientarán la estructuración del **presupuesto anual** (artículos 3º, 4º y 5º 10º, de la Ley Complementaria nº 101/2000).

Así, la planificación exigible por la Ley Complementaria nº 101/2000 dirige a acción gubernamental para una adecuada utilización de los recursos financieros, en la medida en la que posibilita el establecimiento de políticas, acciones y medios para el servicio de las necesidades del ciudadano, de conformidad con un sistema de elaboración que busca asegura la realización del planeado y del presupuesto, creando un nexo de ligazón entre la planificación, el presupuesto, la programación financiera y el flujo de caja, con fijación de normas para procederse al acompañamiento y a la evaluación de la ejecución presupuestaria, con mecanismos de ajustes para la corrección de desvíos constatados en la ejecución del presupuesto con relación a la planificación<sup>658</sup>.

Plantea, aún, la Ley Complementaria nº 101/2000, reglas específicas e innovadoras para la receta y el gasto. En el pertinente a la receta, en faz de la filosofía normativa estar vuelta para el equilibrio entre receta y gasto, teniendo en cuenta una planificación que prevenga riesgos y corrija desvíos capaces de afectar ese equilibrio, es lógico que un de los factores primordiales de esa responsabilidad fiscal esté asentado en la recaudación de la receta.

Justamente por esto, de manera innovadora en el derecho financiero brasileño, la Ley Complementaria nº 101/2000, art. 11, constituye como requisito esencial de la responsabilidad en la gestión fiscal la **institución, la previsión y la efectiva recaudación** de todos los tributos de la competencia constitucional de la entidad federativa.

---

<sup>658</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O controle da Gestão Pública*”, op. cit. pág. 67.



Como medida complementar, los artículos 12 13 de la Ley Complementaria n° 101/2000 fijan criterios técnicos para la previsión de la receta, cuyos procedimientos deberán estar acompañados de demostrativo de su evolución en los últimos tres años, de la proyección para los dos siguientes y de la metodología de cálculo y premisas utilizadas, en el sentido de obstar la subestimación o superestimación de la receta, que son circunstancias nocivas para la planificación, pudiendo llevar al endeudamiento.

Otro aspecto innovador y de relevancia es el relativo a la renuncia de receta. Conforme el reglamento contenido en el art. 14 de la Ley Complementaria n° 101/2000, la concesión o ampliación de incentivo o beneficio de naturaleza tributaria de la cual decurra renuncia de receta se pusieron restritas al cumplimiento obligatorio de las condiciones allí establecidas.

Circunstancia también importante en la planificación exigida por la Ley de responsabilidad fiscal es el gasto público que, a par de todo el reglamentación de naturaleza constitucional y legal, tuvo un capítulo propio dedicado en la Ley Complementaria n° 101/2000, con un reglamento innovador, envolviendo la generación de gastos, los gastos de carácter continuado, los gastos de personal y los gastos con a seguridad social.

En los artículos 16 17 de la Ley Complementaria n° 101/2000 son reguladas la generación de gasto (art. 16) y los gastos de carácter continuado (art. 17). Todo el procedimiento que cree, expanda o perfeccione a acción gubernamental deberá si someter a un análisis previo, conteniendo estimativa del impacto presupuestario-financiero en la planificación en curso, envolviendo no solo el ejercicio en cuestión, pero también los dos subsiguientes (inciso I del art. 16). Esta estimativa, en faz de la expresa exigencia de la ley, deberá estar acompañada de las premisas y de la metodología de cálculo utilizadas en la evaluación del gasto (§ 2° del art. 16). De otra parte, para la creación o aumento del gasto obligatorio de carácter continuado prevista en el § 1°, el acto tendrá de estar acompañado de comprobación de que no afecta las metas de resultados fiscales previstas en el adjunto que acompaña la ley de directrices presupuestarias (§ 1° del art. 4°), con sus efectos financieros, en los períodos, debiendo ser compensados por el aumento permanente de receta o por la reducción permanente del gasto (§ 2° del art. 17).

Buscando evitar el crecimiento desproporcionado de la máquina administrativa, consecuente del elevado índice de empleomanía pública, con el objetivo de bloqueo de las concesiones remuneratorias privilegiadas otorgadas a este mismo cuerpo funcional, en el sentido de que queden recursos financieros en mayor proporción de la receta para ser aplicados en inversiones públicas, la Constitución de 1988, en su art. 169, determinó la fijación de límites para costas con personal activo e inactivo.

En los artículos 18 a 24 de la Ley Complementaria n° 101/2000 es hecha a la regulación de conceptos y límites de los costas con personal. Para el entendimiento de como debe ser comprendido lo que sea gasto total con personal, el art. 18 menciona que es el sumatoria de los costas de la entidad federativa, con activos, inactivos y pensionistas, relativos a mandatos electivos, cargos, funciones o colocaciones, civiles y militares y de miembros de Poder. Por su vez el art. 19 fija los límites que no pueden ser sobrepasados, cuales sean: el gasto total con personal no podrá exceder los porcentuales de la receta corriente líquida a continuación discriminados: Unión: 50%; Estados: 60%; y Municipios 60%, con el art. 20 efectuando el repartición dieses límites al nivel de poder.

El control del gasto total con personal está regulado en los artículos 21 a 23 de la Ley Complementaria n° 101/2000, donde es establecida la nulidad de pleno derecho del acto que provoque aumento del gasto con personal y no atienda a los requisitos allí determinados. En el art. 24 están reguladas los gastos con a seguridad social, siendo determinado que ningún beneficio o servicio relativo a la seguridad social podrá ser creado, aumentado o extendido sin la indicación de la fuente de custeio total, tenémosnos del § 5° del art. 195 de la Constitución, con servicio aún de las exigencias estipuladas en el art. 17 de la Ley Complementaria n° 101/2000.

En el Capítulo VII – De la Deuda y del Endeudamiento, artículos 29 a 42 de la Ley Complementaria n° 101/2000, son establecidas las definiciones básicas sobre la deuda y el endeudamiento; son fijados los límites de la Deuda Pública y de las Operaciones de Crédito; son determinadas las formas de reconducción de la Deuda a los límites determinados en la Ley Complementar; son efectuadas las regulaciones de las operaciones de crédito, teniendo en cuenta su contratación; son establecidas las vedas para la realización de operaciones de crédito, de las operaciones de crédito por anticipación de la receta presupuestaria, de las operaciones con el Banco

Central de Brasil, de la garantía y de la contragarantía, así como de los restos impagado.

Lo según pilar de sustentación de la Ley de Responsabilidad Fiscal es la **transparencia**, a cual está considerada como un de los presupuestos legales fijados para la responsabilidad en la gestión fiscal, siendo una de las principales innovaciones realizadas por la Ley Complementaria n° 101/2000, con producción de importantes consecuencias en la actividad financiera del Estado, que visa a estimular la participación y el control popular sobre los actos del Administrador Público, especialmente los que envuelven la estructuración del sistema presupuestario.

El principio general que asegura la transparencia, el acceso público a la información estatal, está reglamentado en los arts. 48 49 de la Ley Complementaria n° 101/2000, que determina la amplia divulgación, incluso en medios electrónicos de acceso público, para: los planes, los presupuestos y las leyes de directrices presupuestarias; las prestaciones de cuentas y lo respectivo parecer previo; el Informe Resumido de la Ejecución Presupuestaria y el Informe de Gestión Fiscal; y las versiones simplificadas diceses documentos. Debe aún ser incentivada la participación popular y la realización de audiencias públicas, durante los procesos de elaboración y de discusión de los planes, de la ley de directrices presupuestarias y de los presupuestos, con las cuentas presentadas por el Jefe del Poder Ejecutivo, debiendo poner disponibles, durante todo el ejercicio, en el respectivo Poder Legislativo y en el órgano técnico responsable por su elaboración, para consulta y apreciación por los ciudadanos e instituciones de la sociedad.

Posteriormente, en mayo de 2009, fue editada la Ley complementaria n° 131/2009, que amplía las normas de transparencia destinadas a la responsabilidad en la gestión fiscal, determinando que haya disponibilidad, en tiempo real, de informaciones pormenorizadas sobre la ejecución presupuestaria y financiera de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los municipios.

El párrafo único del art. 48 de la Ley de Responsabilidad Fiscal, que ya poseía una buena exigencia de transparencia, con regla compatible a la nueva visión de democracia participativa, determinaba el incentivo la participación popular y la realización de audiencias públicas durante los procesos de elaboración y discusión de los planes, ley de directrices presupuestarias y presupuestos, ahora, con la alteración producida

por la Ley Complementaria n° 131/2009 (art. 1°), es mantenido el incentivo la participación popular, pero presentando dos nuevas exigencias: a) liberación al pleno conocimiento y acompañamiento de la sociedad, en tiempo real, de informaciones pormenorizadas sobre la ejecución presupuestaria y financiera, en medios electrónicos de acceso público; y b) adopción de sistema integrado de administración financiera y control, que atienda la padrón mínima de calidad.

El tercer pilar de sustentación de la Ley de Responsabilidad Fiscal es el **control**, puesto que de nada adelantaría una gestión presupuestaria y fiscal planeada y transparente, si no ha control sobre su regularidad de aplicación.

De esa forma, con el sentido de acompañar y verificar la regularidad de los procedimientos de la gestión fiscal, teniendo en cuenta una planificación elaborada con el servicio del principio de la transparencia, es necesaria la existencia de un sistema de control que verifique y exija el cumplimiento de las normas, límites y obligaciones contenidas en la Ley Complementaria n° 101/2000, a fin de que los actos de gestión fiscal sean realizados con la responsabilidad y servicio al interés público.

Ese control está previsto en la Ley de responsabilidad fiscal y, dando cumplimiento la forma de control especificada constitucionalmente, destina su fiscalización para una dualidad de control – control interno y control externo –, el control interno es constituido por los órganos de control de cada Poder y del Ministerio Público, mientras que el control externo está a cargo del Poder Legislativo, mediante ejecución por el Tribunal de Cuentas (art. 59 de la Ley Complementaria n° 101/2000).

El cuarto y último pilar de sustentación de la Ley Complementaria n° 101/2000 es la **sanción**. Caso no existiese sanción para el incumplimiento de las normas que regulan la gestión fiscal en la llamada Ley de Responsabilidad fiscal, sería inocua la actuación del sistema de control reglamentado en la ley, en la medida en la que ésta acción resultaría sin eficacia, por falta de una penalidad que le de ese sustentación en las determinaciones de ajustes y correcciones de los desvíos apurados.

Así, consonante las reglas de la Ley Complementaria n° 101/2000 y las legislaciones por ella enunciadas, las penalidades fijadas son de dos naturalezas: administrativa y criminal.

Las sanciones administrativas constituyen penalidades de dos tipos: a) suspensión de transferencias voluntarias y b) multa por infracción a las leyes de finanzas públicas.

a) Suspensión de transferencias voluntarias – Los Estados y los Municipios, en el incumplimiento de los dispositivos de la Ley de Responsabilidad Fiscal, específicamente en cuanto al cometimiento de exceso en el límite fijado para los gastos de personal y al incumplimiento de los plazos fijados para la consolidación, nacional y por esfera de gobierno, de las cuentas de las entidades federadas tienen como penalidad administrativa a la suspensión de transferencias voluntarias, exceptuándose aquellas relativas a acciones de educación, salud y asistencia social.

Multa por infracción las leyes de finanzas Públicas – esta penalidad fue instituida por la denominada Ley de Sanciones Fiscales – Ley n° 10.028, de 10.10.2000 – estableciendo en su art. 5° que constituye infracción administrativa contra las leyes de finanzas públicas:

I – dejar de divulgar o de enviar al Poder Legislativo y al Tribunal de Cuentas el informe de gestión fiscal, en los plazos y condiciones establecidos en ley;

II – proponer ley de directrices presupuestarias anual que no contenga las metas fiscales en la forma de la ley;

III – dejar de expedir acto determinando limitación de empeño y movimiento financiera, en los casos y condiciones establecidos en ley;

IV – dejar de ordenar o de promover, en la forma y en los plazos de la ley, la ejecución de medida para la reducción del montante del gasto total con personal que haya excedido el repartición por Poder del límite máximo.

Para la práctica de cualquiera de estos actos que son considerados infracción a las leyes de finanzas públicas, como punición, es prevista una multa del 30% de los vencimientos anuales del agente que le dé causa, con el pago de la multa siendo de su responsabilidad personal (§ 1° del art. 5° de la Ley n° 10.028/2000).

España, por su vez, editó a Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, donde está contenida la estructura normativa y reguladora de la responsabilidad presupuestaria y fiscal, en el ámbito español. La edición de la ley de estabilidad presupuestaria española ocurrió, como menciona su exposición de motivos, en razón del proceso de consolidación fiscal haber sido una de las claves de la política económica que posibilitó el acceso de España en la Unión Económica y Monetaria en 1999, favoreciendo cambio estructural en el comportamiento de la economía, posibilitando la combinación de un elevado ritmo de producción y creación de empleo con estabilidad económica. *“El principal reto de la política económica es mantener y prolongar este ciclo expansivo de larga duración, aprovechando plenamente las oportunidades derivadas de nuestra participación en el proceso de construcción europea, de forma que se gan aumentando las rentas, el empleo y el bienestar de los ciudadanos españoles”*.

De esa forma, el proceso normativo de reformulación de los principios y procedimientos de la política presupuestaria española deberá si ater a los reglamentos de la Ley nº18/2001, incluso orientando la elaboración de una ley general presupuestaria (en ese sentido fue editada a Ley nº47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

La estructura normativa de la ley nº 18/2001, conforme el dispuesto en su art. 1, tiene como objeto y filosofía regladora *“o establecimiento de los principios rectores a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público en orden ala consecución de la estabilidad y crecimiento económicos, en el marco de la Unión Económica y Monetaria, asi como la determinante de los procedimientos necesarios para la aplicación efectiva del principio de estabilidad presupuestaria, de acuerdo con los principios derivados del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, y en virtud de la competencia del Estado respecto de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”*.

De acuerdo con ese objetivo, el Título I, artículos 1 a 6, trata del ámbito de aplicación de la ley y de los principios generales. Después de definir su objeto en el art. 1, el artículo 2 determina lo alcance del sector público a los efectos de la ley, envolviendo en su ámbito subjetivo el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, cualquiera que sea el estatuto jurídico de la organización administrativa, resguardando servicio del

espacio de autonomía y competencia que tienen las Administraciones Territoriales para la configuración de sus entes instrumentales, así como del conjunto de personas jurídicas, públicas y privadas, dependientes de todas ellas.

Los principios generales determinados en la ley nº18/2001 son: el **principio de estabilidad presupuestaria**, definido como equilibrio o *superávit* presupuestario; el **principio de plurianualidad** posee definición de que la elaboración presupuestaria se dará en un escenario plurianual compatible con el principio de la anualidad que rige la aprobación y la ejecución presupuestaria; el **principio de la transparencia** se define en el sentido de que los presupuestos de los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley y sus prestaciones de cuentas deberán contener información suficiente y adecuada para permitir la verificación del cumplimiento del principio de la estabilidad presupuestaria; y el **principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos** es definido en consideración que las políticas de costas públicos deben establecerse teniendo en cuenta la situación económica y el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, ejecutándose mediante una gestión de los recursos públicos orientada por eficacia, eficiencia y calidad.

En el Título II, arts. 7 a 18, regla sobre el equilibrio presupuestario del sector público español. En el Capítulo primero, relativo las *disposiciones comunes*, es determinado que todos los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley son obligados a establecer en sus normas reguladores de materia presupuestaria los instrumentos y procedimientos necesarios para adecuarlas al objetivo de cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, correspondiendo al Gobierno de la Nación española, sin perjuicio de las competencias del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, velar por el cumplimiento del principio de la estabilidad presupuestaria en todo ámbito del sector público español.

Para ser atendido el principio de estabilidad presupuestaria, la ley 18/2001 prevé la elaboración de un informe – informe – sobre el grado de cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria del ejercicio inmediatamente anterior, para ser remitido al Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas.

En los arts. 10 11, de la Ley nº 18/2001, es establecida la

obligatoriedad de verificación del cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, mediante medición que será realizada de acuerdo con las normas del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales. En faz de esa evaluación es fijada la Responsabilidad Financiera derivada del incumplimiento de los compromisos adquiridos por España ante la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria.

Con referencia a la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, en los artículos 12 a 14 de la Ley nº 18/2001, está determinado como carácter previo al proceso de elaboración, la realización de previsión plurianual de las recetas y gastos, fijando, en el proceso de elaboración presupuestaria que hay de culminar con la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado del ejercicio siguiente, como límite máximo anual de gasto financiero en el Presupuesto del Estado. Para mantener una situación de equilibrio presupuestario, cuando de manera excepcional los presupuestos se presenten en situación de déficit, el Gobierno enviará a las Cortes Generales un plan económico-financiero de corrección del desequilibrio, conteniendo la definición de las políticas de recetas y gastos que sea necesario aplicar para corregir dicha situación en los tres ejercicios presupuestarios siguientes (art. 14).

Buscando determinar reglas claras para la gestión presupuestaria, en sus artículos 15 a 17, la Ley nº18/2001, prevé la creación de un Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria, para atender necesidades, de carácter no discrecional y no previstas en el presupuesto inicialmente aprobado, que puedan presentarse a lo largo del ejercicio, incluso en el relativo a los créditos extraordinarios, suplementos de créditos, ampliaciones e incorporaciones de crédito. Com referencia al saldo de liquidación presupuestaria, la ley prevé resolución de los aspectos deficitarios y superavitarios. En situación de déficit, el Gobierno deberá remeter a las Cortes Generales un plan económico-financiero de corrección del déficit; habiendo una posición de superávit, éste será aplicado de dos modos: en la reducción del endeudamiento y en el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, con la finalidad de atender necesidades futuras del sistema.

Como norma específica dirigida a los entes de derecho público español, el art. 18 de la Ley nº 18/2001, establece que las entidades de derecho público, dependientes de la Administración General del Estado, que incurran en pérdidas que afecten el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, se pondrán obligadas a elaborar un informe de gestión –



informe – sobre las causas del desequilibrio y, en ese caso, presentado un plan de saneamiento en medio plazo, con indicación de las medidas correctivas de carácter económico-financiero que deban ser adoptadas por sus organismos directores.

Para reglamentar el equilibrio presupuestario de las Entidades Locales, el Capítulo III, artículos 19 a 25, de la Ley nº18/2001, fija norma para cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, determinando que el Gobierno, por propuesta del Ministerio de la Hacienda, fijará el objetivo de la estabilidad presupuestaria para *las Entidades Locales*, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas.

Suministro de información es otra responsabilidad dirigida las Entidades Locales (art.21 de la Ley nº18/2001), para tanto, el Ministerio de la Hacienda, para los efectos de comprobación del cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, podrá pedir de las Entidades Locales la información que permita la medición del grado de realización del objetivo que la cada una corresponda alcanzar, de acuerdo con las normas del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales.

La corrección de las situaciones de desequilibrio también está prevista para las Entidades Locales, cuando éstas no hayan alcanzado el objetivo de estabilidad presupuestaria (art.22). En ese caso, las Entidades Locales se pondrán obligadas a elaborar en el plazo de tres meses siguientes la aprobación o liquidación del presupuesto en situación de desequilibrio un plan económico-financiero de medio plazo para corrección.

Solamente habrá autorización para las Entidades Locales realicen operaciones de crédito y emisiones de deuda cuando haya cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (art. 23 de la Ley nº 18/2001). Será mantenida por el Ministerio de la Hacienda una central de datos de carácter público que mantenga información sobre las operaciones de crédito, la emisión de deuda, o cualquiera otra *apelación de crédito* o Asunción de riesgos y las cargas financieras de ellas derivadas, contratadas por la Administración General de las Entidades Locales y demás sujetos de ella dependientes.

Las entidades de derecho público dependientes de las Entidades Locales, que incurran en pérdidas que afecten el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, se pondrán obligadas a elaborar un

informe de gestión, dirigido al Pleno de la Corporación, diciendo de las causas del desequilibrio y, en ese caso, presentar un plan de saneamiento en medio plazo, cuando serán indicadas las medidas correctivas de carácter económico-financiero que se deban adoptar por medio de sus órganos directores.

En cumplimiento al determinado por la Ley de Estabilidad Presupuestaria (Ley nº 18/2001) y en su complemento, hubo la edición de la Ley nº 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en el sentido de ser adoptadas normas más modernas, juntamente con nuevas teorías y técnicas presupuestarias, control y contabilidad en el ámbito de la gestión pública, permitiendo la adopción de procedimientos de información y presupuesto, con vista a la obtención de una gestión eficiente, pero sin disminución de las garantías y seguridades que el manejo de los fondos públicos necesariamente exigen.

En esta nueva Ley General Presupuestaria, en el aspecto plurianual de los escenarios presupuestarios, se enmarcan los Presupuestos Generales del Estado y están orientados, igualmente, para la estabilidad presupuestaria. La Ley General Presupuestaria – Ley ° 47/2003 – define los programas plurianuales y el detalle de su contenido (objetivos, medios, actividades, procesos inversionistas e indicadores de evaluación). Éstos programas plurianuales, que deben ser aprobados por el Ministro de cada Departamento, serán remitidos anualmente al Ministerio de la Hacienda para elaboración de los llamados a escenarios presupuestarios plurianuales.

Las políticas de gasto pasan a ser elemento nuclear de las atribuciones de recursos, de la evaluación de la gestión y del alcance de los objetivos. Hay previsión de que las atribuciones presupuestarias a los centros gestores de gasto se efectuen teniendo en cuenta el nivel de cumplimiento de los objetivos en ejercicios anteriores. Otras novedades significativas de la ley se encuentran en la flexibilización de la gestión de los costas en inversión, que pasan del vínculo del nivel de dos dígitos para el nivel de un dígito, y en la ampliación para todo tipo de gasto de la posibilidad es admitida a la posibilidad de ser adquiridos compromisos de gasto de carácter plurianual.

En ese contexto de estructura legislativa de la Ley General Presupuestaria española, en el aspecto de la responsabilidad presupuestaria y fiscal, es de ser resaltado el reglamento contenido en el Título II – Programación Presupuestaria y Objetivo de Estabilidad (artículos 28 a 31), una vez que regula el equilibrio entre receta y gasto determinado por la Ley

General Presupuestaria.

El Título II se dedica a la regulación de los Presupuestos Generales del Estado y comienza fijando, en su Capítulo I, los principios de estabilidad presupuestaria, plurianualidad, transparencia y eficiencia en la destinación y utilización de recursos de la programación presupuestaria, así como las reglas de gestión presupuestaria sometida a un presupuesto anual que se encuadra en el límites de un escenario plurianual.

El Capítulo II (artículos 28 a 31) contiene una regulación innovadora al tratar de la programación presupuestaria y del objetivo de estabilidad. La programación de la actividad del sector público se materializa en los escenarios presupuestarios plurianuales, envolviendo tanto la receta como el gasto, que deben si ajustar al objetivo de estabilidad para los tres ejercicios siguientes y se adecuarán a los Presupuestos Generales del Estado. Establece aún su procedimiento de elaboración, aprobación y de su contenido.

Es regulado en el Capítulo III el procedimiento de elaboración del presupuesto, el trámite de su encaminamiento a las Cortes Generales y contempla el supuesto de prórroga de los Presupuestos Generales del Estado. Caso no se formalice su aprobación adentro de los plazos previstos, regula también la estructura que debe ser adoptada en los presupuestos, tanto en el relativo la ejecución del gasto como en la de la recaudación de la receta.

En el Capítulo IV es reorganizada y sistematizada la normativa relativa a las modificaciones de crédito junto con la atribución de competencias sobre la materia, allende recurrir a la novedad más destacada que es el papel desempeñado por el Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria para hacer frente a las necesidades impostergables de carácter no discrecional y que se aplican determinado tipo de modificaciones, según el procedimiento que dispone la ley.

Otra novedad resulta de la posibilidad de ser recurrido a un capítulo específico de las entidades públicas empresariales, sociedad mercantiles estatales y fundaciones del sector público estatal en materia presupuestaria, como hace la Ley General Presupuestaria, debiendo si concentrar en la necesidad de elaborar sus presupuestos de exportación y capital, la formulación y tramitación de un programa de actuación plurianual, y de las singularidades de las variaciones de sus dotaciones presupuestarias.

Por fin, el último Capítulo del Título II, posee dedicación a la gestión presupuestaria, estableciendo como principio general el cumplimiento de la eficacia en la consecución de un sistema de objetivos que se fijará por medio de la elaboración de los programas plurianuales. Son descritas las sucesivas fases del procedimiento de gestión de los costos públicos, así como la designación de competencias de gestión de costos y ordenación de pagos. Son contemplados también determinados aspectos en materia de gestión presupuestaria como el procedimiento de embargo de derechos de cobranza, las actuaciones con relación a los pagos indebidos y demás reintegros, bien como los mecanismos presupuestarios de anticipaciones de caja fija y de pagos a justificar.

De otra parte, para que, efectivamente, los actos de gestión fiscal se procedan con transparencia, no basta a la existencia de una reglamentación legal, con la satisfacción de principios generales. Para tanto, **se impone el funcionamiento regular del sistema de control**. Así, con el sentido de acompañar y verificar la regularidad de los procedimientos de Gestión Fiscal, teniendo en cuenta una planificación elaborada con el servicio del principio de la transparencia, es necesaria la existencia de un sistema de control que verifique y exija el cumplimiento de las normas, límites y obligaciones contenidas en la Ley Complementaria brasileña n° 101/2000 y en la Ley española 47/2003, a fin de que los actos de gestión fiscal sean realizados con responsabilidad y servicio al interés público, con verificación del que está siendo dada una amplia divulgación a los mismos.

En Brasil, este control está previsto en la Ley de Responsabilidad Fiscal que, consonante la exigencia de transparencia de los actos de gestión fiscal, propicia la realización del control social (art.48 y 49 de la Ley n° 101/2000) y, siguiendo la forma de control estructurada constitucionalmente, destina su fiscalización para los órganos del sistema de control externo que está a cargo del Poder Legislativo, mediante ejecución por el Tribunal de Cuentas y para los órganos de control interno de cada Poder y del Ministerio Público (art. 59).

Como la atribución principal del sistema de control es la fiscalización en cuanto al cumplimiento de las normas de la ley complementaria, especialmente en lo que se refiere al alcance de las metas fijadas en la ley de directrices presupuestarias; a los límites y condiciones para la realización de operaciones de crédito e inscripción en Restos impagado; a las medidas adoptadas para el retorno del gasto total con personal al respectivo límite; a las

providencias tomadas para reconducción de los montantes de las deudas consolidada y mobiliaria a los respectivos límites; a la destinación de recursos logrados con la alienación de activos, teniendo en vista las restricciones constitucionales y las de la Ley Complementaria n° 101/2000; y al cumplimiento del límite de costas totales de los legislativos municipales, cuando haya; con los Tribunales de Cuentas debiendo proceder alerta a los Poderes o órganos referidos en el artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Fiscal cuando constaten la ocurrencia de situación que exceda a los límites legales determinados, bien como de hechos que comprometan los costes o los resultados de los programas o indicios de irregularidades en la gestión presupuestaria, se puede decir que esta forma de reglamentar a acción fiscalizadora caracteriza el control como de acompañamiento, incluso en cuanto al acompañamiento de que esos actos están teniendo a debida divulgación pública.

El control así realizado permite precaver riesgos y corregir desvíos capaces de afectar el equilibrio de las cuentas públicas, en la medida que el acompañamiento de la gestión fiscal de las Administraciones Públicas debe ser realizado bimestral, cuadrimestral o semestral a través de informes y demostrativos parciales, en la forma legal regulada. Al final de cada ejercicio habrá la consolidación de esos informes parciales, resultando en la prestación de cuentas anual de la gestión fiscal.

De esa forma, en esos informes no son apuradas responsabilidades en cuanto a la recaudación de la receta y la ejecución del gasto, sino, son efectuadas comparaciones con los datos allí registrados y los límites establecidos en la Ley Complementaria n° 101/2000, que culmina con la emisión de parecer conclusivo sobre la gestión fiscal, lo cual debe manifestar se hay servicio o no de las reglas fijadas en la Ley de Responsabilidad Fiscal.

Por eso, en la Ley Complementaria n° 101/2000, el ejercicio de la fiscalización por los Tribunales de Cuentas y emisión de lo Parecer Previo no proporciona una decisión propiamente dicha, puesto que se trata de una ley de acompañamiento en el que el órgano de control acompaña la ejecución de la planificación – sistema presupuestario – teniendo en cuenta el alcance de las metas fijadas por la Administración Pública y dice de su conformidad o no con las determinaciones legales.

En ese contexto normativo, aunque existan reglas claras y detalladas para el establecimiento de la transparencia en los actos de gestión fiscal, si no ha penalización ejemplar para el incumplimiento de la ley, probablemente ésta se volverá ineficaz, letra muerta, porque su aplicabilidad, dependiendo exclusivamente de la buena-voluntad del gobernante, quedará inexorablemente dañada y abandonada. Por eso, la estructura normativa que regula la responsabilidad fiscal de los gobernantes estipula varias penalidades, de naturaleza administrativa y criminal, para los violadores de las reglas de la Ley Complementaria n° 101/2000, conforme ya fue examinado en tópico anterior.

Los Estados y Municipios que no encaminen, para consolidación, sus cuentas al Poder Ejecutivo de la Unión, dentro del plazo fijado legalmente, se quedarán, hasta que se regularice la situación, impedidos de recibir transferencias voluntarias y de proceder a contratos de operaciones de crédito, excepto las destinadas a la refinanciación del principal actualizado de la deuda mobiliaria (art.51, § 2o, de la LRF).

Consonante el art. 5o de la Ley n° 10.028, de 19.10.2000, dejar de divulgar o de enviar al Poder legislativo y al Tribunal de Cuentas el Informe de Gestión Fiscal, en los plazos y condiciones establecidos en ley, constituye infracción administrativa contra las leyes de finanzas públicas, punible con multa de un treinta por ciento de los vencimientos anuales del agente que le dé causa, siendo el pago de la multa de su responsabilidad personal. La aplicación de esa penalidad es de la competencia exclusiva del Tribunal de Cuentas.

Por fin, genéricamente, en el sentido de abarcar todo y cualquier tipo de incumplimiento a las normas que regulan la responsabilidad fiscal, donde se incluyen las medidas de transparencia, el art. 73 de la LRF determina que las infracciones a sus dispositivos serán punidas según las normas del Código Penal; de la Ley n° 1.079, de 10 de abril de 1950; del Decreto-Ley n° 201, de febrero de 1967; de la Ley n° 8.429, de 2 de junio de 1992; y demás normas de la legislación pertinente.

De igual modo, en España, también se procede al control de la gestión económico-financiera del sector público estatal, con vista al cumplimiento de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, en el sentido de ser asegurado el cumplimiento del principio de la estabilidad presupuestaria, a fin de que no sea sobrepasado el límite máximo anual de

gasto coherente con el escenario presupuestario plurianual antepasadamente elaborado; sea efectuada la creación de un Fondo de contingencia de ejecución presupuestaria para soporte de necesidades imprevistas; bien como, en caso de déficit presupuestario, sea realizado un plan de corrección de la situación de desequilibrio y, en caso de superávit, sea el saldo destinado a la reducción del endeudamiento.

Para tanto, la Ley española 47/2003, en su artículo 140, 1 2, rige que el control de la gestión económico-financiera se dará consonante la dualidad de control – control externo y control interno -. El control externo, por su condición de supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, está a cargo del Tribunal de Cuentas. La Intervención General de la Administración del Estado ejerce la función de control interno de la gestión económica y financiera del Estado.

La Intervención General de la Administración del Estado realiza el control de la gestión económico-financiera y los objetivos del control que está regulado en la Ley 47/2003, artículo 142, visa: a) verificar el cumplimiento de las normas aplicables a la gestión objeto del control; b) verificar el adecuado registro y contabilización de las operaciones realizadas, su fiel y regular reflejo en las cuentas; c) Evaluar si las actividades y los bienes del control están de acuerdo con los principios de buena gestión financiera y, en especial, los previstos en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria; y d) Verificar el cumplimiento de los objetivos fijados a los centros gestores de los costos en los Presupuestos Generales del Estado.

Este control que debe ser realizado por la Intervención General de la Administración del Estado se efectúa mediante el ejercicio de la función interventora, del control financiero permanente y de la auditoría pública, consonante las reglas determinadas por los artículos 143 a 181, con acompañamiento y evaluación concomitante de los actos de gestión económico-financiera.

La transparencia fiscal y presupuestaria española está regulada en el art. 136, 1 a 5, de la Ley 47/2003 – Ley General Presupuestaria – que determina la publicación mensual en el Boletín Oficial del Estado de informaciones relativas a las operaciones de ejecución presupuestaria y de sus modificaciones, y operaciones de tesorería, y de las demás que sean consideradas de interés general; anualmente, deberá ser publicado en el Boletín Oficial del Estado, un resumen de las principales situaciones y

documentos que componen las cuentas de la Administración General del Estado; las entidades que aplican recursos públicos, sin el deber de que publiquen sus cuentas en el Registro Mercantil, deberán publicar anualmente en el Boletín Oficial del Estado el balance de la situación y de la cuenta de resultado económico y patrimonial, así como de un resumen de las restantes situaciones que constan de las cuentas anuales; la Intervención General de la Administración del Estado podrá determinar la publicación de las informaciones por otros medios que no el Boletín Oficial del Estado, posibilitando el ejercicio del control social sobre los actos de ejecución presupuestaria y de prestación de cuentas de los Administradores públicos.

De otra parte, el deber de prestar cuentas por parte de los gestores públicos ocurre ante el Tribunal de Cuentas Español, por medio de la Intervención General de la Administración del Estado, alcanzando a todas las autoridades y funcionarios públicos indicados como “*cuentadantes*” en el art. 138 de la Ley 47/2003 – Ley General Presupuestaria – y el cumplimiento de ese deber de prestar cuentas, en la forma del art. 139 de la misma ley, los “*cuentadantes*” deben remeter sus cuentas anuales a la Intervención General de la Administración del Estado, acompañadas del Informe de Auditoría correspondiente, dentro de los siete meses siguientes al cierre del ejercicio económico (hasta el final de julio), con la Intervención General de la Administración del Estado debiendo, en el plazo de un mes, remeter al Tribunal de Cuentas la documentación pertinente a la prestación de cuentas encaminada.

La legislación española también establece sanciones por incumplimiento a la Ley General Presupuestaria (art. 176 de la Ley 47/2003), estableciendo que *“las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder”*.

Como complemento, el art. 180 de la Ley 47/2003, al establecer el órgano competente para apuración de esa responsabilidad y el procedimiento adecuado, fija que la responsabilidad será exigida por el Tribunal de Cuentas, mediante procedimiento de recomposición por alcance, en la forma del establecido en su legislación específica (Ley Orgánica



2/1982).

En conclusión, por el estudio hasta aquí efectuado, no queda duda sobre la existencia de un rediseño del Estado contemporáneo, donde está configurado un nuevo formato de naturaleza pluralista, transparente y participativa, haciendo surgir una Nueva Administración Pública, con nuevas concepciones interpretativas de principios administrativos, bien como estableciendo la necesidad de realización de Reforma Presupuestaria y Fiscal, en el sentido de ser alcanzado un equilibrio entre receta y gasto, para implantación de un desarrollo sostenible.

## Capítulo V – El Control de la Administración Pública

La vida en sociedad es de naturaleza conflictiva, por eso, ni siempre pacífica, surgiendo de allí la necesidad de imponerse controles sobre las individualidades y entidades para que la organización social pueda funcionar de manera satisfactoria. Así, la sociedad organizada exige una estructura de control para su propia supervivencia. Como expresa Franco Garelli, mencionado en el Diccionario de Política organizado por Norberto Bobbio Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino, *“por control social se entiende el conjunto de medios de intervención, quiere positivos quiere negativos, accionados por cada sociedad o grupo social a fin de inducir los propios miembros a si conformen a las normas que la caracterizan, de impedir y desalentar los comportamientos contrarios a las mencionadas normas, de restablecer condiciones de conformación, también con relación a un cambio del sistema normativo”*<sup>659</sup>.

De acuerdo con la mayoría de los pensadores sociales desde los fines del siglo XIX, la sociedad solamente sobrevive a los egoísmos individuales y a los conflictos colectivos, en razón del establecimiento del control social. Así, el llamado control social es el control protector de la sociedad en faz de los desmanes de individuos o grupos<sup>660</sup>.

---

<sup>659</sup> DICIONÁRIO DE POLÍTICA, Norberto Bobbio, Nicola Mattucci e Gianfranco Pasquino; tradução de Carmen C. Varriale et al.; Coord. Trad. João Ferreira; Rev. Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 12ª edição, 1999, pág. 283.

<sup>660</sup> PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres, “Controle Judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica razoável”, 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pág. 17. Sobre el control social el autor refiere: *“Por esto que la idea de control y el sistema que la sirve deben tener asiento, necesariamente, en el*

Por tanto, por los motivos arriba expreses, queda demostrada la relevancia del control en todo el ámbito del agrupamiento social, especialmente cuando él ocurre sobre la actuación normativa y material de la Administración Pública. De esa forma, el Control de la Administración Pública se revela como un medio de protección al ciudadano delante del Estado<sup>661</sup>. En esa circunstancia de entendimiento, evidenciáse el carácter constitucional de protección y promoción que alcanza el estatus de derecho fundamental conferido a varios derechos subjetivos que el ciudadano detienen pese a la actividad del Estado, que normalmente están expreses en las constituciones de los Estados Democráticos de Derecho.

Por este motivo, el control está asociado al Poder del Estado y por poder él interferir en los derechos fundamentales del ciudadano, debe tener antipara y compatibilización normativa constitucional para su ejercicio. Este vínculo del control al Poder, lleva a Roberto Dromi a mencionar que el Poder Político, como atributo esencial de la comunidad política, se refiere a la capacidad del Estado, concebida como medio, para conseguir su objetivo: el bien común. Siendo ésta una capacidad cualitativa y moral, imprescindible para mantener el orden, causa formal del Estado<sup>662</sup>.

En continuidad a su raciocinio, Dromi destaca que el orden predica obligatoriamente al poder y al derecho; se expresa en derecho y se organiza en poder. Que poder y derecho son atributos esenciales, propios del orden, exigidos por la esencia del ser estatal; que en su actuación, poder y derecho especifican una organización y un ordenamiento jurídico que explicitan las relaciones fundamentales entre el Estado y el Individuo<sup>663</sup>.

---

*documento político fundante de la organización social, que es la constitución. Y no si diga que el fenómeno se circunscribe a tal o cual orden nacional. El derecho Comunitario, desarrollado desde la experiencia de la comunidad económica europea, después II Grande Guerra (1939-1945), acuñó un orden transnacional o supranacional a que no faltan instrumentos que producen control, tales como un tribunal judicial comunitario, un parlamento europeo y un Tribunal de Cuentas de la comunidad, en el contexto de una Constitución también comunitaria. En América Latina, intentase replicar el modelo con Mercosur”.*

<sup>661</sup> FRANÇA, Phillip Gil, “O Controle da Administração Pública e sua efetividade no Estado Contemporâneo”. Interesse Público, ano 9, nº 43, maio/jun. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pág. 167. Éste es el comentario del autor sobre la temática: “Como efectivo medio de protección del ciudadano faz el Estado, considerando que ése titular (ciudadano) del poder propulsor de la máquina pública – administrada por aquel detenedor de ese Poder (Estado) – siempre estará en la condición de hiposuficiencia frente a lo orden estatal, justificando, así, el vasto rol de instrumentos garantizadores de su desarrollo individual e intersubjetivo”.

<sup>662</sup> DROMI, Roberto, “Modernización del Control Público”. Madrid: Editorial Hispania Libros, 2005, pág.33.

<sup>663</sup> DROMI, Roberto, “Modernización del Control Público”, op. cit., págs. 33/34. Razón por la cual, el autor comenta: “el poder actúa a través del Derecho, imponiendo límites subjetivos a los derechos y a las

De esa forma, no queda duda que el sistema democrático exige que haya una relación equilibrada entre las dos funciones principales del poder, gobierno y control, en el sentido de que la reorganización del gobierno posibilite reintegrarle autoridad, implicando en la reinstalación del control, a fin de tornarlo apto para el resguardo de la libertad<sup>664</sup>. Es por esto que Miguel Sánchez Morón dice que gobierno y administración representan el poder del Estado, debiendo, por tal razón, tienen control<sup>665</sup>.

Con efecto, la evolución de la historia política del occidente, especialmente desde la revolución francesa, con la instalación del Estado Liberal, permite la visión de que la mejor manera de defender la libertad “*es que el derecho sea límite del poder*”, como bien advierte Gonzáles Navarro<sup>666</sup>. Esto en razón de que, como aún destaca el mismo adoctrinador español, la democracia posee dos mandamientos fundamentales: sujeción plena al ordenamiento jurídico y al control, sin exclusiones, de la actuación de todos y de cada un de los titulares del Poder Público.

En ese contexto de evaluación, se verifica que la estructura política del Estado, como un fiel reflejo de la sociedad, está dividida entre los que mandan y los que obedecen, entre gobernantes y gobernados y entre autoridad y libertad, factores que exigen un sistema eficaz de control público,

---

*libertades públicas de los individuos, y límites objetivos, o finalidades públicas, sobre los fines que especifican el bien comun. La autoridad elabora el Derecho, pero a la vez se subordina a él, teniendo siempre como mentor un Derecho anterior, que le impone el reconocimiento de cualidades, libertades o derechos individuales esenciales emanados de la naturaleza humana y que el Derecho positivo no hizo mas que reconocer. En este juego recíproco el ordenamiento jurídico establece ‘los controles del poder’ para salvaguardar su propia vigencia”.*

<sup>664</sup> OYHANARTE, Julio C., “*El Estado como actor en una Sociedad Dinámica*”, en Recopilación de sus Obras. Buenos Aires: La Ley, 2001, pág. 602. El autor refiere todavía que, “*sin perjuicio de la tradicional concepción del poder global dividido en tres funciones concurrentes, ejercidos de manera equilibrada y armónica, hay otra que merece ser distinguida, por cuanto enseña mucho acerca de la dinámica interna del poder. Me refiero a la diferenciación de dos funciones que se condicionan recíprocamente: la función de gobierno y la función de control*”.

<sup>665</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – parte general*”, , cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2008, pág. 98. Por esto, el autor advierte: “*Gobierno y Administración – Gobiernos y Administraciones Públicas – son los Poderes activos por excelencia, según hemos explicado ya; aquellos cuya actuación afecta de manera más directa y cotidiana a la vida de los ciudadanos, los que gestionan la mayor parte de los recursos públicos. No hace falta enfatizar la necesidad de que quedan sometidos a un control efectivo*”.

<sup>666</sup> NAVARRO, Francisco González, “*El control de la actuación del Tribunal de Cuentas*”, en Instituto de Estudios Fiscales, *El Tribunal de Cuentas en España*. Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1982, tomo I, pág. 635 APUD DROMI, Roberto, “*Modernización del Control Público*”, op. cit. pág. 35.

a fin de que pueda ser mantenido un equilibrio razonable y prudente entre esas  
667

Por este motivo, en continuidad a su pensamiento sobre control, Dromi dice que el control tiene por objetivo verificar la legitimidad (razón jurídica) y la oportunidad (razón política) de la forma (procedimiento) y el fin (causa final) de la actuación de la autoridad, como modo de constatar la correspondencia entre antecedente y consecuente, entre la forma prevista y el fin propuesto por el legislador, con la forma ejecutada y la finalidad realizada por el administrador. De allí que antes, durante y después del acto de poder, corresponde su control, con verificación de la legitimidad formal (procesal) y substancial (final), como factor necesario para constatar la correspondencia entre actuación política subjetiva y finalidad política objetiva<sup>668</sup>.

En evaluación sobre la importancia y necesidad de control de la Administración, Bergeron desarrolla la tesis de que el control envuelve cuatro elementos básicos: 1) una situación concreta sobre a cual incidirá el control; 2) una calidad, un “role” que servirá de punto de comparación para controlar; 3) la aproximación de esas dos premisas significa el acto de control propiamente dicho; 4) la razón de ser, el objetivo del control. Junto a esos elementos, otros dos se vuelven necesarios: el agente del control, el controlador; el agente del acto que es objeto del control, el controlado. Así, el ejercicio del control exige la existencia de dos agentes diferenciados, estando un en superioridad funcional, no necesariamente jerárquica, con relación al otro; un agente cuya acción es controlada, otro que realiza el acto de control – y su acto, su papel, su objetivo, su función podrán denominarse “control”<sup>669</sup>.

Por su vez, Gianini refiere que los controles de procedimiento y verificación (que suyo ver, configuran los verdaderos controles) poseen estructura jurídica propia, consecuente del juicio de verificación de la regularidad de la función, con medida consecuente de ese juicio<sup>670</sup>.

Evaluando éstos dos elementos de caracterización del control, especialmente la medida, Gianini refiere que en el el procedimiento de control

---

<sup>667</sup> DROMI, Roberto, op. cit. pág. 35.

<sup>668</sup> DROMI, Roberto, op. cit., pág. 35/36.

<sup>669</sup> BERGERON, “*Fonctionnement de l’État*”, Paris, 2ª ed., 1965, pág. 52, APUD MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, pág. 20.

<sup>670</sup> GIANNINI, Massimo Severo, “*Controllo: Nozioni e Problemi*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1974, vol. IV, pág. 1.278, APUD APUD MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”. op. cit., pág. 20.

autónomo juicio y medida se vinculan estrechamente<sup>671</sup>. Para clarear ésta su visión de control, él ejemplariza con la autoridad que edita un acto propositalmente ilegal con conocimiento de asumir un riesgo, en el sentido jurídico; si la autoridad de control verifica la ilegalidad, adopta medida negativa; puede ocurrir, sin embargo, que no la perciba o que tenga como legal lo que era ilegal; no interesa si la medida sea o no aplicada, pero la posibilidad de ser adoptada para la eliminación de la ilegalidad. El mismo autor, en otra obra más reciente, indica la medida como un de los elementos propios de la actividad de control; es el acto que el controlador adopta (o que propones sea adoptado por otra autoridad), presentándose de múltiples formas: medida tácita, aprobación, visto, anulación, habiendo medidas que no siendo propiamente de control, se vinculan a actos precedentes de control, como por ejemplo, la exoneración de lo titular en un órgano<sup>672</sup>.

Con esos argumentos, Gianini fija todavía que las actividades controladores que abarcan los dos elementos, principalmente la medida, constituyen los controles jurídicos por excelencia, aunque otras especies de control también puedan tener relevancia jurídica.

De acuerdo con esa línea de visión del control, se impone recordar manifestación de Caio Tácito sobre el control de la Administración Pública, de que el control de legalidad no se constituye monopolio de nadie, en la medida que, de él, comparten los varios poderes del Estado<sup>673</sup>.

De ese modo, considerando los fundamentos hasta aquí

---

<sup>671</sup>GIANNINI, Massimo Severo, “*Controllo: Nozioni e Problemi*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1974, vol. IV, pág. 1.279, APUD APUD MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”. Op. cit., pág. 20. Las ponderaciones del jurista italiano son las siguientes: “*en el procedimiento de control autónomo (control típico, control verdadero) juicio y medida se vinculan estrechamente, porque el momento del juicio es determinante de la medida; el juicio de verificación de la regularidad de la función es destinado a la medida, porque ésta es destinada a la eliminación de la función irregular; es ésta la razón por la cual se puede decir que la medida constituye el ‘momento conminatorio’ del control, mismo cuando la medida es positiva*”.

<sup>672</sup> GIANINI, Massimo Severo, “*Istituzioni di Diritto Amministrativo*”, 1981, pág. 48/49, APUD MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, op. cit., pág. 21.

<sup>673</sup> TÁCITO, Caio, “*Direito Administrativo*”. São Paulo: Saraiva, 1975, pág. 136. Éste es el pensamiento del autor: “*El control de legalidad de la administración no es, al final, monopolio o privilegio de nadie. De él comparten los varios poderes del Estado. De él se utiliza cualquiera del pueblo cuando herido en derecho suyo o interés legítimo. La defensa del orden jurídico es, sobretodo, un deber ciudadanía: la mística de la ley y la fidelidad al interés público sano la esencia misma de la sociedad libre y moralizada. El culto a la libertad no si armoniza con la tolerancia del arbitrio o hago señas la violencia. La legalidad no es una simple creación de juristas, dosificada en formulas técnicas y símbolos latinos. Es el propio instinto de conservación de la comunidad. A todos delega, así, el deber elemental de vigilancia, la paz social traducida en la ley y en el derecho*”.

presentados por los adoctrinadores, se puede afirmar que la función de control de lo poder fue estructurada en el Estado moderno, cuando se consolidó como una de las principales características del Estado de Derecho. En el Estado de Derecho la Administración está vinculada al cumplimiento de la ley y al servicio del interés público – servicio a lo principio de la legalidad y a la supremacía del interés público – por eso, para eficacia de esa exigencia, tornáse imperativo el establecimiento de condiciones que verifiquen, constaten e impongan el cumplimiento de la ley para el servicio del interés colectivo, con la finalidad de ser evitado el abuso de poder. A eso se llama a control de la Administración Pública<sup>674</sup>.

Sin embargo, aunque estén perfectamente establecidos los parámetros esenciales para la existencia del control de la Administración Pública, queda aún decirse de su concepto, en el sentido de ser fijada una noción perfecta de su significado y alcance.

De una manera general, hay concordancia con la mayoría de los elementos constitutivos del control del poder y, veía de consecuencia, de la Administración Pública. La función del control es hacer con que la Administración actúe de acuerdo con los principios que le son impuestos por el ordenamiento jurídico, cual sea, está vinculado al derecho y a la ley, constituyéndose en un deber de la Administración, teniendo en vista su objetivo de corrección, no pudiendo ser prescindido ni retardado.

Teniendo en vista todos esos factores esenciales del control, que contiene los elementos conceptuales de su comprensión, los estudiosos del Derecho Público presentan variedades sobre lo tema, aunque la idea central no parezca divergente<sup>675</sup>.

---

<sup>674</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O Controle da Gestão Pública*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 137.

<sup>675</sup> MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, op. cit. pág. 22, presenta la siguiente noción: “*control de la Administración Pública es la verificación de la conformidad de la actuación de esta a un canon, posibilitando al agente controlador la adopción de medida o propuesta en consecuencia del juicio formado*”; Por su vez, Roberto Dromi, por entender qué el control público está arraigado como principio natural en la estructura del poder estatal, en la medida que no debe haber poder sin control, manifiesta: “*El control se impone para asegurar la sujeción del obrar público a reglas y principios de Derecho y buena administración, ya que en él debe imperar inexcusablemente la perspectiva finalista del bien común (causa-fín), a la que debe ajustarse el poder (causa-medio)*”, in “*Modernización Del Control Público*”, op. cit. pág. 36; Para Andrés Fernández Díaz, Consejero del Tribunal de Cuentas Español y Catedrático de la Universidad Complutense, se debe entender el concepto de control identificándolo con fiscalización, en el sentido de dar un papel más relevante en la dimensión temporal. “*En efecto, el término <<control>> carece de sentido si no se interpreta como un proceso inevitablemente dinámico en el que la realimentación permanente constituye pieza clave. En dicho proceso la secuencia a contemplar sería la siguiente: análisis de la gestión pública, diseño de un programa de fiscalización, realización de auditorías y utilización de otras técnicas*

Por tanto, conforme lo hasta aquí demostrado, el control es elemento esencial al Estado de Derecho, teniendo por finalidad asegurar que la Administración no actúe con discrepancia del ordenamiento jurídico. Por esta razón, y teniendo en cuenta los elementos doctrinarios y de constitución del control, me posiciono por el siguiente entendimiento: el control de la Administración Pública es propio de los Estados de Derecho y, sobretodo, democráticos, en el sentido de procederse a la verificación, en cuanto al servicio de los principios y normas constitucionales, en toda el forma de actuación administrativa, a cual debe estar siempre dirigida para la satisfacción del interés público, que refleja factor de protección no solo para los administrados como también para la propia Administración Pública<sup>676</sup>.

## **I – Aspectos de comprensión del control y sus formas**

En el Estado contemporáneo hubo una valorización de los sistemas de control, especialmente en el ámbito público, con una ampliación de las formas de ejercicio del control. se trata de una actividad que envuelve todas las funciones del Estado, estando dirigida para el establecimiento y el mantenimiento de la regularidad y de la legalidad administrativa, que procede a una evaluación en el sentido de evitar errores y distorsiones en la acción estatal, buscando indicar procedimientos de reorientación para los fallos detectados o actuando en la responsabilización de los agentes causadores de esas impropiedades legales que ocasionan perjuicios a la colectividad.

Así, quien administre tiene el deber prestar cuentas de su administración y de responder por sus actos, circunstancias que traen implícita la idea de control. para que se pueda tener una noción exacta y comprensiva del sistema de control, se vuelve necesario examinar su estructura y funcionamiento, qué ciertamente no es fácil, teniendo en cuenta que los muchos tipos de sociedades y culturas orientan la formación de las varias formas de constituir el control.

---

*complementárias, valoración de los resultados, eventuales actuaciones en el ámbito de la jurisdicción contable (enjuiciamiento), efectos concretos sobre la gestión pública, gestión pública modificada, análisis...*, in DÍAS, Andrés Fernández, “Puede hablarse de una economía del control?”. *Revista Española de Controle Externo*, vol. I, nº 1, enero 1999, págs. 35/57.

<sup>676</sup> MILESKI, Helio Saul, “O Controle da Gestão Pública”, op. cit., pág. 138.

En el aspecto relativo a los objetivos de la actividad controladora, en la estera de las indicaciones efectuadas, Luciano Ferraz<sup>677</sup>, embasándose en Fayol, bien consolida los elementos esenciales de la acción de control:

a) La actividad de control tiene como parámetro los programas, los órdenes (normas) y los principios;

b) El control es el elemento de la Administración que concilia todos los elementos precedentes – planificación, organización, comando y coordinación;

c) Objetiva detectar errores y fallos, evitando otras futuras ocurrencias;

d) Dependiendo de la complejidad de la actividad controladora, es necesario valerse de controladores e inspectores especializados;

e) El control debe ser realizado en tiempo hábil y, detectadas los fallos, los responsables deben sufrir las consecuencias;

f) Los responsables por el control deben poseer conocimientos técnicos y exención, en el momento de realizar su actividad.

Ya Roberto Dromi refiere que todo el sistema de control si estructura con base en ciertos elementos esenciales del proceso de fiscalización, y les despega en cuatro elementos: **a) finalidad del control; b) objeto y oportunidad del control; c) modo o procedimiento de control; d) efectos del control**<sup>678</sup>. Aclarando su entendimiento, el autor explicita cada un de los elementos, a saber:

a) **Finalidad del Control (¿para que?).** El fin común que tienen los distintos sistemas y procedimientos de control está orientado para verificar el cumplimiento de las normas de derecho, cuya acción debe ocurrir con respeto a los principios jurídicos, políticos y éticos de la buena administración.

---

<sup>677</sup> FERRAZ, Luciano de Araújo, “*Controle da Administração Pública – Elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*”. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, pág. 73/74.

<sup>678</sup> DROMI, Roberto, “*Modernización del Control Público*”, op. cit., pág. 30/31.



b) **Objeto y oportunidad del control (¿qué y cuándo?).** Los límites jurídicos y políticos fijados por el complejo normativo para ser realizada la fiscalización fijan que actos de gestión pueden ser sometidos al controlador y en que oportunidad, ya que se trata de control de la actividad reglada o discrecional, o aún de las categorías conocidas como legitimidad y oportunidad.

c) **Modo o procedimiento de control (¿cómo?).** Comprende las formas por las cuales se canaliza la actividad de fiscalización que son variadas, tipificadas en función de la distinta actividad del controlado o de la naturaleza del controlador, que debe estar dotado de competencias o facultades suficientes. El procedimiento es a causa formal que habilita la formulación del juicio de valor contenido en el pronunciamiento final del órgano controlador, cual sea, el modo en el que deberá ser hecha la declaración orgánica administrativa del control.

d) **Efectos del control (¿por qué?).** Todo pronunciamiento de control, como al final y substancial de la actividad fiscalizadora, producen diverso efectos. A veces incide concluyentemente en la eficacia del acto (como en el caso de la aprobación, autorización, revocación, anulación, modificación, conversión, etc.); en otras ocasiones afecta la ejecución del acto o al efectuar control de modo provisorio o temporal (por ejemplo: veto y suspensión), asegurando la materialización de la actividad controladora.

Consonante Gualazzi, la función control constituye, en la expresión de Gianini, una función complementar. El Control envuelve una función paralela a la de la administración activa. Como la función consultiva consiste en autotutela apriorística complementar a la administración activa, en los aspectos de legitimidad y legalidad, la función control significa supervisión complementar a la de la administración activa, en los aspectos de legalidad y mérito<sup>679</sup>.

Así, siendo el control una actividad complementar, que tiene la finalidad de evaluar la actuación administrativa, consonante un conjunto de normas y principios, visando a establecer o mantener la regularidad y la legalidad de la Administración, no puede él, independientemente del tipo o naturaleza del control o órgano que lo ejecuta, hacer a veces del administrador, sustituyendo la Administración en su función activa de realizar

---

<sup>679</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, “*Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*”. São Paulo: Rt, 1992, pág. 27.

las tareas de su finalidad. Control no administra. A su es fiscalizar, evaluar, detectar errores y fallos y responsabilizar la Administración, pero jamás tomar su lugar. Control que sustituye la Administración practica abuso de poder, con desvío de finalidad en su actuación controladora<sup>680</sup>.

En el ejercicio de la actividad fiscalizadora son practicadas varias **formas de control de la Administración**. En género, son muchos los criterios existentes para ser clasificadas las modalidades de control, puesto que esto depende del tipo de estado, del tipo de sociedad y su cultura. Por esto, como bien menciona Medauar, de la misma forma que en el ámbito de las ciencias médicas o sociales, el estudioso del Derecho está habituado “*a las varias enumeraciones, clasificaciones o tipologias de los diverso institutos en los varios ramos del conocimiento jurídico*”<sup>681</sup>.

En ese sentido, allende sus características didácticas, las enumeraciones, clasificaciones, formas y tipos posibilitan una comprensión más adecuada del instituto jurídico examinado, abriendo una visión panorámica de su extensión, con una ponderación más apurada de los diverso ángulos que se presenta, incluyendo su propia esencia<sup>682</sup>.

Visando establecer esta panorámica del control, con examen de su extensión en el campo de las formas con que se presenta, incluyendo la producción de análisis de los diverso tipos de su actuación, con la finalidad de abrir la comprensión de su esencia y de sus diverso modelos, verificaremos los varios tipos de clasificación del control, objetivando una ponderación más esmerada sobre toda su conformación.

Bergeron, al detenerse en el examen del control que la Administración realiza sobre sí misma y en el control jurisdiccional, ofrece una clasificación por tipo de control, usando la denominación de “*distintos modales de control*”, donde constan diverso criterios y subcriterios<sup>683</sup>. Aunque el delineamiento de la clasificación efectuada, hay algunas dificultades para la aplicación de algunos tipos en el ámbito de la Administración Pública, por falta de una mayor aclaración de parte del autor. Sin embargo, ésta es la clasificación presentada:

---

<sup>680</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O Controle da Gestão Pública*”, op. cit., pág. 140.

<sup>681</sup> MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, op.cit., pág. 23.

<sup>682</sup> MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, op.cit., pág. 23.

<sup>683</sup> BERGERON, “*Fonctionnement de l’Etat*”, 2ª edição. Paris: 1985, págs. 80 e seguintes. APUD MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, op. cit., págs. 24 a 26.

I – En cuanto al tiempo:

a) Duración:

1. Permanentes, continuados.
2. No permanentes, discontinuos.

b) Momento:

1. a priori, previos, preventivos.
2. a posteriori, consecutivos, represivos.

II – En cuanto a la dirección:

a) En altura:

1. Venido del alto
2. Venido bajero

b) Según la reversibilidad:

1. Reversibles
2. Irreversibles

III – En cuanto a la autoridad:

1. Unitaristas
2. Federalistas
3. Confederalistas

IV – En cuanto a la iniciativa

1. Activos: hay un controlador titulado.
2. Semiactivos: el controlador no puede entrar en acción por iniciativa propia.
3. Pasivos: para ejercerse necesita la intervención de un factor activo, como, por ejemplo, un reglamento.

V – En cuanto a la estructura:

a) De organización:

1. Institucionalizados, formales.
2. No institucionalizados, no formáis.

b) De mediación:

1. Directos, inmediatos.
2. Indirectos, mediatos.

VI – En cuanto al resultado:

1. Propulsivos: ocasionan nuevas acciones

2. Estabilizadores: consolidan resultados adquiridos.

VII – En cuanto a la Presión:

1. Sugerencia y consejo
2. Instrucción y disciplina
3. Comando y ejecución
4. Ingerencia e intervención
5. Anulación y Reforma
6. Gestión y apropiación
7. Sustitución y eliminación

De otra parte, Jorge Silva Censio fija la existencia de la multiplicidad de los procedimientos de control, que obedecen a diverso criterios, pero que son complementarios, sin ser excluyentes<sup>684</sup>. Ésta es su propuesta:

I – En cuanto al objeto:

1. Control sobre las personas: se refiere a la conducta de las personas que desempeñan tareas en la Administración, incidiendo sobre una única manifestación de esa conducta o sobre un conjunto de actos de esa persona.
2. Control sobre la actividad administrativa: abarca la totalidad de la gestión o un hecho determinado realizado por la Administración.

II – También en cuanto al objeto:

1. Control de legalidad
2. Control de oportunidad o conveniencia
3. Control de legalidad y de oportunidad

III – En cuanto al momento en el que el control se ejerce:

---

<sup>684</sup> CENSIO, Jorge Silva, “*El control de la Administración*”, in *Revista de Direito Público*, n° 39/40, jul.-dez./1976, págs. 5 a 19.

1. Control preventivo: antes que se produzca a la actuación del órgano o se edite el acto.
2. Control concomitante o simultáneo.
3. Control a posteriori: cuando encerrada la gestión o editado el acto.

IV – En cuanto a la forma en la que el control se mueve:

1. Control de oficio: el órgano fiscalizador inicia el procedimiento cuando considera conveniente, sin necesidad de pedido alguno.
2. Control a petición de la parte: ocurre cuando una persona debe interponer un recurso, proponer una acción o tomar en iniciativa.
3. control obligatorio: se desencadena, se ejecuta, necesariamente en el momento oportuno, en cumplimiento de las normas aplicables.

V – En cuanto a los órganos que actúan en la función de control:

1. Controles intraorgánicos: acontecen dentro de la organización jurídico-administrativa interna del órgano.
2. Controles interorgánicos: mutuo y recíproco control que tienen los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial en el ejercicio del Poder.
3. Controles extra-orgánicos: ocurren fuera de la relación orgánica, como es el caso de control ejercido por partidos políticos, asociaciones y cuerpo electoral.

Conforme Odete Medauar, tres administrativistas franceses, Braibant, Questiaux y Wiener, efectuaron una clasificación de los siguientes

tipos de control sobre la Administración Pública<sup>685</sup>:

I – En cuanto a los órganos:

1. Controles internos: Administración controlada en el interior, por sí misma.

2. Controles externos:

2.1 Por instituciones de carácter político, ex: partidos, sindicatos, prensa.

2.2 Por instituciones especializadas de carácter esencialmente jurídico y técnico, ex: “Ombudsman”.

II – En cuanto a los procedimientos:

a) Alcance del control:

1. Sobre los agentes
2. sobre los actos de la Administración

b) Tipos:

1. Permanente: ejercido de modo sistemático y exhaustivo.
2. Intermitente: por medio de inspecciones, informes de actividad, o mediante reclamación.

c) Forma de actuación:

1. Por entremeses (“*sur pièces*”): examen de documentos y de procesos (“*dossiers*”).
2. *in loco*: por indagaciones directas junto a los empleados.

d) Cual si opera:

1. De oficio.
2. Por iniciativa del Órgano de Control.
3. Por reclamación de un ciudadano, asociación o autoridad pública.

---

<sup>685</sup> BRAIBANT, Guy; QUESTIAUX, Nicole; WIENER, Celine, “*Lê Controle de l’Administration et la Protection des Citoyens*”. Paris: Ed. Cujas, 1973. APUD MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*” op. cit. pág.28/29.

III – En cuanto a sus funciones:

1. Esencialmente preventivos: visan a impedir la Administración de cometer ilegalidad y errores, de actuar arbitrariamente, de causar daños; ocurren antes de la edición de los actos.
2. Esencialmente correctivos: objetivan censurar los errores cometidos, eliminar o reparar las consecuencias de estos errores; ocurren después de la emisión de los actos.

Gianini, el célebre publicista italiano, tipifica el control en la siguiente forma: “*en cuanto al tiempo: controles preventivos, simultáneos y sucesivos; en cuanto al controlador: controles internos (realizados por órgano interno de la organización) y externos (ejercidos por unidad de otra organización); en cuanto al objeto: controles sobre actos y controles sobre actividades, los últimos con varias subespecies, control de gestión, contable, de resultados; en cuanto al modo: controles formales, realizados mediante procedimiento definido por normas e informales, los otros*”. El autor complementa su raciocinio enunciando lo que llama de figuras de control: supervisión, tutela, controles técnicos, controles contables, controles de gestión, controles de eficiencia y controles inspeccionables<sup>686</sup>.

Roberto Dromi, por su turno, manifiesta que el ejercicio del poder de control por parte del Estado puede ser analizado por distintos ángulos, sin perjuicio de los difusos límites que exhiben tales clasificaciones. Así, considerando esas peculiaridades del sistema de control, presenta las siguientes categorías de control de la función administrativa<sup>687</sup>:

a) **Por la actividad:** Aquí se habla de control administrativo, jurisdiccional y administrativo. Esta tipología de control atiende a la finalidad o naturaleza de la actividad fiscalizada siguiendo los lineamientos normativos del régimen presidencialista de tripartición funcional de competencias.

b) **Por la oportunidad:** el control puede operarse antes, durante o después de la actuación administrativa fiscalizada. El control es preventivo o anticipado cuando revisa el acto antes de su ejecución, dentro del proceso de formación. Puede ser administrativo (por ejemplo, mediante autorización), judicial (suspensión judicial de la ejecución) o legislativo (como

---

<sup>686</sup> GIANINI, Massimo Severo, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, 1981. APUD MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, op. cit., pág. 29.

<sup>687</sup> DROMI, Roberto, “*Modernización del Control Público*”, op. cit., págs. 40 a 41.

en el caso de la aprobación del presupuesto o la autorización de empréstito).

Los controles concomitantes son generalmente realizados por la propia Administración, por medio del poder jerárquico de la estructura administrativa, o por medio de los empleados destacados por los organismos de control (auditorías internas).

El control represivo o a posteriori se opera en sede administrativa, por vía de los recursos administrativos y por la propia intervención administrativa (autocontrol); en sede judicial por medio de las acciones procesales administrativas y de las demás remedios judiciales; y en sede legislativa por medio de la fiscalización presupuestaria o del juicio por delitos de responsabilidad del Presidente de la República y de los Ministros de Estado.

c) **Por el Objeto:** según el objeto del control, se puede distinguirlo en razón de las “personas” y “actividades”. El primero se refiere a la conducta de las personas que desempeñan tareas en la Administración, pudiendo recaer sobre una sola manifestación de esa conducta o sobre un conjunto de actos. El Control de actividades abarca la generalidad o la totalidad de la gestión de un ente u organismo o bien de un determinado acto realizado por la Administración. Na práctica tal desdoblamiento es más teórico que real y ambos aspectos se revistan conjuntamente.

d) **Por la localización orgánica:** El control es comúnmente denominado “horizontal” o “vertical”, según la localización de los órganos que actúan en la función de control. El control horizontal hace referencia con la relación que guardan los órganos entre sí, en igualdad de situación, mientras que el control vertical es derivado de una vinculación jerárquica, tanto política como administrativa, comprendiendo, entre otros, los fenómenos políticos del federalismo, el regionalismo, la descentralización, a desconcentración y la delegación.

Dentro del control horizontal se distinguen tres modalidades: intraorgánica, interorgánica y extraorgánica. Los controles intraorgánicos son internos en la estructura organizativa; los interorgánicos tienen lugar en razón de las relaciones que se establecen entre los órganos de poder, sujetos a control mutuo y recíproco; y los extraorgánicos se operan fuera de la relación orgánica.



e) **Por la forma de promoción:** El control puede ser promovido de oficio o por instancia de la parte, según surja de la propia iniciativa pública o por petición de tercero interesado, afectado en sus situaciones subjetivas. El control de oficio se opera por medio del autocontrol, por la revocación de oficio, por la avocación, por el control jerárquico; es por esto que el control la instancia de la parte se realiza por medio de la promoción de recursos, reclamaciones o denuncias administrativas.

f) **Por el alcance:** según su alcance, el control puede ser de legitimidad o de oportunidad. La legalidad administrativa está compuesta por razones “políticas” (de oportunidad, conveniencia o mérito) y por razones “jurídicas”. Todo el control público contiene, inseparablemente, aspectos de una e otra. No hay actividad absolutamente “regulada” ni absolutamente “discrecional”, ni tampoco el control es puramente de legitimidad o de oportunidad.

El control de legitimidad se verifica tanto en sede administrativa como en sede judicial, por contener límites regulados directos, indirectos y residuales, además de los límites jurídicos elásticos y técnicos concretos; tanto que el control de oportunidad está exento de la fiscalización judicial, reservándose su mérito a la Administración de modo privativo, por ser realizado sobre una actividad discrecional.

Andrés Fernández Díaz, con una visión de control especificada por su actuación en el Tribunal de Cuentas español, manifiesta que cualquier tipificación debe explicitar y dejar claro cuales son los criterios que son utilizados, puesto que solo de esta forma son evitadas contradicciones o enunciados absurdos, presentando para tanto los siguientes criterios<sup>688</sup>: de la dependencia; temporal y de contenido; de alcance; y de responsabilidad.

a) **Criterio de la dependencia – tipos de control: interno y externo.** En ese caso, se habla de control interno “de la” gestión y control externo “sobre” la gestión, en el primer caso se trata de ayudar los diferentes niveles de decisión a coordinar sus acciones y, en lo según lugar, de llevar a cable verificaciones a posteriori realizadas por un órgano desvinculado del ente fiscalizado y poseedor de las garantías necesarias y suficientes de neutralidad.

---

<sup>688</sup> DÍAZ, Andrés Fernández, “¿Puede hablarse de una economía del control?”, *Revista Española de Control Externo*, Vol I, Enero 1999, n.º 1, págs. 35/ 57.

**b) Criterio temporal y de contenido – tipos de control: preventivo, sucesivo y “consuntivo”.** En ese caso, parece oportuno cruzar el criterio temporal con el criterio de alcance, en el sentido de haber distinción entre el control preventivo y sucesivo de legalidad, por una parte, y control sucesivo sobre la gestión, por otra. El control preventivo y sucesivo de legalidad constituye una valoración referente a la adecuación o conformidad de determinados actos de la Administración Pública con respeto a previsiones o normas de naturaleza legislativa y presupuestaria. El control sucesivo sobre la gestión consiste, por su vez, en la verificación entre lo que efectivamente fue realizado y el previsto por la legislación en materia de objetivos e instrumentos, considerando, por supuesto, el cumplimiento de los principios exigibles en el campo del Derecho. El denominado “*control consuntivo*”, en la visión del autor, constituye una *avis rara*, tanto en el ordenamiento jurídico español como en los principales países de la Unión Europea.

**b) Criterio de alcance – tipos de control: de legalidad, de regularidad y de gestión.** El control de legalidad visa a la adecuación o conformidad de los actos practicados por la Administración Pública con referencia las normas legales y constitucionales, contribuyendo para a mejora de la Administración. El control de regularidad dice respecto a la verificación de la práctica de actos de conformidad con la técnica y la buena administración. El control sobre la gestión envuelve otros tipos de control, en el sentido de comprobar el soporte legal de la Administración, verificándose también la regularidad y llevándose a cable un análisis de los resultados logrados con el auxilio de las técnicas de evaluación e indicadores necesarios.

**c) De responsabilidad – tipos de control: jurisdiccional y no jurisdiccional.** Tomando el grado de responsabilidad exigible por el órgano fiscalizador, los parámetros a considerar son las medidas correctoras que puedan derivarse del análisis de las cuentas y de una fiscalización específica, por una parte, y la difusión, publicidad y conocimiento de los resultados, por otra. El control jurisdiccional supone, por su parte, agotar todas las posibilidades en el ejercicio de las funciones fiscalizadoras de la gestión pública, incluyendo la exigencia de responsabilidad en el grado y en el alcance a que, en cada caso, haya lugar.

Cual si ve, en género, son muchos los criterios existentes para ser clasificadas las modalidades de control. Sin embargo, independientemente de la forma o de la clasificación, existen algunos elementos que constan siempre como referencia en medio doctrinario. En

cuanto al tipo, el control puede ser interno o externo. En cuanto al Órgano que lo ejecuta, puede ser administrativo, legislativo o judicial. En cuanto al momento, el control se efectúa de forma previa, concomitante o a posteriori. En cuanto a su alcance, de legalidad o de mérito.

Teniendo en cuenta los poderes de fiscalización y corrección que el control tiene sobre los órganos de la Administración Pública, conforme su grado de precedencia y amplitud, el mismo es ejercido por medio de varias especies. Así, conforme el control es ejercido – sobre los propios actos; del Legislativo sobre los actos del Ejecutivo; del Judicial sobre los actos de los demás Poderes; de la población sobre los actos del Poder Público en general; sobre los actos de ejecución presupuestaria – él puede ser caracterizado como control administrativo, control legislativo, control judicial, control social o de fiscalización sobre la ejecución presupuestaria.

De esa forma, pasaremos ahora el análisis de cada una de las especies de control, en el sentido de ser alcanzada una comprensión más clara de los objetivos que envuelven la función controladora.

## **1 – El Control Institucional**

**El control institucional** es lo que ocurre dentro de la estructura institucional de la Administración Pública, en el ámbito de los tres Poderes del Estado. Es una especie de control interno, decurriendo del poder jerárquico que la organiza. Es la forma que la Administración posee para verificar la regularidad y la legalidad de sus propios actos, en el sentido de restringir a los principios de la legalidad, de la buena administración y de la supremacía del interés público, en que se incluye, incluso, evaluación envolviendo la conveniencia administrativa del acto practicado.

Cuando alguien asume la condición de agente público, sea como agente político sea como agente administrativo, en el momento del acto en el que toma posesión en su cargo público, para poder ejercer actividades en nombre de la Administración y del Estado, también le es transferida parcela del Poder Público. Juntamente con esa parcela del Poder Público, el agente público asume también derechos y obligaciones, inherentes al cargo público en el cual es investido. Una de las principales obligaciones del agente público está en el deber control que debe ser ejercido de acuerdo con las competencias

de su cargo. El servidor, allende ejercer bien sus funciones – actuar con eficiencia, celo y dedicación –, tiene el deber proceder al control sobre los servicios en los que actúa, bien como sobre los materiales, bienes y equipos puestos su disposición para el ejercicio de sus actividades públicas. Sobre este servidor hay control de la jefatura inmediata, a cual sufre el control de su Supervisor y éste del Director. Éste es el llamado control institucional, que decurre del poder jerárquico, ejercido en faz de las actividades institucionales, teniendo en cuenta sus bienes y equipos, juntamente con las funciones que deben ser crecidas en la órbita funcional de cada agente público.

## 2 – El Ministerio Público

Como todo el institución pública permanente, el Ministerio Público es un organismo del Estado que posee una larga trayectoria de perfeccionamientos. De meros procuradores del rey, función hoy desempeñada por órganos específicos, los miembros del Ministerio Público evolucionaron para la condición de procuradores de la sociedad, pasando a defender los intereses generales de esta<sup>689</sup>, significando decir que también asumió un papel relevante en el control de la Administración Pública, funcionando, en la calidad de control oficial, como factor de eficacia del control social.

Sin embargo, el Ministerio Público, en la actualidad, dependiendo de la organización política, social, cultural y jurídica de cada país, presenta especificidades que varían de acuerdo con este país. Conforme bien demuestra Emerson Garcia, *“en los países que siguen a ‘common law’, de origen anglo-sajón, el reclutamiento puede ser por medio de elección o por contratación directa, y las atribuciones son concentradas en la esfera criminal. Ya en los países de ‘civil law’, de tradición romana, el acceso al cargo suele presuponer la aprobación en concurso público, exigiendo, o no, la frecuencia en escuelas especializadas”*<sup>690</sup>.

En el aspecto de las atribuciones funcionales, ellas tanto pueden ser restringidas a la esfera penal como pueden tener actuaciones de mayor amplitud, como ocurre en Brasil en el referente a la defensa de los intereses

---

<sup>689</sup> GARCIA, Emerson, *“Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico”*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, pág. 10.

<sup>690</sup> GARCIA, Emerson, *“Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico”*, op. cit., pág. 10.

difusos y colectivos. Ésta es más una comprobación de la importancia de la formación política, cultural y social de cada pueblo, para el establecimiento de las atribuciones del Ministerio Público. En ese sentido, según observa Perfecto Andrés Ibáñez, *“dentro do processo, o MP alemão, o português e o italiano têm atribuído – além da função de acusar – a gestão da fase processual de investigação. Ao francês cabe basicamente o exercício da ação penal e a formalização da acusação; e o espanhol, tradicionalmente coincidente com o francês, hoje está experimentando uma lenta mas perceptível evolução para o sistema encarnado por aqueles, cuja incidência prática é reforçada pelo franco desuso em que atualmente se encontra a perseguição ‘ex officio’ por parte do juiz de instrução”*<sup>691</sup>.

**En Brasil**, el Ministerio Público es institución permanente, de carácter nacional, esencial a la función jurisdiccional del Estado, subordinada a los principios de unidad, indivisibilidad e independencia funcional (CF, art. 127). Por ser así, la actuación del Ministerio Público, del mismo modo de lo que ocurre en el Poder Judicial – que tiene su jurisdicción limitada por las reglas de competencia – se da de forma organizada y jerarquizada<sup>692</sup>.

En la forma del establecido en el art. 129 de la Constitución brasileña, son funciones institucionales del Ministerio Público: promover, privativamente, a acción penal pública, en la forma de la ley; celar por el efectivo respeto de los poderes públicos y de los servicios de relevancia pública a los derechos asegurados en esta Constitución, promoviendo las medidas necesarias su garantía; promover el expediente civil y a acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos; promover a acción de inconstitucionalidad o representación para fines de intervención de la Unión y de los Estados, en los casos previstos en la Constitución; defender judicialmente los derechos e intereses de las poblaciones indígenas; expedir notificaciones en los procedimientos administrativos de su capacidad, requisando informaciones y documentos para instruirlos, en la forma de la ley complementaria respectiva; ejercer el control externo de la actividad policial; requisar diligencias de investigación y la instauración de expediente policial; y

---

<sup>691</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *“Por um Ministério público ‘dentro da legalidade’”*, tradução de Eduardo Maia Costa, em Ministério Público II, Democracia. São Paulo: Editora Atlas, 1999, pág. 41. APUD GARCIA, Emerson, op. cit., pág. 11.

<sup>692</sup> ZAVASCKI, Teori Albino, *“Ministério Público e Ação Civil Pública”*. Revista de Informação Legislativa, ano 29, nº 114, abril a junho/1992. Brasília: Senado Federal, págs. 149/156.

ejercer otras funciones que sonle conferidas, desde que compatibles con su finalidad.

Cual si puede ver de las disposiciones constitucionales arriba referidas, el Ministerio Público brasileño tuvo una evolución fantástica: comenzó como defensor del rey, pasó a defensor del Estado, después a defensor de la sociedad, y, hoy, en el forma del perfil planteado en la Constitución de 1988, pasó a ser defensor de una sociedad democrática<sup>693</sup>, de sentido plural, transparente y participativo.

Según se posiciona Hugo Nigro Mazzilli, ciudadanía es atributo político consistente en el conjunto de derechos y deberes participar del gobierno y ser oído, con estrecha ligazón al ejercicio de la democracia, como también todo el conjunto de derechos fundamentales, por esto, cuando la ley concede al Ministerio Público, por medio de las “Promotorias de Justicia” de la Ciudadanía, la prerrogativa de efectuar **la defensa de los derechos constitucionales del ciudadano**<sup>694</sup>.

De esa forma, el Ministerio Público brasileño moderno está encargado no solo de asegurar el acceso la Justicia, como también defender todos los derechos sociales, así como los individuales, si indispensables, ejerciendo una especie de control externo de la Administración Pública, disponiendo, para tanto, de los siguientes instrumentos: a) acción penal pública (para procesar los criminosos); b) expediente civil (para investigar lesión al medio ambiente, consumidor, patrimonio público y social, y otros intereses metaindividuales); c) acción civil pública (a buscar a responsabilización civil de causadores de daños a intereses de la colectividad); d) *ombudsman* (a oír reclamaciones, investigar, hacer audiencias públicas y tomar providencias para que los servicios públicos y de relevancia observen los derechos asegurados en la Constitución)<sup>695</sup>.

---

<sup>693</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, “*Ministério Público e cidadania*”. Revista Jurídica, ano 47 – Outubro de 1999 – nº 264. Sapucaia do Sul: Notadez, pág. 12/14.

<sup>694</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, “*Ministério Público e cidadania*”, *op. cit.*, pág. 12. Consonante este posicionamiento, el autor considera: “Así, se alcanza el derecho de todas las personas, sin distinción, de, entre otros puntos: a) exijan que los Poderes Públicos y los servicios de relevancia Pública respeten los derechos asegurados en la Constitución; b) ver respetadas las reglas constitucionales de legalidad, impersonalidad, publicidad, eficiencia, probidad y razonabilidad en la administración; c) ver defendidos el patrimonio público y social; d) ver combatidas las violaciones a los llamados a derechos humanos, como aquéllos proclamados en la Declaración Universal de los derechos del Hombre (ONU, 1948); e) ver garantizados los derechos individuales, sociales y colectivos, previstos en el art. 5º de la Constitución; f) ver preservados y funcionando los principios democráticos del Estado de Derecho”.

<sup>695</sup> Idem, pág. 13.

Por tanto, mucho más que combatir la criminalidad, consonante el nuevo rol de atribuciones que son destinadas al Ministerio Público, donde se incluye sus tareas de celar por la ciudadanía y el ejercicio del control sobre la Administración Pública, se puede decir que su función, en la actualidad, se vuelve, especialmente, para los siguientes aspectos: a) combate a la criminalidad en general; b) combate a la improbidad administrativa (contrataciones sin concurso, obras sin licitación, alcance de los administradores, corrupción, etc.); c) defensa de las personas en general (medio ambiente, consumidor, contribuyentes, minorías, personas portadoras de deficiencia, de edad, niños y adolescentes, etc.); d) acceso a la justicia (acciones en defensa de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, que tengan expresión social, etc.)<sup>696</sup>.

El Ministerio Público puede actuar de oficio o mediante provocación. Quienquiera puede provocar el Ministerio Público sobre el hecho y su autoría, bien como las circunstancias en las que se dio la ocurrencia. Los miembros de los Tribunales de Cuentas o órganos integrantes del control interno, cuando en autos o documentos del que conocer, verifiquen la existencia de los crímenes definidos en la ley remeterán al Ministerio Público las copias y los documentos necesarios al ofrecimiento de la denuncia.

**El Ministerio Público de España**, por su vez, consonante el establecido en el art. 124 de la Constitución de 1978, posee funciones relevantes en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, según expresa: *“tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”*.

Con organización semejante al sistema francés, *el Ministerio Fiscal de España* es comandado por el Fiscal General del Estado, que es asistido por el Consejo Fiscal, órgano que desempeña función consultiva en el ámbito de la institución. El Fiscal General del Estado, por propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial, será nombrado por el rey de España (art.124.4 CE). El Fiscal General del Estado puede ser libremente dimitido, lo que es factor de comprometimiento de su

---

<sup>696</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *“Ministério Público e cidadania”*, op. cit., pág. 13.

independencia. El Ministerio Público – *el Ministerio Fiscal* – ejerce sus funciones por medio de órganos propios, conforme los principios de unidad de actuación, con estructura jerárquica y con sujeción a los principios de la legalidad e imparcialidad (art. 124.2 CE). Sus miembros, por consecuencia, actúan por delegación, pudiendo haber la sustitución por el superior jerárquico, con una simple comunicación al Consejo Fiscal (art. 23 del Estatuto Orgánico – Ley 50/81, de 30 de diciembre). Comoquiera, la similitud de lo que ocurre en los sistemas francés y portugués, está asegurado el *derecho de resistencia*, posibilitando una exposición fundamentada, con la indicación de la inconveniencia o de la ilegalidad del orden recibido.

De otra parte, en la forma del previsto en el art. 124.3 CE, cabe la Ley Orgánica disponer sobre la organización y el régimen jurídico del Ministerio Público, sin embargo, según determina el art. 127 CE es vedado a los miembros del Ministerio Público la ocupación de otros cargos públicos y la filiación a partidos políticos o a sindicatos. Por su vez, el Estatuto del *Ministerio Fiscal* fue editado por la Ley ° 50/81, de 30 de diciembre, en cuyo art. 2° es dicho de su integración al Poder Judicial, aunque esté dotada de autonomía funcional.

En la esfera del determinado por el art. 124 CE, la Ley 50/81, Estatuto Orgánico, en su art. 3°, fija las varias atribuciones institucionales, como: ajuiciar a acción penal; patrocinar los intereses de los que carezcan de representación legal o de capacidad para actuar; velar por la independencia de los Jueces y Tribunales; actuar en todos los mandados de seguridad; velar por lo respeto de las instituciones y de los derechos fundamentales y libertades públicas; velar por la efectividad de las decisiones judiciales que sean relevantes al interés público y social; actuar en los procesos concernientes a estado civil y en aquéllas en que la ley exija su intervención, etc.

De acuerdo con el art. 12.1 de la Ley n° 50/81, con la redacción determinada por la Ley n° 10/95, de 24 de abril, hubo la institución y el disciplinamiento de las atribuciones de una *Fiscalía Especial* para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción, lo que significa que puede ser efectuado un control sobre la Administración Pública, en lo que se refiere el combate a la corrupción.

Por fin, cual si viera, El Ministerio Público no solo puede como debe ejercer un papel relevante en la defensa de los derechos del



ciudadano y en el control de la Administración Pública, razón por la cual, sin cualquier sombra de duda, se puede decir que el porvenir está le reservando un lugar de destaque funcional en la estructura del Estado del siglo XXI.

### 3 – El Control Judicial

El control judicial de la Administración pública es concebido en el sentido de establecer frenos y contrapesos entre los Poderes del Estado, todos independientes y armónicos entre sí, pero sujetos a controles recíprocos, que solo la Constitución puede crear con fuerza coercitiva. Es lo que Odete Medauar llama de “control jurisdiccional de la Administración”, diciendo que éste si reviste de connotación más amplia que la expresión “control jurisdiccional del acto administrativo”, en la medida que abarca la apreciación jurisdiccional no solamente de los actos administrativos, pero también de los contratos, de las actividades u operaciones materiales y mismo de la omisión o inercia de la Administración<sup>697</sup>.

De ese modo, el control judicial de la Administración, como bien coloca Edgar Guimarães<sup>698</sup>, *“se trata de una garantía constitucional que constituye medio o instrumento de tutela de derecho individual o colectivo, líquido y cierto, lesionado o amenazado de lesión, por acto de autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de sus funciones, sea por ilegalidad, sea por abuso de poder”*.

En la configuración general de los controles que actúan sobre la Administración Pública hasta aquí examinados, el control judicial puede ser identificado como control externo, de ejecución *a posteriori*, de forma represiva o correctiva, con desencadenamiento por provocación y realizado por jueces ungidos de independencia<sup>699</sup>.

Según Jessé Torres Pereira Junior, los control judiciales conforman un subsistema del sistema constitucional, con el siguiente sentido: *“controlar significa, básicamente, el ejercicio de una función política, de un*

---

<sup>697</sup> MEDAUAR, Odete, “Controle da Administração Pública”, op. cit., págs. 159/160.

<sup>698</sup> GUIMARÃES, Edgar, “Controle das Licitações Públicas”. São Paulo: Dialética, 2002, pág. 97.

<sup>699</sup> MEDAUAR, Odete, “Controle da Administração Pública”, op. cit., pág. 160. La autora, sobre el asunto, refiere: *“De regla, los jueces se limitan a los tenemos del pedido que provocó su actuación, citándose las jurisdicciones administrativas de Alemania y de Suecia como ejemplos en los que el juez examina de oficio todas las cuestiones de derecho suscitadas por el caso”*.

*deber jurídico y de una etapa inherente a todo el proceso sistémico de trabajo. Es manifestación de función política porque decurre necesariamente de la Constitución, de la aplicación de los frenos y contrapesos que hace viable la armonía y la independencia entre los poderes, cohibiéndole los eventuales abusos. Es deber jurídico porque predeterminado a la producción de resultados de interés público, que es lo que se espera del funcionamiento de cualquier sistema estatal en favor de las poblaciones. Es también etapa necesaria de un proceso sistémico de trabajo en la medida en la que todo el actuación estatal debe anhelar gestión eficiente eficaz de medios que la sociedad deposita en las manos de los gestores públicos. Es el debido proceso legal aplicado a las relaciones de administración entre el Estado y los ciudadanos”<sup>700</sup>.*

Así, el control judicial ha sido comprendido como lo más importante instrumento de control de la Administración Pública, aunque la existencia de otros medios de control – Ombudsman, Tribunal de Cuentas y Ministerio Público – que puedan complementar el sistema constitucional de control de la Administración Pública. Se trata de un control de esencia democrática y consecuente del Estado de Derecho<sup>701</sup>.

De esa manera, el control judicial, de un modo general, visa conformar la Administración Pública al Estado de Derecho, de acuerdo con la estructura constitucional determinada<sup>702</sup>.

Así, por el control judicial, independientemente de la acción del control social y de los controles públicos: control administrativo, control interno y control externo, todos los actos – decisorios o interlocutorios – practicados en el ámbito de la Administración Pública están adstritos a una revisión judicial, por intermedio de la forma procesal adecuada. Sin embargo, como el Poder Judicial no actúa espontáneamente, puesto que hay la necesidad de ser provocado para la prestación jurisdiccional, esta provocación

---

<sup>700</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, “*Controle Judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*”. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pág. 21.

<sup>701</sup> MORENO, Pedro T. Nevado-Batalla, “*Notas sobre Derecho Administrativo II*”, *op. cit.* pág. 73. Por esto, el autor menciona: “*la existência de un control judicial de la actividad administrativa es, junto a la vigencia del principio de legalidad y la existencia de un sistema de responsabilidad patrimonial, el tercer pilar de la estructura de cualquier Estado que se defina como de Derecho*”.

<sup>702</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo*”, *op. cit.*, pág. 101. Con referencia sobre el asunto, el autor manifiesta: “*En paralelo al sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho, hay que afirmar que la Constitución sujeta toda la actuación administrativa a control judicial, pues ésta es la garantía de aquella vinculación jurídica*”.

puede ocurrir por medio del ciudadano o del Ministerio Público, en el sentido de ser reparadas las alegadas irregularidades que envuelvan ilegalidad, desvío de finalidad o abuso de Poder.

La utilización del control judicial necesita la forma procesal propia a cada situación. Así, aunque sean varias las posibilidades procesales que pueden ser criadas para ser obtenida la corrección judicial de actos practicados por la Administración, es indispensable a la identificación del tipo cierto para cada situación.

### **3.1 – Sistema de doble jurisdicción: contencioso judicial y contencioso administrativo**

Conforme el propio nombre indica, en el sistema de doble jurisdicción, también denominado de dualidad de jurisdicción, el control se organiza en dos sistemas, caracterizándose por la existencia de dos órdenes de jurisdicción: la jurisdicción ordinaria o común y la jurisdicción administrativa, destinada, en principio, a juzgar cuestiones que envuelven la Administración pública<sup>703</sup>.

Según esta orientación, la jurisdicción administrativa o contencioso administrativo tuvo origen en Francia, en razón de una interpretación diferenciada del principio de la separación de los poderes, debida a hechos históricos anteriores a la Revolución Francesa, en cuya época, los Parlamentos, dotados de funciones jurisdiccionales, pasaron a intervenir en la Administración, editando las normas que le aparentaban mejor para acabar con abusos – lo que sería una mezcla de justicia y acción administrativa – y proferiendo censuras a medidas administrativas del monarca, por ocasión del registro de los decretos reales<sup>704</sup>.

Desde entonces fueron editados varios actos con la finalidad de resolver la cuestión de la solución de los litigios administrativos, sin embargo, solamente desde 1872, hubo reconocimiento a la jurisdicción administrativa

---

<sup>703</sup> MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, *op. cit.*, pág. 161. En ese aspecto dice la autora: “*La jurisdicción administrativa o contencioso administrativo forma un conjunto jerárquico de juicios o tribunales administrativos encabezados por un órgano supremo, de regla denominado Consejo de Estado, independiente del tribunal supremo de la jurisdicción ordinaria y cuyas decisiones representan la última instancia*”.

<sup>704</sup> MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, *op. cit.*, pág. 161/162.

francesa independencia para decidir, pasando la fase de la justicia delegada. Por tanto, a contar de esa data (1872) la jurisdicción administrativa francesa dejó de ser subordinada a la Administración, pasando a usufructuar a las mismas seguridades de independencia de la jurisdicción común, caracterizándose como jurisdicción propia<sup>705</sup>.

El sistema de la jurisdicción administrativa se transportó para otros países de Europa, adoptando variaciones y particularidades. En la actualidad, el sistema de contencioso administrativo es adoptado en Francia (creadora del sistema), en Alemania, en Suecia y en Portugal, con una versión que puede ser considerada pura o completa. Italia y Bélgica preferieron adopten el sistema de jurisdicción administrativa incompleta.

Como ocurre en todo tipo de análisis sobre sistemas jurídicos, en el contencioso administrativo también existe el abordaje de los aspectos positivos y de los negativos relativos a la situación. El primero argumento positivo utilizado por la doctrina, dice respeto a la especialización de conocimiento con relación al Derecho Administrativo, al Derecho Público y a los problemas de la Administración. Para afirmación diese dado positivo, los adoctrinadores, sobretodo franceses, invocan la actuación del Consejo de Estado de Francia, que fue el elaborador del núcleo de muchos institutos del Derecho Administrativo, buscando asegurar los derechos de los particulares ante el Poder de la Administración. Otro factor apuntado como relevante y positivo sería la adopción de procedimiento más simple en el ámbito de la jurisdicción administrativa, que la tornaría más rápida que la jurisdicción judicial. Sin embargo, en los días de hoy, la propia doctrina francesa viene apuntando la morosidad del procedimiento como una de las insuficiencias del control Jurisdiccional de la Administración.

El principal aspecto negativo y desfavorable a la jurisdicción administrativa está relacionada a los conflictos de competencia con la jurisdicción ordinaria, una vez que las reglas de repartición de competencias difícilmente se presentan de forma clara e indiscutible, quedándose dependientes de interpretaciones<sup>706</sup>.

---

<sup>705</sup> MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, *op. cit.*, pág. 162.

<sup>706</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Controle da Administração Pública*”, *op. cit.*, pág. 163. En ese sentido, como resalta la autora, “*en Italia, la repartición de competencia entre la jurisdicción común y la jurisdicción administrativa tiene como criterio el derecho subjetivo y el interés legítimo, de tal modo que, los litigios con la Administración relativos a derechos subjetivos son juzgados por la justicia común y las cuestiones referentes a intereses legítimos caben a la justicia Administrativa. Así, la división de competencia entre las*

Por tanto, los conflictos de competencia entre jurisdicción administrativa y jurisdicción ordinaria, necesitan una previa decisión en lo que se refiere a la legitimidad de foro. En Francia, esas cuestiones son resueltas por el Tribunal de Conflictos, órgano compuesto con paridad de miembros de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción administrativa, con el litigio principal quedándose sin solución hasta que se resuelva a la cuestión de competencia, factor que producen retardación en la decisión final, como viene exigiendo los adoctrinadores franceses.

### 3.2 – Sistema de jurisdicción una

Jurisdicción una es el sistema de composición de conflictos de intereses o sistema de composición de lides, mediante un proceso judicial<sup>707</sup>, con el juicio de los litigios en los que la Administración es parte, compitiendo a los juicios y tribunales ordinarios. Aunque en la estructura del Judiciario sean admitidos organismos (Salas) o Juzgados especializados (ex. Juzgado de la hacienda pública), no se tratan de justicia especial, sino organismos de un único orden jurisdiccional<sup>708</sup>.

Éste es el sistema normalmente utilizado por los países anglosajón, algunos europeos como España, y que fue transpuesto para muchos países latinoamericanos, como Brasil y la Argentina. Según advierte Odete Medauar, aunque sea mencionada con frecuencia la inspiración de la Constitución Belga de 1831 en la adopción de la jurisdicción una en los países sudamericanos, en la realidad, el sistema se originó en Inglaterra, en mediado del siglo XVII. En el inicio de ese siglo, la realeza inglesa, posteriormente la unión de los reinos de Inglaterra y Escocia, buscaron aumentar el poder real con la creación de órganos y comisiones para controlar señores y autoridades locales, un dioses órganos, a “*Star Chamber*”, ejercía el control jurisdiccional sobre las autoridades locales, ostentándose en único de los empleados del rey y de cuestiones sobre orden público, actuando con grande arbitrio<sup>709</sup>.

---

*dos jurisdicciones se queda en la dependencia de la diferenciación entre derecho subjetivo e interés legítimo, tema debatido en la doctrina publicista italiana hay cerca de medio siglo, pareciendo eterno”.*

<sup>707</sup> SILVA, José Afonso da, “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, op. cit., pág. 553.

<sup>708</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Controle da Administração*”, op. cit., pág. 163.

<sup>709</sup> MEDAUAR, Odete, “*O Controle da Administração*”, op. cit., pág. 164. Sobre esta evolución histórica, la autora menciona: “*Las luchas del pueblo contra los privilegios de la corona y sus abusos llevaron a la abolición, por el Parlamento, de todas las jurisdicciones reales, que habían actuado como instrumento de opresión, instituyéndose control de tipo jurisdiccional ejercido por la ‘High Court’, mediante a ‘Kings*

El sistema de jurisdicción una creado en Inglaterra pasó para las colonias norte-americanas, con previsión en la Constitución americana de 1737 (art. 111), de allí pasando a tener influencia en los países sudamericanos.

Como factor positivo de la jurisdicción una hay lo argumento de que ésta posee simplicidad y unidad, sin complicadores relativos al conflicto de competencia. En contra-partida, en su aspecto negativo, los tratadistas invocan a no especialización de los jueces, lo que traería dificultades de comprensión de las cuestiones pertinentes a la Administración Pública, allende crear una sobre-carga de trabajo al Poder judicial, en faz de las acciones movidas contra la Administración Pública.

De cualquier modo, al establecerse una relación entre factores positivos y negativos de un u otro tipo de jurisdicción – contencioso administrativo o jurisdicción una – en verdad, la eficacia del control jurisdiccional sobre la administración no depende necesariamente de la unidad o dualidad de jurisdicción. Cualquiera de ellos es perfectamente hábil a ejercer el control de la Administración Pública de manera adecuada y efectiva, basta que sea buscado el medio adecuado para la superación de las dificultades apuntadas para cada caso.

### **3.3 – El sistema de control jurisdiccional en Brasil y en España**

En **Brasil**, durante el período imperial, por influencia francesa, todo indicaba que habría la institución de jurisdicción dupla, de contencioso administrativo. Sin embargo, superada esa fase, por la Constitución de 1891, art. 60, fue adoptado el sistema de jurisdicción una, incorporándose de manera definitiva a la estructura constitucional brasileña, pasando, desde entonces, a ser reiterado en todos los textos constitucionales.

En esa línea de postura constitucional, después del restablecimiento de la democracia en el país, fue promulgada la Constitución de 1988, en que la situación relativa al control judicial de la administración pública permaneció siendo sistema de jurisdicción una, con el Poder Judicial ejerciendo el monopolio de la tutela jurisdiccional, cuya competencia se quedó expresa en el art. 5o, XXXV, de la misma Constitución: “*la ley no excluirá de*

---

*Division*’. En 1701 el ‘Act of Settlement’ confirió estabilidad a los jueces, los despegó del poder real y les dio competencia para juzgar cuestiones comunes y cuestiones administrativas”.

*la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho”.*

Con tal regulación constitucional, no parece haber duda del que existe una garantía de que ninguna lesión o amenaza a derecho, donde se incluye lesiones o amenazas causadas por la Administración Pública, que escapen al control del Judicial. La jurisdicción es monopolio del Poder Judicial<sup>710</sup>. Así, por la norma constitucional se creaba el principio de no ser apartado del control del Poder Judicial, reforzando el instituto del control judicial sobre los actos de la Administración pública.

Es lo que Odete Medauar llama de “*protección judicial como garantía de los derechos reconocidos por el ordenamiento y como garantía contra a amenaza de lesión de derechos*”<sup>711</sup>. Pues, la protección judicial es un de los sustentáculos del Estado de Derecho, que da soporte al principio de la legalidad, por ser éste el conductor de todo el actuación de la Administración Pública.

De esa forma, aunque sin agotar el análisis del precepto constitucional que instituye el control jurisdiccional uno, con involucramiento de la Administración Pública, se puede decir que la norma posee una amplitud de protección, nada pudiendo escapar del control judicial, sea privado sea público.

Otro factor consecuente del principio de la protección judicial, es el de la no exigencia de agotamiento previo de la vía administrativa para que se pueda ingresar en juicio. Quien sufrir lesión a derecho o amenaza de lesión a derecho, practicadas por la Administración, no es obligado a interponer recursos administrativos, primero, para después, decididos éstos, ajuiciar una acción<sup>712</sup>. Puede hacerlo de inmediato al Judicial.

Otra circunstancia relevante es de que la Constitución de 1988 concedió legitimación activa, en las acciones de oposición al poder Público, a la persona física y a la persona jurídica en la defensa de sus derechos. Por este motivo, la protección judicial abarca, allende derechos del propio titular, también derechos colectivos y derechos difusos<sup>713</sup>. La provocación de lo titular

---

<sup>710</sup> SILVA, José Afonso da Silva, “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, *op. cit.*, pág. 554. El autor advierte: “*Ahora solo existe jurisdicción estatal, confiada a ciertos funcionarios, rodeados de ciertas garantías: los magistrados*”.

<sup>711</sup> MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, *op. cit.*, pág. 166.

<sup>712</sup> MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, *op. cit.*, pág. 167.

<sup>713</sup> MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, *op. cit.*, pág. 171.

del derecho lesionado o amenazado de lesión es que rompe con la inercia inherente a la jurisdicción. Inercia aparente, puesto que apenas aguarda la provocación de lo titular del derecho para poderlo constituido (Judiciario) venir a prestar la jurisdicción<sup>714</sup>.

En el examen de las cuestiones relativas al control jurisdiccional de la Administración Pública, una en especial, ha generado controversias. ¿Cuál lo alcance del control? ¿Debe ser un control restringido o un control amplio? En verdad, éste es un problema que ha posibilitado muchas inquietudes científicas, envolviendo materia relativa a la legalidad, mérito y discrecionalidad de la Administración Pública, siendo motivo de mucha discusión. Para su aclaración, necesario primero verificarse el entendimiento sobre esos tres aspectos sujetos al control jurisdiccional: **legalidad** es la conformación de la actividad de la administración a las normas jurídicas que la norlean; **mérito** significa apreciación pertinente a la conveniencia y oportunidad de algún acto o medida adoptada; **discrecionalidad** dice respecto a la posibilidad de elección de una solución de entre dos o más o elección entre actuar y no actuar o elección del momento de actuar”<sup>715</sup>.

Aunque sea en la extensión del control jurisdiccional de la Administración que residen las mayores controversias, en el desarrollo brasileño de la cuestión, se pasó a establecer una medición de la amplitud y profundidad del control. La trilla del camino adoptado toma el rumbo de la plenitud del control, con el fin de someter todos los actos de la Administración al criba del control judicial. Sin embargo, como bien advierte Odete Medauar, la ampliación del control jurisdiccional no puede llevar al administrador a ser sustituido por el juez<sup>716</sup>, su decisión culminará tan sólo con la anulación de actos, el deber de hacer, la abstención de actuar, etc.

Por fin, existen aún dos aspectos pasibles del control jurisdiccional: el control de los motivos y el control de la finalidad. Como ya fue referido por Seabra Fagundes, con acogimiento en decisiones judiciales, el motivo del acto administrativo integra su configuración legal y la verificación de él está incluida en el análisis de la legalidad<sup>717</sup>. De otra parte, como parámetro al ejercicio del poder discrecional hubo la admisión del control del

---

<sup>714</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, “*O Controle Judicial da Administração Pública*”, *op. cit.*, pág. 96.

<sup>715</sup> MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, *op. cit.*, pág. 171.

<sup>716</sup> MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, *op. cit.*, pág. 175.

<sup>717</sup> FAGUNDES, Seabra, “*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*”, 1ª edição, 1941, pág. 118, nota 7. APUD MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, *op. cit.*, pág. 177.



fin del acto practicado por la Administración Pública, con desarrollo de la teoría del desvío de poder, cuando el interés público pasó a ser enfocado como centro de legalidad del acto administrativo y, por esto, pasible del control jurisdiccional<sup>718</sup>.

La estructura judicial del país, para el ejercicio de la función jurisdiccional, está compuesta de la siguiente forma: a) un órgano de cúpula, como guardián de la Constitución y Tribunal de la Federación, que es el **Supremo Tribunal Federal**; b) un órgano de articulación y defensa del derecho objetivo federal, que es el **Superior Tribunal de Justicia**; c) las estructuras y sistemas judiciales federales que son los **Tribunales Regionales Federales y Jueces Federales, Tribunales y Jueces del Trabajo, Tribunales y Jueces Electorales, Tribunales y Jueces Militares**; d) los sistemas judiciales de los Estados, Distrito Federal y Territorios que son los **Tribunales y Jueces de los Estados, de Distrito Federal y de los Territorios**<sup>719</sup>.

Punto muy controvertido, sin embargo ahora ya asentado, fue la creación del **Consejo Nacional de la Magistratura**, llamado de control externo del Poder Judicial. Se trata de un órgano no judicial para el ejercicio de ciertas funciones de control administrativo, disciplinar y de desvíos de conductas de la magistratura, como ocurre en Francia (art.65 de la Constitución); en Portugal (art. 223 de la Constitución) y en España (art. 122 de la CE).

**España**, en su estructura de Estado Social y Democrático de Derecho, en la advertencia realizada por Pedro Nevado-Batalla, como Estado de Derecho y Administración poseen garantía patrimonial, se someten al principio de la legalidad y están bajo tutela judicial<sup>720</sup>. Esta afirmación decurre de la determinación constitucional que somete al control judicial las relaciones jurídicas administrativas, conforme la regla contenida en el art. 24.1 CE: *“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*. Como complemento de esa regla general, el art. 106.1 CE, de manera objetiva, regula: *“los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”*.

<sup>718</sup> MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, op. cit., pág. 178.

<sup>719</sup> SILVA, José Afonso da, “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, op. cit., pág. 556/557.

<sup>720</sup> MORENO, Pedro T. Nevado-Batalla, “*Notas Sobre Derecho Administrativo II*”, op. cit., pág. 73.

De acuerdo con estas normas constitucionales, el control de sistema jurídico es pleno y externo, por el poder judicial del ejercicio de La potestad reglamentaria y de la actuación de la Administración Pública, teniendo en cuenta reglas y principios que informan la vigente norma reguladora del proceso contencioso-administrativo: la Ley nº 29/1988, de 13 de Julio<sup>721</sup>.

En ese aspecto, García de Enterría advierte que se debe considerar el contencioso-administrativo no como un control jurisdiccional, sino que como un autocontrol administrativo, unido al básico principio de la separación entre Administración y justicia, con la prohibición a ésta de obstar las autónomas operaciones administrativas<sup>722</sup>. En su entendimiento, la explicación dogmática del principio de la autotutela proporciona una explicación unitaria, aunque posea rasgos singulares que la separan de los fenómenos de autotutela privada que conoce el ordenamiento<sup>723</sup>.

Así, como bien manifiesta Miguel Sánchez Morón, la Constitución sujeta toda la actuación administrativa al control jurisdiccional, por ser ésta la garantía última de aquella vinculación jurídica, por tanto, fijando en el ámbito español el sistema de jurisdicción una. Que el control judicial de la Administración de ser abordado sobre tres ángulos: a) plenitud de la tutela judicial y especialización jurisdiccional; b) las peculiaridades del control contencioso-administrativo: la denominada autotutela de la administración; y c) control judicial de la administración y tutela judicial efectiva.

**a) Plenitud de la tutela judicial y especialización jurisdiccional.** En ese caso el control jurisdiccional es amplio, habiendo

---

<sup>721</sup> ALFONSO, Luciano Parejo, *“Leciones de Derecho Administrativo”*, 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pág. 555. El autor comenta: *“El contencioso-administrativo es hoy, por de pronto, un proceso de plena jurisdicción que tiene por objeto no tanto la actuación administrativa, cuanto las pretensiones que, sobre la base de derechos e intereses legítimos, deduzcan sus titulares, pues el requisito de la existencia de la decisión o actuación previas es exclusivamente presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativo”*.

<sup>722</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *“Curso de Derecho Administrativo- I, decimocuarta edición*. Navarra: Editorial Arazandi, 2008, pág. 514.

<sup>723</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *“Curso de Derecho Administrativo- I*, op. cit. pág. 517. Nesse sentido, o autor resalta: *“A nuestro juicio, el sistema posicional de la Administración respecto a los Tribunales, que sumariamente hemos descrito al comienzo de este capítulo, debe ser explicado como un sistema de autotutela: la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del status quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial. Es este principio de autotutela el que es capaz de explicar en unidad todo ese complejo sistema posicional”*.

evolucionado para un control abarcante, a lo cual nada escapa<sup>724</sup>. En la estera de esas lecciones de Miguel Sánchez Morón, el control de la actividad administrativa puede ser llevado a cabo por distintos órdenes jurisdiccionales, puesto que dicha actividad está sometida a un u otra rama del Derecho, una vez que tales órdenes jurisdiccionales integran el Poder judicial y ninguna de ellas constituye jurisdicción especial o esté ajena al mismo, la excepción de la jurisdicción militar, por ser ésta de limitado alcance objetivo, de acuerdo con el previsto en el art. 117.5 de la Constitución. En consecuencia, según cada caso, los litigios en los que la Administración sea parte pueden ser juzgados ante la jurisdicción Civil o Social, sin impedir que sus autoridades o agentes puedan ser juzgados por los Tribunales penales, por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo y que la propia Administración pueda ser demandada en esa sede como responsabilidad civil subvencionaría del delito (art. 146.1 LRJPAC)<sup>725</sup>.

Comoquiera, cuando la Administración actúa en relaciones de Derecho Administrativo y cuando ejercita lo poder reglamentar, su control corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 1 LJCA), con raras excepciones (remisión de ciertos asuntos a la Jurisdicción Social o a Juzgados de Vigilancia Penitenciaria)<sup>726</sup>.

El célebre jurista español, aún resalta que la plenitud objetiva del control jurisdiccional incluye los actos de Gobierno y de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, así cuando no si tratar de actos sometidos al Derecho Administrativo sino directa y exclusivamente al Derecho Constitucional (o Internacional), caso en el que se quedará somete a la independencia del alcance de tal control y de la jurisdicción encargada de

---

<sup>724</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo”, op. cit. pág. 101. Sobre plenitud de la tutela judicial, el autor realiza el siguiente comentario: “En virtud de la Constitución no hay zonas exentas de esse control jurisdiccional (...). Dicho control corresponde ante todo a los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial. Éste se rige por el principio de unidad jurisdiccional (art.117.5 CE) y está integrado por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley (art.117.1 CE). Conforme a los precedentes históricos, en nuestro Derecho el controle jurisdiccional de la Administración se ejerce, pues, por órganos judiciales y no administrativos”.

<sup>725</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo”, op. cit., pág. 101.

<sup>726</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo”, op. cit. pág. 102. En ese aspecto, el autor menciona: “En fim, la actividad administrativa también puede ser enjuizada por el Tribunal Constitucional, en los procesos de su competencia (recursos de amparo, conflicto de competencia), así como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (y el Tribunal de primera instancia) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos en que les corresponda conforme a sus normas institutivas (arts. 226 ss. TCE, arts. III-258 ss. Const. Eur. y arts. 19 ss. del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales)”

realizarlo<sup>727</sup>.

**b) Las peculiaridades del control contencioso-administrativo: la denominada autotutela de la Administración.** El control judicial contencioso-administrativo presenta características singulares en sus aspectos esenciales, afectando sus relieves constitucionales. Como poder Público que es y en virtud de su posición institucional, la Administración puede adoptar decisiones vinculantes para los ciudadanos, que éstos están obligados a cumplir desde que se les digan o se les notifiquen o se vuelvan públicas tales decisiones<sup>728</sup>.

En continuidad al desarrollo de su línea de pensamiento, Miguel Sánchez Morón advierte que la Administración, que es por definición un de los sujetos de la relación jurídica administrativa, puede determinar por sí misma y mediante decisiones unilaterales y vinculantes los derechos y obligaciones concretas del ciudadano, naturalmente aplicando las leyes. Quiere decir, solo por su voluntad y en virtud del poder que le confiere la Constitución y las leyes, la Administración crea, modifica o extingue derechos y situaciones jurídicas. No necesita valerse del juez en el ejercicio de una acción declarativa<sup>729</sup>.

En tales circunstancias, hay que se exceptuar que la autotutela administrativa, no debe ser entendida cómo tutela de intereses propios de la Administración, sino que como tutela de los intereses generales a los que la Administración sirve por definición. Es ésta la finalidad, la tutela de los intereses generales, que debe si realizar con eficacia y presteza, explicando y justificando la atribución de la Administración de una posición semejante a

---

<sup>727</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo”, op. cit. pág 102.

<sup>728</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo”, op. cit., pág.102. Por esto, el autor advierte: “De ello deriva que el control judicial es, normalmente, un control ‘a posteriori’. No sólo eso, sino que la mera interposición del recurso judicial no suspende necesariamente (ni por regla general, en la práctica) la eficacia jurídica de la decisión administrativa recurrida, por que la Administración puede exigir su cumplimiento voluntario y, en caso de resistencia, ejercer sus poderes de ejecución forzosa”.

<sup>729</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo”, op. cit. pág. 103. Sobre esta cuestión, el autor comenta: “Tales decisiones unilaterales – normalmente actos administrativos – gozan de una presunción de validez (art.57.1 LRJPAC) y tienen eficacia por sí mismas. Deben ser cumplidas por sus destinatarios, por lo que, en este sentido, tienen la misma fuerza que una sentencia judicial, es decir, la ‘ejecutividad’ (art. 56 LRJPAC). Más aún, si el destinatario de la decisión administrativa no la cumple voluntariamente, la Administración tampoco necesita acudir al Juez para imponer coactivamente sus mandatos, sino que puede proceder por su propios medios a la ‘ejecución forzosa’ en los términos que la Ley permite (arts. 95 ss. LRJPAC). Además, dice la ley (art. 101 LRJPAC), <<no se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido>>”.

sus relaciones con la justicia<sup>730</sup>.

**c) Control judicial de la Administración y tutela judicial efectiva.** El principio de la autotutela no puede alejar el derecho de cualquier persona la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, en faz de protección constitucional existente (art. 24.1 CE), en la medida que este derecho fundamental del ciudadano, también se aplica en aquellos casos de litigio con una decisión de la Administración Pública<sup>731</sup>.

En esa línea de entendimiento, se impone el examen de las normas que regulan y dan aplicación a ese derecho de la tutela judicial en el orden del control judicial contencioso-administrativo.

1 – El derecho la tutela judicial efectiva compuerta arriba de todo lo de acceso al proceso, esto es, la posibilidad de tener acceso en cualquier situación de conflicto al órgano judicial competente y lograr del mismo una decisión fundada en derecho, sobre la pretensión formuladas por las partes. Este derecho comprende tanto el derecho a la primera instancia judicial, como la de utilizar los recursos contra las sentencias y resoluciones judiciales previstos por la legislación vigente.

El derecho a acción no puede ser impedido u obstaculizado mediante la exigencia de requisitos carentes de justificación razonable, aunque no tenga tal carácter de *per sí* las vías extrajudiciales preveías de recursos administrativos (SSTC 4/1988, 32/1991)<sup>732</sup>.

---

<sup>730</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo”, op. cit. pág. 105. En este caso, el autor cita decisión judicial aclaradora de la temática: “De ahí que el Tribunal Constitucional haya declarado la conformidad a la Constitución del llamado principio de autotutela o, más en concreto, de la presunción de legalidad y la ejecutividad inmediata de que gozan los actos y decisiones administrativas (SSTC 22/1984, 115/1987, 238/1992, etc.), vinculándolo al principio de eficacia de la administración (art. 103.1 CE)”.

<sup>731</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo”, op. cit., pág. 105. Sobre esta protección constitucional, el autor refiere: “Por esta razón, a partir de la Constitución, el legislador en unos casos y la jurisprudencia en otros, empezando por la del Tribunal Constitucional, han venido eliminando o restringiendo algunas trabas procesales que en el pasado dificultaban el acceso al proceso, conferían a la Administración privilegios injustificados o limitaban la efitividad de la tutela judicial. Este período tiene su colofón en la aprobación de la vigente LJCA de 1998. No obstante, todavía pueden abordarse ulteriores reformas en la misma dirección”.

<sup>732</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo”, op. cit. pág. 106. Como comenta el autor, “en cualquier caso, los requisitos procesales que pueda establecer el legislador deben ser interpretados en el sentido más favorable para el ejercicio de la acción (principio ‘pro actione’) y en todo caso manera razonable y no formalista (SSTC 11/1982, 118/1987, 199/1988, 98/1992, 259/2000, 3/2001, 160/2001, 71/2002, 164/2002). De hecho, a raíz de la constitución algunos requisitos formales, como la exigencia de previo pago a la Administración de la deuda recurrida (‘solve et repete’), quedaran suprimidos, mientras que se ha ampliado la legitimación para recurrir a cualquier persona física o jurídica que tenga un derecho o un interés legítimo, individual o coletivo afectado por la disposición o acto recurrido (art. 19 LJCA)”.

2 – La tutela judicial efectiva significa el derecho a un proceso público con todas las garantías. Por esto, Sánchez Morón bien advierte que *“este derecho tiene múltiples manifestaciones en el orden contencioso-administrativo. Supone, por un lado, una absoluta prohibición de indefensión y por eso, entre otras cosas, obliga a emplazar o convocar personalmente, para que puedan comparecer en el proceso como partes, a todos aquellos que tengan un interés legítimo y que sean conocidos por la Administración demandada”*<sup>733</sup>.

Las partes en el proceso deben gozar de las mismas posibilidades de defensa – **principio de la igualdad**. La Administración no tiene ningún privilegio procesal, sino que debe igualmente alegar y probar cuanto considere procedente la defensa de la legalidad de su actuación. La Administración no puede ocultar o denegar los informes y pruebas que estén en su poder y que sean relevantes. El proceso debe resolverse en un **plazo razonable**, sin dilaciones indebidas. Éste es un problema de la actualidad de todos los Tribunales, incluso de los juzgados del Contencioso-Administrativo, debido a que grande cantidad de recursos interpuestos, que la estructura de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo ha absorbido con dificultad<sup>734</sup>.

3 – El derecho a la tutela judicial frente a las decisiones administrativas incluye el derecho a la **tutela cautelar**, quiere decir, de pedir y, en el caso, lograr del órgano judicial medidas cautelares que permitan evitar los perjuicios que puedan ser causados durante la tramitación del proceso, por la ejecución de la decisión administrativa o por el mantenimiento de la actuación o inactividad impugnada (SSTC 238/1992, 148/1993, etc.)<sup>735</sup>.

4 – El derecho a la tutela judicial garantiza la obtención del órgano judicial competente una **resolución fundada en el Derecho**. Sin embargo, ello no asegura que sea la decisión acertada, pero sí que debe ser ‘congruente’ con lo pedido por las partes en el proceso (SSTEC 163/1990, 32/1992, 35/2002), ‘motivada’ y basada precisamente y ‘exclusivamente en

---

<sup>733</sup>MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo”, op. cit., pág. 106. Em decorrência desse fator, o autor refere: “Sin duda este es uno de los problemas prácticos más importantes de nuestro sistema de Derecho Administrativo, pues una justicia tardía no siempre es efectiva”.

<sup>734</sup>MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo”, op. cit., pág. 106.

<sup>735</sup>MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo”, op. cit. pág. 107. Sobre el derecho a la tutela judicial, el autor realiza el siguiente comentario: “Criterio este que se recoge hoy en los artículos 129 y siguientes de la LJCA, que ya ha superado el carácter excepcional que la tutela cautelar tenía en la legislación anterior. Ello no obstante, aún es de apreciar en la práctica judicial una aplicación bastante restrictiva de las facultades del Juez de acordar medidas cautelares”.

razonamientos jurídicos<sup>736</sup>.

Aunque todo el actuación administrativa esté sometida al control judicial, siendo el juez el detentador de la última palabra sobre a disconformidad del interesado con la decisión administrativa, no pueden los Jueces a través de él sustituir a los Gobiernos e Administraciones en la adopción de los aspectos propiamente políticos o técnicos de sus decisiones. Es justamente por este motivo que el art. 71.2 LJCA contiene la siguiente norma: *“Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”*.

Sin embargo, como resalta Miguel Sánchez Morón, nada impide, antes por el contrario, que el juez sustituya una decisión administrativa ilegal de lo que declare en la sentencia. Tampoco que sustituya los elementos reglados de una decisión discrecional<sup>737</sup>.

5 – Por último, el derecho la tutela judicial efectiva comprende **el derecho a la ejecución de las resoluciones** judiciales en sus propios tenemos, incluidas, como es lógico aquellas resoluciones que condenan la Administración a dar, hacer o no hacer algo. Esta es una garantía que decurre de la Constitución. La tutela judicial garantizada por la Constitución no es meramente teórica, sino efectiva, y ello exige adoptar todas las medidas necesarias para el cumplimiento del fallo, pues, la Administración, como cualquiera otro sujeto de derecho, está obligada a cumplir las decisiones judiciales y a colaborar en la ejecución del resuelto (art. 118 CE).

De cualquier forma, las consecuencias concretas consecuentes de este régimen de garantías constitucionales son numerosas, motivo que lleva a Sánchez Morón a mencionar: *“Sólo cabe añadir ahora que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser defendido también, con carácter subsidiario, ante el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo e inclusive, agotada esta vía, ante el Tribunal Europeo de Derechos*

---

<sup>736</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo”*, op. cit., pág. 107.

<sup>737</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Derecho Administrativo”*, op. cit. pág. 107. Siendo así, el autor advierte: *“En cambio, si considera que una decisión discrecional no es conforme a Derecho y la anula por ello, pero son posibles varias decisiones lícitas según criterios políticos o técnicos (por ejemplo, calificar un terreno como vía pública o zona edificable, adjudicar un contrato anulado a unos u otros licitadores), no puede el órgano judicial resolver por sí mismo. Éste es el límite constitucional de su actividad de control de la discrecionalidad administrativa”*.

*Humanos, si comporta también una violación del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950”<sup>738</sup>.*

Realizadas esas consideraciones sobre el control judicial de la Administración Pública, se hace necesario verificar la organización de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, llamada por Pedro Nevado-Batalla de Planta Jurisdiccional<sup>739</sup>. Según el art. 6 LJCA el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se halla integrado por los siguientes órganos que, como bien se puede apreciar, responde al modelo territorial vigente tras la CE. Así, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se organiza en: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (art. 8 LJCA); Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo (art. 9 LJCA); Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (art. 11 LJCA); Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (art. 12 LJCA).

Siguiendo las previsiones del art. 7 LJCA, pueden ser sintetizadas las siguientes reglas generales de competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo<sup>740</sup>:

- Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que fueren competentes para conocer de un asunto lo serán también para todas sus incidencias y para hacer ejecutar las sentencias que dictarem en los términos señalados en el Art. 103.1 LJCA.

- La competencia de los Juzgados y Salas de lo Contencioso-administrativo no será prorrogable y deberá ser apreciada por los mismos, incluso de oficio, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de diez días.

- La declaración de incompetencia adoptará la forma de auto y deberá efectuarse antes de la sentencia, remitiéndose las actuaciones al órgano de la jurisdicción que se estime competente para que ante él siga el curso del proceso.

Si la competencia pudiera corresponder a un Tribunal superior en grado, se acompañará una exposición razonada, estándose a lo que resuelva éste.

---

<sup>738</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo*”, op. cit., pág. 108.

<sup>739</sup> MORENO, Pedro T. Nevado-Batalla, “*Notas sobre Derecho Administrativo II*”, op. cit., pág. 81 e siguientes.

<sup>740</sup> MORENO, Pedro T. Nevado-Batalla, “*Notas sobre Derecho Administrativo II*”, op. cit., pág. 81/82.



En resumen, el control jurisdiccional de las Administraciones en sede de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, en lo que dice respecto a la técnica procesal, el proceso contencioso-administrativo evolucionó del proceso civil de primera instancia al modelo del proceso de apelación, en que el acto administrativo actúa como una especie de “*sentencia inicial*”. Así, según menciona Pedro Nevado-Batalla, siguiendo lección de SANTAMARIA PASTOR, los elementos del proceso contencioso-administrativo deben ser considerados en la siguiente forma: “*la jurisdicción contencioso-administrativa ejerce un control sobre la actividad administrativa, desde la óptica de la legalidad, con carácter plenário y bajo la vigencia del principio dispositivo*”<sup>741</sup>.

Por fin, consonante esas peculiaridades y elementos constitutivos, el control jurisdiccional se ejecuta veía proceso de jurisdicción contencioso-administrativa, que posee las siguientes características: el proceso contencioso-administrativo se dirige contra la actividad administrativa; posee un carácter revisor y actúa como un mecanismo de control de la legalidad, sometiendo las Administraciones Públicas al Derecho; es un control a *posteriori*; y realiza una fiscalización plena de la actividad administrativa, funcionando como un auténtico y eficaz instrumento de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos<sup>742</sup>, mientras, todos también se someten al control judicial.

## II – El control financiero y presupuestario

**El control financiero y presupuestario** es una actividad controladora específica, que incide sobre los aspectos financieros y presupuestarios de la acción gestora de la Administración Pública. Cuando, en tópico relativo a la evolución del Estado, fue examinado su desarrollo y perfeccionamiento, propiciando un nuevo tipo de Administración Pública, también se analizó que el Estado, para lo alcance de sus fines, ejercita el poder por medio de la competencia, efectuando servicios y actividades, que varían en el tiempo y en el espacio, en el sentido de promover la realización de lo bien público, y que la realización de lo bien público es efectuada por medio de los órganos competentes de la estructura administrativa del Estado, a los cuales son destinados servicios de interés público, cuya acción debe ocurrir de

---

<sup>741</sup> MORENO, Pedro T. Nevado-Batalla, “*Notas sobre Derecho Administrativo II*”, op. cit., pág. 87.

<sup>742</sup> MORENO, Pedro T. Nevado-Batalla, “*Notas sobre Derecho Administrativo II*”, op. cit., págs. 87/88.

acuerdo con las normas y principios constitucionales<sup>743</sup>.

Como el Estado desempeña una intensa actividad financiera – recaudando, gastando y administrando recursos financieros – en el sentido de realizar sus objetivos de interés público, hay la necesidad de utilización de un medio que discipline ésa acción estatal, por un determinado espacio de tiempo. Ese medio se llama presupuesto público<sup>744</sup>. Así, habiendo un instrumento que organiza las finanzas públicas, con previsión de la receta y fijación del gasto, con ejecución por los diversos órganos de la Administración Pública, el control interno actúa sobre esa forma de gerencia. Por tanto, el control interno aquí asume una especificidad más definida, con una dirección a los actos de gerencia de los bienes y valores públicos, buscando una actuación administrativa regular, más eficiente, proba y de acuerdo con las normas legales.

De cierto modo, es lo que afirma Puget, al entender qué grande parte de las actividades administrativas producen gastos y frecuentemente es necesario el acuerdo de dos órganos distintos, lo que realiza el gasto y lo que paga; la división entre el gestor y el pagador propicia control ejercido por una de esas autoridades sobre a otra; sobre el conjunto de los órganos administrativos inciden control de un único órgano, de regla un Ministerio o Secretaría de la Hacienda<sup>745</sup>.

Así, el control financiero y presupuestario es el tipo de control ejercido por el Poder Público, por medio de organismos especialmente creados para tal fin - control interno y control externo - , sobre los administradores de los tres Poderes del Estado, alcanzando todos los órganos de la administración directa e indirecta, sean autarquías, empresas públicas, sociedades de economía mixta o fundaciones.

Esta forma de control visa proteger la regularidad de los procedimientos que deben ser practicados por los administradores BA gerencia de los recursos públicos, envolviendo todos los actos de recaudación - ingreso - y todos los actos de dispendio - gasto - en el acompañamiento de la

---

<sup>743</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O Controle da Gestão Pública*”, op cit., pág. 42.

<sup>744</sup> Idem, op. cit., pág. 43.

<sup>745</sup> PUGET, Henry, “*Les Institutions Administratives Étrangères*”, Paris, 1969, pág. 171. APUD MEDAUAR, Odete, “*Controle da Administração Pública*”, op. cit. pág. 56.

ejecución presupuestaria, teniendo en cuenta el fiel cumplimiento de los programas, proyectos y actividades previstos en el presupuesto.

Por tanto, cual si trata de un control basado en sistema de auditoría, buscando no solo el acompañamiento de la ejecución presupuestaria, pero también el juicio de las cuentas de los responsables de esta ejecución presupuestaria, no es subordinado al momento para su ejercicio. Así, este tipo de control tanto puede ser previo, como concomitante o a *posteriori*.

## **1 – El control interno**

El control financiero y presupuestario está asentado en la dualidad de control, el control interno y el control externo, que, por su importancia, tiene regulación constitucional y legal. El control interno está a cargo de la propia administración, con la finalidad de mantener suya acción dentro de la regularidad administrativa, con cumplimiento de los principios de la economicidad y legalidad.

En España, de acuerdo con las normas de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, “*General Presupuestaria*”, Título VI, el control de la gestión económico-financiera será efectuado por la Intervención General de la Administración del Estado, con la competencia de ejercer el control interno de la gestión económica y financiera del sector público estatal, con plena autonomía sobre las autoridades y demás entidades cuya gestión control (art.140, 1 y 2).

El control interno a cargo de la “*Intervención General de La Administración del Estado*”, será realizado mediante el ejercicio de la función interventora, del control financiero permanente y de la auditoría pública, con los siguientes objetivos:

a) Verificar el cumplimiento de la normativa que resulte de aplicación a la gestión objeto de control.

b) verificar el adecuado registro y contabilización de las operaciones realizadas, y su fiel y regular reflejo en las cuentas y estados que, conforme las disposiciones aplicables, deba formar cada órgano o entidad.

c) Evaluar si la actividad y los procedimientos objetos del control se realizan de acuerdo con los principios de la buena gestión financiera y, en especial, los previstos en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

d) Verificar el cumplimiento de los objetivos atribuidos a los centros gestores de los costos en los Presupuestos Generales del Estado.

La Intervención General de la Administración del Estado ejercerá sus funciones de control interno conforme los principios de autonomía, ejercicio desconcentrado y jerarquía interna a través de los órganos de control determinados. La intervención General del Estado presentará anualmente al Consejo de Ministros, a través del Ministro de la Hacienda, un informe general con los resultados más significativos del Plan Anual de Control Financiero Permanente y del Plan Anual de Auditorías de cada ejercicio, pudiendo aún llevar la consideración del Consejo de Ministros los informes de control permanente (informes) y de auditoría que, por razón de sus resultados, estime conveniente anticipar sus resultados.

En Brasil, conforme ya tuve oportunidad de manifestar<sup>746</sup>, el control interno presenta la siguiente situación: tratándose de un sistema de control, significa decir que el control será ejercido en todos los niveles y en todos los órganos, comprendiendo, particularmente, el control efectuado por los órganos propios de cada sistema, por señal todo conforme el determinado por el art. 13 del Dec. Ley nº 200/1967, que procedió a Reforma Administrativa en el ámbito federal en el año de 1967. La propia Reforma Administrativa, adentro de ese contexto normativo, también estableció que *“serán organizadas bajo la forma de sistema las actividades de personal, presupuesto, estadística, administración financiera, contabilidad y auditoría, y servicios generales, allende otras actividades auxiliares comunes a todos los órganos de la administración que, a criterio del Poder Ejecutivo, necesitan coordinación central”* (art.30 del Dec. Ley 200/1967), procediendo, así, a una reglamentación necesaria para la estructuración del sistema de control interno.

Este innovador sistema de control interno de la actividad administrativa y presupuestaria implantado por la Constitución de 1967, fijado inicialmente como atribución constitucional del Poder Ejecutivo, en la Constitución de 1988, se consolidó como una concepción sistémica, sin embargo evolucionando en cuanto su competencia de ejecución, en la medida

---

<sup>746</sup> MILESKI, Helio Saul, *“O Controle da Gestão Pública”*, op.cit., págs. 157/173.

que ésta pasó a ser atribución de los tres Poderes del Estado, en la forma del reglado por el art. 74:

*“Art. 74 – Los Poderes legislativo, Ejecutivo y Judiciario mantendrán, de forma integrada, sistema de control interno con la finalidad de:*

*I – evaluar el cumplimiento de las metas previstas en el plano plurianual, la ejecución de los programas de gobierno y de los presupuestos de la Unión;*

*II – comprobar la legalidad y evaluar los resultados, en cuanto a la eficacia y eficiencia, de la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial en los órganos y entidades de la administración federal, bien como de la aplicación de recursos públicos por entidades de derecho privado;*

*III – ejercer el control de las operaciones de crédito, avales y garantías, bien como de los francos y has de la Unión;*

*IV – apoyar el control externo en el ejercicio de su misión institucional ”.*

Por tanto, al destinar para los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judiciario la atribución de mantener, de forma integrada, sistema de control interno, el legislador constitucional apuró la forma de ser ejercida esta especie de control. Reafirmó la exigencia de ser instituido un control en grado de sistema y confió su ejercicio a cada un de los poderes del Estado. Por tratarse de sistema, hasta porque ésta es una determinación constitucional, el control interno tiene de ser ejecutado de forma integrada, con interacción sistémica, para que no sea dañada la propia estructura de ejecución del sistema de control interno. Tratándose de sistema, la parte depende del todo y el todo depende de la parte, pues cada unidad sistémica debe actuar con regularidad para no causar perjuicios a la otra o, veía de consecuencia, al todo<sup>747</sup>.

---

<sup>747</sup> MARTINS, Osmar Scarparo. Sistema de Controle Interno. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do RS*. v. 7, n 11. Porto Alegre. dez. 1989, p. 41-44. En el análisis del sistema de control interno, el autor también realiza el siguiente comentario: *“Por analogía no bastaría un buen Sistema Contable, en el ámbito de la administración pública. Sería indispensable que éste estuviese integrado al Sistema de Control Interno con lo cual debía mantener perfecta interacción. Igualmente, todos los demás sistemas deberían interaccionar con el Sistema de Control Interno que, por su vez, necesitaría alcanzar todo el ciclo de la acción gubernamental. Todo el ciclo quiere decir todos los hechos, todas las rutinas, todos los procedimientos, todas las recetas, todos los gastos, en fin todos los pasos necesarios a la gestión de la cosa pública”.*

Así, el sistema de control interno debe actuar de forma interactiva entre los sistemas mantenidos por los tres Poderes, juntamente con los sistemas que integran todas las actividades administrativas del Poder Público, en el sentido de bien cumplir con las funciones que le son destinadas constitucionalmente.

A partir de estos elementos técnicos-jurídicos trazados, se puede intentar establecer una conceptualización de control interno, objetivando una comprensión más exacta de los fines a que se destina.

Por tanto, en el sentido específico de la fiscalización contable, financiera y presupuestaria prevista en la Constitución brasileña, se puede decir que **Control Interno** es aquél efectuado por los órganos administrativos, en el ámbito de la propia administración, bajo el comando de un órgano central y, por eso, organizado de forma sistémica, en el sentido de actuar de manera integrada en todos los Poderes del Estado, buscando comprobar la legalidad de los actos practicados por los administradores y evaluar los resultados de la acción gubernamental, verificando su grado de eficiencia y eficacia, con prestación del debido apoyo al control externo en el ejercicio de sus actividades constitucionales.

En cuanto a las finalidades y objetivos del control interno, éstos son determinados constitucionalmente, envolviendo cuatro funciones básicas, cuyas atribuciones deben ser ejercidas conforme las determinaciones técnicas exigibles para cada situación – a acción del control necesita métodos y procedimientos técnicos que garanticen su eficacia – juntamente con las constantes de las reglamentaciones legales editadas para tal fin. Estas funciones son:

I – el deber del control interno proceder al acompañamiento de la ejecución presupuestaria, con el objetivo de evaluar el cumplimiento de las metas previstas en el plano plurianual, la ejecución de los programas de gobierno y de los presupuestos de la Unión. Ésta es una actividad de extrema relevancia para el servicio del interés público, en la medida que visa el cumplimiento de la planificación gubernamental, en cuanto a la política establecida para la fijación de prioridades con programas que satisfagan las necesidades del ciudadano. Allende proporcionar al gobernante datos sobre la realización de la planificación efectuada, posibilitando, de inmediato, adopción de medidas correctivas para los eventuales desvíos constatados, es elemento informativo imprescindible para el establecimiento de futuras

políticas públicas, cuando haya la elaboración de nuevos Planes de Gobierno;

II – proceder a la comprobación de la legalidad y la evaluación de los resultados, en cuanto a la eficiencia y eficacia, de la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial en los órganos y entidades de la Administración Pública, bien como de la aplicación de los recursos públicos recibidos por entidades de derecho privado. La comprobación de legalidad es factor preponderante del Estado de derecho, que objetiva evitar el abuso de poder y ceñir los actos del administrador a las finalidades legales, que son, por así decir, la demostración del interés público, en el sentido de proteger los dineros y el patrimonio público. La evaluación de resultados busca verificar las realizaciones efectuadas para el servicio de las necesidades del ciudadano, consonante la planificación efectuada y explicitado en el sistema presupuestario, en el sentido de verificar el grado de eficiencia administrativa, a fin de ser alcanzada una mejor productividad. Comprobar la regularidad de la aplicación de los recursos públicos recibidos por entidades de derecho privado, es procedimiento de control destinado a la protección del bueno y regular empleo de los repastos financieros realizados por el Poder Público, teniendo en cuenta el interés público de la finalidad a que se destina, con el sentido de evitar el desvío de finalidad.

III – ejercer el control de las operaciones de crédito, avales y garantías, bien como de los derechos y has del Poder Público. Ésta es otra atribución de relevancia para el control interno, en la medida que visa proteger la regularidad de la existencia y del lanzamiento de la deuda pública, teniendo en cuenta los límites para su realización y los pagos efectuados para su abatimiento que, juntamente con el control de los avales y garantías, resultan en el control del proceso de endeudamiento, con reducción de los riesgos fiscales. Este control es dirigido igualmente a la protección de los derechos y has del Poder Público, de cualquier naturaleza, en el sentido de ser evitado el acontecimiento de eventuales perjuicios.

IV – la cuarta función destinada al control interno es a de prestar apoyo al control externo en el ejercicio de su misión institucional. Estando el sistema de fiscalización contable, financiera y presupuestaria asentado en la dualidad de control – interno y externo – cuyas formas de control tienen de actuar de manera integrada, en el sentido de ser eficientes y produzcan eficacia en la consecución de los objetivos controladores; siendo del control interno la atribución de acompañar el día a día de la acción administrativa y por consecuencia del ejercicio de esas sus funciones, asumir

el almacenamiento de informaciones completas y actualizadas sobre todo el funcionamiento administrativo; a la evidencia, éstos dos factores conjugados se vuelven la razón que justifica la determinación constitucional para la obligatoriedad del control interno dar apoyo al control externo. Como parte de esta obligatoriedad de integración entre los controles interno y externo, está la norma del § 1o del art. 74, de la Constitución, estipulando que *“los responsables por el control interno, a lo tomen conocimiento de cualquier irregularidad o ilegalidad, de ella darán ciencia al Tribunal de Cuentas de la Unión, bajo pena de responsabilidad solidaria”*.

La disposición constitucional, al fijar la mencionada responsabilidad solidaria para el responsable por el control interno, a par de establecer el nivel de la responsabilidad ejercida por el dirigente del sistema de control interno, visa también ampliar su grado de independencia, cuando del ejercicio de sus funciones constitucionales. Siendo el control interno organismo intestino de la propia Administración, se somete la subordinación jerárquica administrativa, con sus responsables siendo subordinados de la autoridad gubernamental. Por eso, más que una norma regulamentadora del apoyo que el control interno debe dar al control externo, es una regla protectora del regular ejercicio de las actividades de control con relación al poder de mando, asociando la ejecución de las funciones de control tan sólo a la regularidad legal, técnica y administrativa, sin cualquier interferencia, pues, si al contrario, el responsable por el control interno, dejarse envolver por interferencias indebidas y no noticiar el conocimiento de irregularidad o ilegalidad, será responsabilizado de forma solidaria por el acontecimiento.

De esa forma, conforme lo arriba especificado, los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial de la Unión deben mantener, de forma integrada, sistema de control interno para el ejercicio de las funciones que les son destinadas constitucionalmente.

Para atención de esas exigencias que derivan del texto constitucional, el sistema de control interno del Poder Ejecutivo Federal tuvo la siguiente reglamentación: fue adoptada la Medida Provisoria n° 480, de 27 de abril de 1994, que posibilitó una amplia remodelación del sistema, produciendo una reestructuración funcional mediante la creación de la entonces Secretaría Federal de Control, con adopción del Ministerio de la Hacienda como órgano central del sistema. Esta Medida Provisoria, con modificaciones, fue reeditada 88 veces, culminando con la Medida Provisoria n° 2.112-88, de 26 de enero de 2000, que fue aprobada por el Congreso



Nacional y convertida en la Ley n° 10.180, de 6 de febrero de 2001, organizando y disciplinando, bajo la forma de sistemas, las actividades de planificación y de presupuesto federal, de administración financiera federal, de contabilidad federal y de control interno del Poder Ejecutivo Federal, con previsión de funcionamiento interactivo entre esos sistemas.

La estructura funcional del sistema de control interno quedó asentada en tres organismos fundamentales: el órgano central, los órganos sectoriales y la Comisión de Coordinación de Control Interno.

Como órgano central del sistema fue creada la Secretaría Federal de Control Interno, con actuación sobre todos los órganos del Poder Ejecutivo Federal, exceptuándose el Ministerio de las Relaciones Exteriores, el Ministerio de la Defensa, la Abogacía-General de la Unión y la Casa Civil de la Presidencia de la República, que se someten al control interno de órganos sectoriales y esos organismos sectoriales se quedan sujetos a la orientación normativa y a la supervisión técnica del órgano central del sistema, cual sea, la Secretaría Federal de Control Interno. Por su vez, la Comisión de Coordinación de Control Interno fue instituida como un órgano colegiado (la Comisión es compuesta por el Jefe de la Controladuría-General de la Unión, que la presidirá, por el Subcorregidor-General, por los Corregidores, por el Secretario Federal de Control Interno, por los Secretarios de los órganos sectoriales de Control Interno del Poder Ejecutivo y por un Asesor Especial de Control Interno, de libre elección del Jefe de la Controladuría-General de la Unión – Art. 9o, Dec. Fed. n° 3.591, de 06.09.2000, con la redacción dada por el Dec. n° 4.238/2002), en el sentido de coordinar todo el Sistema de Control Interno del Poder Ejecutivo Federal, con el objetivo de promover la integración y a homogeneización de los entendimientos de los respectivos órganos y unidades de Control Interno.

Posteriormente fue expedido el Decreto n° 4.304, de 16 de julio de 2002, produciendo alteraciones en el Decreto 3.591/2000, para considerar a Controladuría-General de la Unión como Órgano Central, delegado de la orientación normativa y de la supervisión técnica de los órganos que compone el sistema, destinando a la Secretaría Federal de Control Interno el desempeño de las funciones operacionales de competencia del Órgano Central del Sistema de Control Interno, con las competencias fijadas en el art. 11.

Complementando la estructuración de funcionamiento del

sistema de control interno, la Instrucción Normativa SFC n° 01, de 15 de mayo de 2002, de la Secretaría Federal de Control Interno, definió rutinas y estableció el flujo procesal para el suministro de informaciones, al Tribunal de Cuentas de la Unión, sobre irregularidades o ilegalidades constatadas cuando de la realización de las acciones de control, en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal.

Por tanto, conforme la estructura legal dirigida a la sistematización y a la organización del control interno del Poder Ejecutivo Federal, hay adecuación al principio sistémico exigido constitucionalmente, con su actuación buscando satisfacer los apartados de control fijados en esa reglamentación. Sin embargo, no existe norma regulando el procedimiento de integración con los sistemas de control interno de los Poderes Judicial y Legislativo, en la forma del comando constitucional.

En el ámbito del Poder Legislativo Federal, la estructura del sistema de control interno adoptada no consta con una central que proceda la orientación normativa y la supervisión técnica de los organismos sectoriales integrantes de ese sistema, con vista a asegurar la integración preconizada constitucionalmente.

La Cámara de los Diputados por la Resolución n° 69, de 21 de junio de 1994, creó la Secretaría de Control Interno, subordinada derechamente a la Mesa, teniendo como atribuciones ejercer el acompañamiento y la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial; la verificación y evaluación de los resultados logrados por los administradores públicos, en el ámbito de la Cámara de los Diputados, observados los principios definidos en el art. 37 de la Constitución Federal, pudiendo, para tanto, ejercer funciones de auditoría para verificar la regularidad de los procedimientos especificados en los incisos I a XVI del art. 3o de la misma Resolución. Por la Resolución n° 23/1997, de 6 de noviembre de 1997, en la estera del realizado por el Senado Federal, fue instituida una estructura funcional para la Secretaría de Control Interno de la Cámara de los Diputados, con la creación de tres Coordinaciones y un Servicio: Coordinación de Auditoría Contable y Operacional; Coordinación de Auditoría de Licitaciones, Contratos y Patrimonio; Coordinación de Auditoría de Personal; y Servicio de Administración.

El Senado Federal, a la similitud de la Cámara de los Diputados, editó la Resolución n° 09/1997, de 29 de enero de 1997, creando,

en su subsección VI, la Secretaría de Control Interno, teniendo en su composición un Despacho, un Servicio de Auditoría de Gestión y un Servicio de Auditoría de Programas, con la finalidad de planear, dirigir y ejecutar las actividades de inspección y auditoría contable, financiera, presupuestaria, operacional, patrimonial y de personal; proponer normas y procedimientos para la adecuación de las especificaciones de los materiales y servicios y para el perfeccionamiento de los controles sobre los actos que impliquen gasto u obligaciones; verificar la compatibilidad entre las variaciones patrimoniales y los rendimientos obtenido por Senadores y servidores ocupantes de cargo o empleo comisionados o función de confianza; crear condiciones indispensables para asegurar eficacia al control externo, ejercido por el Tribunal de Cuentas de la Unión; promover la integración de acciones con los demás órganos integrantes de los Sistemas de Control Interno de los Poderes de la Unión; y ejecutar tareas correlacionadas.

Por tanto, aunque hayan sido creados organismos de control interno en la Cámara y en el Senado, sus formas de organización dejan de atender integralmente el propugnado por el dispositivo constitucional, en la medida que contienen normas genéricas y amplias, casi una repetición de las normas constitucionales, sin reglamentar la necesaria estructura organizacional para el ejercicio de un sistema de control.

Cabría, a ejemplo del Poder Ejecutivo Federal, ser instituido un sistema de Control Interno para el Congreso Nacional, como institución mayor del Poder Legislativo Federal. La central del control situarse-iba junto a la Presidencia del Congreso Nacional, poseyendo área de actuación en todos los órganos del Poder Legislativo Federal – Cámara y Senado – quienes funcionarían como órganos sectoriales y podrían, aún, subdividirse en unidades sectoriales, para componer verdaderamente una estructura sistémica de control interno, con actuación coordinada, integrada y supervisada por su Central, que debería, quien sepa, de acuerdo con la nomenclatura que viene siendo utilizada por los órganos de control, denominarse Secretaría de Control Interno del Congreso Nacional.

Diferentemente no ocurre en el ámbito del Poder Judicial Federal, donde la organización del sistema de control interno posee la misma forma adoptada por el Poder Legislativo Federal.

El Acto Reglamentario n° 32, de 7 de marzo de 2001, publicado en el D.J. de 12.03.2001, altera la estructura orgánica del Supremo

Tribunal Federal e instituye, como órgano de su Presidencia, la Secretaría de Control Interno, compuesta de Despacho de Secretario, Coordinadora de Acompañamiento, Evaluación y Orientación y Coordinadora de Auditoría. Conforme el art. 3o del mismo Acto Reglamentar, cabe al Presidente del Tribunal, sin plazo fijado, bajar los actos disponiendo sobre la competencia de las unidades de la estructura orgánica, bien como sobre las atribuciones de sus dirigentes. Hasta julio de 2002, ningún acto aún había sido expedido para la estructura de funcionamiento del control interno.

En cuanto a los demás Tribunales Superiores, éstos poseen estructura propia de control interno, con actuación autónoma, sin someterse a la coordinación de una Central de Control del Poder Judicial Federal y sin integración con los demás sistemas de control interno de la Unión.

El Superior Tribunal de Justicia, por la Resolución n° 01, de 25 de marzo de 1998, creó la Secretaría de Control Interno, compuesta de Despacho, División de Análisis de Gastos con Adquisición de Bienes y Servicios, División de Análisis de Gastos con Personal, División de Contabilización y Control y División de Auditoría, y, posteriormente, expidió el Acto n° 185, de 12 de mayo de 1998, disponiendo sobre el Reglamento de los Servicios Administrativos de la Secretaría de Control Interno, donde esta Secretaría es definida como un órgano especializado de administración financiera, de contabilidad y de auditoría, subordinado a la Presidencia del Tribunal, con la finalidad de: controlar la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial del Tribunal; acompañar la ejecución del presupuesto y de los programas de trabajo del Tribunal; verificar la utilización regular y racional de los recursos y bienes públicos y evaluar los resultados alcanzados por los administradores; crear condiciones indispensables para asegurar eficacia al control externo; orientar los administradores, mediante suministro de subsidios e informaciones, visando al perfeccionamiento de las actividades de planificación, presupuesto y programación financiera; y coordinar y ejecutar el programa de auditoría interna, a fin de asesorar la administración superior del Tribunal en la práctica de actos de gestión administrativa. se trata de un Reglamento bien elaborado, con funciones y actividades de control bien definidas, que posibilitan la realización de los objetivos controladores, teniendo en cuenta el acompañamiento y la evaluación de los actos de gestión administrativa, contable, presupuestaria, financiera y patrimonial del Superior Tribunal de Justicia.

En la órbita del Tribunal Superior Electoral fue editada la

Resolución n° 20.323, de 19 de agosto de 1998, disponiendo sobre el Reglamento Interno de la Secretaría del Tribunal Superior Electoral, en cuya Sección VIII fue creada la Secretaría de Control Interno, compuesta de Despacho, Asesoría de Control Interno y Coordinadoría de Auditoría, con competencia para planear, coordinar y supervisar las actividades de control interno del Tribunal y, aún, en el ámbito de la Justicia Electoral, proponer directrices, normas, criterios y programas a ser adoptadas en la ejecución de esas actividades. No fueron bajadas normas reglamentando los criterios y los programas de actuación del control interno. La portería n° 275, de 12 de diciembre de 1997, aunque sea anterior la creación de la Secretaría de Control Interno, continúa en vigencia y trata tan sólo de establecer normas de organización y presentación de Prestaciones de Cuentas al Tribunal de Cuentas de la Unión.

El Tribunal Superior del Trabajo, por el Acto TST GP n° 015/1995, de 27 de enero de 1995, con las alteraciones producidas por el Acto TST GP n° 443/1996, el 26 de junio de 1996, mandó observar, transitoria y experimentalmente, la reglamentación efectuada para la nueva estructura administrativa de la Secretaría del Tribunal, constante de proyecto del *Reglamento Interno de la Secretaría del Tribunal Superior del Trabajo*. Sin embargo, se trata tan sólo de la reglamentación de la nueva estructura administrativa, teniendo en cuenta las atribuciones y constitución de las unidades administrativas del Tribunal, sin contener cualquier norma para la creación y estructuración de un sistema de control interno. Las normas de control contenidas en la reglamentación de los diversos sectores del Tribunal participan del llamado control institucional, como deber compulsorio de toda función pública que es ejercida por servidor, integrando, en género, el control que es ejercido en la órbita pública. Es una de las partes del sistema de control, pero no todo el estructura del sistema de control interno previsto constitucionalmente.

De esa forma, el Poder Judicial también deja de adoptar una estructura sistémica para el control interno, por eso no posee una Central para coordinar a acción controladora, incluso en cuanto a la integración de sus diversos organismos, lo que puede le ocasionar embarazos en el ejercicio del control sobre los actos de naturaleza administrativa, contable, financiera y presupuestaria, reflejando en el soporte que debe dar a la actuación del control externo, cuyo órgano ejecutor es el Tribunal de Cuentas de la Unión.

Podería lo Judiciario valerse de la experiencia del Poder Ejecutivo Federal, que por largo tiempo fue el responsable por el control interno de la Unión y posee un sistema bien estructurado, para implantar en la órbita judicial una sistematización asemejada, en el sentido de atender al sistema de control preconizado para la fiscalización contable, financiera y presupuestaria. La adopción del sistema no visa tan sólo reprimir y desalentar procedimientos perniciosos a la buena administración, pero también una acción integrada entre los diversos organismos de control, con cambio de informaciones actualizadas y confiables, para que el sistema de control funcione como retroalimentador del proceso de programación y posibilite decisiones más adecuadas en lo que tañe al establecimiento de prioridades y elección de lo que debe ser realizado para mejor atender al interés público.

## 2 – El control externo

El control es externo cuando el órgano controlador no integra la estructura del órgano controlado. Es el control de un Poder sobre el otro; o de la administración directa sobre la indirecta. Según Hely Lopes Meirelles, “*control externo es lo que se realiza por órgano extraño la Administración responsable por el acto controlado, como, P. ej., la apreciación de las cuentas del Ejecutivo y del Judiciario por el Legislativo; la auditoría del Tribunal de Cuentas sobre a efectuación de determinada gasto del Ejecutivo; la anulación de un acto del Ejecutivo por decisión del Judiciario; a interrupción de acto normativo del Ejecutivo por el Legislativo*”<sup>748</sup>.

Así, control externo sería a contrastación *externa corporis*, realizado por Poder o órgano diverso del controlado, envolviendo el examen de legitimidad y legalidad y/o supervisión político-administrativa<sup>749</sup>, verificando se hubo regularidad en los actos practicados para lo alcance de los objetivos de interés colectivo.

La ejecución del control externo ocurre en el ámbito administrativo de las entidades estatales, mediante acción del Legislativo o por decisión judicial.

---

<sup>748</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. “*Direito Administrativo Brasileiro*”. op. cit. pág. 626.

<sup>749</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. “*Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, pág. 34.

Como el control externo es el ejercido por organismo extraño al del controlado, por importante, se vuelve necesario procederse examen en el pertinente al control financiero y de cuentas, como es el caso de la fiscalización contable, financiera y presupuestaria. El control externo, en esa circunstancia, es efectuado en el aspecto de la actividad financiera del Estado, envolviendo el examen de cuentas, en el sentido de ser verificada la recaudación de la receta y la realización del gasto, procediendo la evaluación de la regularidad de los actos practicados por los administradores en cuanto a la legalidad, legitimidad y economicidad, teniendo en cuenta los niveles de la responsabilidad fiscal, especialmente la del equilibrio presupuestario.

Así, la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial es el tipo de control externo ejercido por el Poder Público, por medio de organismos especialmente creados para tal fin – control interno y control externo –, sobre los administradores de los tres Poderes del Estado, alcanzando todos los órganos de la administración directa e indirecta, sean autarquías, empresas públicas, sociedades de economía mixta o fundaciones.

Esta forma de control visa proteger la regularidad de los procedimientos que deben ser practicados por los administradores en la gerencia de los recursos públicos, envolviendo todos los actos de recaudación – receta – y todos los actos de dispendio – gasto – en el acompañamiento de la ejecución presupuestaria, teniendo en cuenta el fiel cumplimiento de los programas, proyectos y actividades previstos en el presupuesto, de acuerdo con los principios de la legalidad, legitimidad y economicidad.

Por tanto, cual si trata de un control basado en sistema de auditoría, buscando no solo el acompañamiento de la ejecución presupuestaria, pero también el juicio de las cuentas de los responsables de esta ejecución presupuestaria, independe del momento para su ejercicio. Así, este tipo de control tanto puede ser previo, como concomitante o a posteriori.

Son con esas peculiaridades de actuación que el control externo de la Administración Pública, más específicamente su órgano ejecutor – en la forma unipessoal (controladorías), o de manera colegiada (el Tribunal de Cuentas) – será ahora analizado.

En todos los tiempos, desde sus primórdios e incluyendo las diversa etapas de su evolución, el Estado siempre se preocupó en mantener un

control sobre las rentas públicas, teniendo en cuenta su correcta aplicación por parte de los encargados por su gerencia y guarda, una vez que los dineros públicos nunca fueron inmunes a la malversación de sus administradores. Evidentemente que ese control era efectuado por medios adecuados a las necesidades, organización y cultura de cada pueblo. Como refiere Alfredo Lopes, *“el instituto fiscalizador de las finanzas públicas ha presentado, en el transcurso de los tiempos, varias formas de organización y funcionamiento, según la ordenación política dominante y el progreso científico verificado en la materia. Evolucionó firmemente desde las épocas más apartadas de la historia hasta nuestros días, revelando decisiva inclinación unificadora de las normas establecidas para a averiguación efectiva de los actos de los agentes del poder ejecutivo incumbido de administrar la riqueza pública”*<sup>750</sup>.

En la Antigüedad oriental, en faz de la organización política monárquica absoluta de los Estados, con poderosa influencia de las castas sacerdotales, los problemas políticos y administrativos tenían soluciones orientadas, básicamente, por las tradiciones y dogmas, por eso su actividad financiera era rudimentario y la fiscalización de las recaudaciones tributarias siendo hechas por emisarios especiales de los monarcas.

Todavía, India y China se diferenciaron de los demás Estados orientales. La Antigüedad Indiana – siglo XIII a.C. – por medio del código de Manú, había reglamentado la percepción de tributos anuales en todos los dominios, por comisarios de la confianza del rey, con designación de inspectores encargados de examinar la conducta de los empleados ahorradores. En la antigua China, consonante el pensamiento político consecuente de Confúcio y Mêncio, la administración financiera y las demás actividades del Estado deberían ser realizadas siempre en beneficio del pueblo, por eso las rentas públicas no pudieron ser consideradas bienes privados de los reyes, como también estaban sometidas a una rigurosa fiscalización para no sufrir depauperaciones<sup>751</sup>.

En la Antigüedad clásica, en Grecia antigua, Atenas determinaba la obligatoriedad de los magistrados presten cuentas de sus actos,

---

<sup>750</sup> LOPES, Alfredo Cecílio. “Ensaio sôbre o Tribunal de Contas”. São Paulo, 1947. op. cit., pág. 10. El autor aún comenta sobre lo tema que: *“Tales funciones son desempeñadas en prol de los interés de los gobernantes, cuando el poder éstos, por absoluto, se confunde con el del estado, o en favor del tesoro público, cuando lo titule de la soberanía es el pueblo, y el poder estatal en su nombre se ejerce”*.

<sup>751</sup> GETTEL, Raymond G., *“História da Idéias Políticas”*. Trad. Eduardo Salgeiro. Coleção Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Alba, 1941. pág. 33-40. LOPES, Alfredo Cecílio. *“Ensaio sôbre o Tribunal de Contas”*, op. cit. pág. 12-14. FERRAZ, Luciano. op. cit. pág. 111.



al final de sus mandatos, cuyas cuentas eran examinadas por otros magistrados que, en caso de alcance, tomaban providencias enérgicas para el resarcimiento del daño y castigo del culpable. En la época de la Realeza – 754 a.C. a 509 a.C. – Roma no poseía propiamente una fiscalización sobre las entradas y los costos estatales. El control sobre la conducción de los dineros públicos se daba en provecho de los intereses del rey, que no estaba sujeto a la prestación de cuentas de los actos de su gobierno. Solamente después la instauración de la República – 509 a.C. – es que empezó a modificarse la estructura administrativa de Roma, incluso en cuanto a la administración financiera, con el Senado pasando a ejercer funciones fiscalizadoras sobre los magistrados que administraban dineros públicos<sup>752</sup>.

En la edad Media, con la caída del imperio romano, se implantó el régimen feudal, cuya riqueza provenía de la tierra, por eso las tierras necesitaban ser fiscalizadas en favor de sus titulares, señores feudales. Para tal fin, eran utilizados catastros de las tierras – en Inglaterra, el *Domesday Book*, mandado levantar, en 1086, por Guilherme, el Conquistador, y, en Dinamarca, *el Libro de la Tierra*, ordenado en 1231, por Valdemar II – cuyos datos servían para organizar la administración financiera de los gobiernos. Las recetas y gastos dichos presupuestos rudimentarios eran fiscalizadas, inicialmente, por comisiones salidas de las Cortes judiciales. Posteriormente, los duques de la Normandía, con la creación del *Echiquier* de cuentas, a eso del siglo XII, posiblemente generaron el embrión de las actuales Cortes de Cuentas, influenciando, incluso, según los tratadistas, la institución de la *Corte del Exchequer*, en Inglaterra, en 1297<sup>753</sup>.

En la edad moderna y contemporánea, mediante un enriquecimiento material y cultural, los Estados pasaron a tener un desarrollo creciente, alcanzando una intensa actividad financiera. Aumenta la carga tributaria, con la creación de nuevos tributos. Mediante adopción de procesos técnicos racionales, la organización financiera se apura, creando un contexto en el que la fiscalización de las cuentas públicas se vuelve imprescindible para un regular funcionamiento de la actividad financiera, con vista a la realización de las funciones del Estado.

---

<sup>752</sup> LOPES, Alfredo Cecílio. “*Ensaio sôbre o Tribunal de Contas*”, op. cit. pág. 17-35.

<sup>753</sup> LOPES, Alfredo Cecílio. “*Ensaio sôbre o Tribunal de Contas*”, op. cit. pág. 36. FERREIRA, Luis Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. ampl. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1974. pág. 299, El autor aún comenta sobre lo tema que: “*Tales funciones son desempeñadas en prol de los interés de los gobernantes, cuando el poder éstos, por absoluto, se confunde con el del estado, o en favor del tesoro público, cuando lo titule de la soberanía es el pueblo, y el poder estatal en su nombre se ejerce*”.

De esa forma, modernamente, se firmó la importancia de la existencia de un sistema de fiscalización sobre los actos gubernamentales realizados en la actividad financiera del Estado, como forma de preservar la probidad en el manoseo de los dineros públicos, con el sentido de que su aplicación sea siempre efectuada en provecho del pueblo, especialmente en los Estados de estructura democrática.

Dentro de esa perspectiva, fácilmente podemos constatar, en los días actuales, que no existe país democrático sin un órgano de control con la misión de fiscalizar la buena gestión del dinero público<sup>754</sup>.

Así, el establecimiento de un control sobre las cuentas públicas, de acuerdo con el grado de desarrollo técnico y cultural de los Estados, puede ser hecho de varios modos, consonante el cursillo de solidez de sus instituciones democráticas. Por esto, la forma de ejercerse el control sobre la gestión de los bienes y dineros públicos, varía conforme el sistema político y gubernamental, teniendo en cuenta las peculiaridades sociales y culturales de cada pueblo<sup>755</sup>.

Justamente, por este aspecto, la doctrina no es pacífica en la clasificación de las formas de control. Algunos clasifican los tipos de control como órganos fiscalizadores en legislativos, judiciales y administrativos. Otros conforme la anterioridad o posterioridad del control de las cuentas. Hay aún la clasificación preferida por Alberto Deodato: “a) de los países donde es designado un empleado, con autoridad bastante y no someto al ejecutivo; b) los que poseen los Tribunales o Cortes de Cuentas”<sup>756</sup>.

Ésta es la clasificación que, en nuestro entendimiento, mejor retracts los organismos de control en el Estado moderno. Así, partiendo de su estructura, el control de los ingresos y gastos públicos puede ser realizado de forma uní personal (Controladorías), o de manera colegiada (Tribunales de Cuentas). los dos sistemas son de origen europeo y terminaron por influenciar la institución del control en sus antiguas colonias, con el Tribunal de Cuentas predominando generalmente en los países latinos, de influencia francesa y portuguesa (Francia, Italia, España, Bélgica, Austria, Grecia, Portugal, Brasil,

---

<sup>754</sup> CITADINI, Antonio Roque. “O Controle Externo da Administração Pública”. São Paulo: Max Limonad, 1995, pág. 12.

<sup>755</sup> MILESKI, Helio Saul, “O Controle da Gestão Pública”, op.cit., pág. 177.

<sup>756</sup> DEODATO, Alberto. “Manual de Ciência das Finanças”, oitava edição. São Paulo: Saraiva, 1963, pág. 396.

etc.); mientras las Controladorías tienen predominancia, básicamente, donde la tradición es inglesa (Inglaterra, Irlanda, Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Israel, México, Venezuela, Chile, etc.)<sup>757</sup>.

### 3 – Entidades Fiscalizadoras Superiores en la Unión Europea

**Unión Europea** – El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se dio en Roma, en el día 27 de marzo de 1957. Después varias alteraciones, por el tratado de MAASTRICHT, el 7 de febrero de 1992, hubo la transformación en Unión Europea, que hoy cuenta con 27 países miembros.

Objetivos de la Unión Europea:

- Estrachamiento de relaciones entre los países europeos;
- Acción común para el progreso económico y social de los países miembros;
- Esfuerzos permanentes para mejoras de condiciones de vida y de trabajo;
- Alejar obstáculos y establecer garantías para un desarrollo económico estable, un intercambio equilibrado y una competencia leal;

Por el **Tratado de Lisboa**, firmado por los Jefes de Estado y de Gobierno de los 27 países miembros, con el objetivo de reforzar los principios de la Unión Europea – igualdad democrática, democracia representativa y democracia participativa – dotándola con instituciones modernas y de métodos de trabajo eficiente que le permitirán dar una respuesta efectiva a los desafíos actuales, buscando, dentro de un mundo de rápidas mutaciones, soluciones para cuestiones como la globalización, las alteraciones climáticas, la seguridad y la energía.

De esa forma, la Unión Europea es una extraordinaria forma de organización estatal, cuyos parámetros de actuación de los Estados Europeos

---

<sup>757</sup> CITADINI, Antonio Roque. “*O Controle Externo da Administração Pública*”, op. cit. pág 13.

es compleja, absolutamente diferenciada en los aspectos políticos, económicos y sociales, con las actividades estatales siendo crecidas de forma individual o comunitaria. En el ámbito individual, mismo cuando Estado es unitario, la forma organizacional establece regiones de descentralización gubernamental y administrativa. Por tanto, para la actuación estatal en la busca de realización de los objetivos de cada Estado, torna necesaria la utilización de una monumental suma de recursos financieros, con responsabilidades regional, nacional o comunitaria o todas conjuntamente.

Hasta por ser exigencia del Tratado de la Unión Europea, cuyos objetivos fueron reafirmados y apurados por el Tratado de Lisboa, todos países miembros son constituidos con el sistema político democrático, consonante los aspectos de pluralidad, transparencia y participación popular, razón por la cual, todos los países deben si someter al sistema de control de la gestión pública, con el deber prestar cuentas, logicamente que de acuerdo con los acontecimientos históricos, sociales, culturales y políticos, habrá el condicionamiento de la composición, organización y funciones de cada Entidad Fiscalizadora Superior. Como dice F. Vallés: *“En la actualidad no es posible imaginar un estado constitucional sin un control eficaz de la gestión de sus fondos públicos. La garantía de un control financiero independiente es pues, hoy en día, inseparable de la idea misma de democracia”*<sup>758</sup>.

Dentro de ese contexto de exigencia democrática, en los países europeos, de acuerdo con el trazado por R. Muñoz Alvarez<sup>759</sup>, las **Entidades Fiscalizadoras Superiores** pueden ser agrupadas según las siguientes anotaciones diferenciadoras:

a) **La independencia del Poder político:** todavía que una absoluta independencia de los órganos del Estado no parezca posible, las EFS deben gozar de independencia funcional y de organización necesaria para el cumplimiento de sus funciones. La independencia y la competencia profesional sano elementos básicos para la eficacia de todo el institución de control. La cuestión principal, en ese aspecto, es que el órgano de control tiene de ser distinto del controlado, no debe tener cualquier dependencia directa a él

---

<sup>758</sup> F.VALLÉS, “La garantía constitucional del ejercicio independiente del control externo del gasto público”. Revista de Auditoría Pública. Núm. 28, janeiro 2003. págs. 74/81. APUD RIUS, Pilar Jiménez, “El Control de los Fondos Públicos”, op. cit., pág. 43.

<sup>759</sup> R. MUÑOZ ÁLVAREZ. “Jornadas sobre la intervención y control de los gastos públicos en las Comunidades Autónomas”. Valladolid, 3-6 de maio de 1994. APUD RIUS, Pilar Jiménez, “El Control de los Fondos Públicos”, op. cit., pág. 43.

y tiene de gozar de autonomía económico-presupuestaria, con organización que le permita dar cabo de sus funciones con la máxima objetividad;

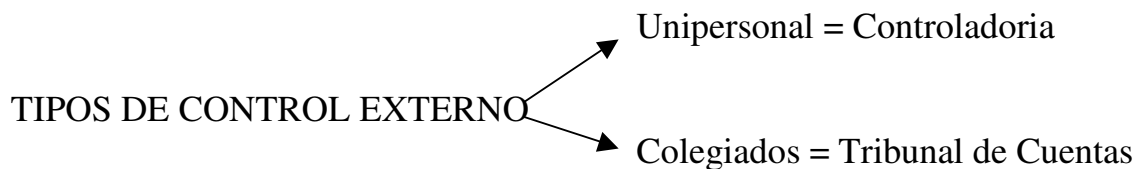
b) **Funciones que deben ser ejercidas por las EFS:** que pueden ser destinadas algunas o todas en conjunto:

- Función fiscalizadora de la actividad económico-financiera del sector público;

- Función consultiva y/o de asesoramiento al controlado, al legislativo y al ejecutivo;

- Función de juicio de supuestas responsabilidades por actos practicados por aquéllos que administren bienes y dineros públicos;

c) **La estructura o composición de las EFS:** dependiendo de quien ejerza las funciones de representación y el origen y modo de designación de sus miembros. En ese sentido, se puede hablar en EFS unipersonales y colegiadas.



En Europa, así como en Brasil y en el mundo todo, también se discute cual la mejor forma de control a ser adoptado: unipersonal o colegiado.

De esa discusión, la mayoría de los adoctrinadores manifiestan su preferencia por el sistema colegiado, bajo lo argumento de que, teóricamente, los tipos de control colegiadoses parecen ofrecer una mayor independencia y profesionalización.

Sin embargo, en la práctica, como advierte M. A Cabezas de Herrera, muchos dieses órganos colegiados, nombrados por el Poder Legislativo, tiene si convertido en una mera reproducción “*del arco parlamentario*”, significando decir que no es raro si verifica una cierta

dependencia entre los miembros de las EFS y los partidos con representación parlamentaria que les designa. Todavía, esa singular postura de evaluación, la similitud, también es utilizada como razones de crítica al sistema unipersonal, que tiene su designación y mantenimiento en el cargo al partido del ejecutivo, cuando no tiene en cuenta otros partidos que dan sustentación a la mayoría parlamentaria<sup>760</sup>.

En conclusión, para cualquier caso – unipersonal o colegiado – todos defienden la busca de mecanismos que aseguren la independencia administrativa, funcional y financiera del órgano de control, en el sentido de tornarlos organismos respetados por la sociedad, consonante una actuación profesional y responsable.

### 3.1 – Modelos de EFS en el escenario Europeo

En ese contexto europeo existen varios modelos de Entidades Fiscalizadoras Superiores - EFS, que por su importancia, merecen análisis.

Según manifiesta World Bank, de un modo general, hay un acuerdo sobre la existencia de cuatro grandes modelos de Entidades Fiscalizadoras Superiores – EFS en Europa<sup>761</sup>:

- **Modelo anglosajón** (“*anglosajón lo de Westminster*”) – las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) que responden por ese modelo son unipersonales, independientes del Poder Ejecutivo y poseen funciones fiscalizadoras y de asesoramiento a los Parlamentos. Su independencia está fundamentada en el carácter de órgano de asesoramiento técnico del Parlamento, desvinculado y sin cualquier interferencia del Poder Ejecutivo. Estas EFS también realizan fiscalización de legalidad, concediendo mayor importancia a la fiscalización operacional. No poseen poderes de juicio, las llamadas a irregularidades contables son remitidas a la jurisdicción ordinaria. Las EFS son presididas o conducidas por un Controlador o Auditor General, que es designado por el Parlamento y/o por el Jefe de Estado. Éste es el

---

<sup>760</sup> M.A. CABEZAS DE HERRERA. “Los órganos de control externo: modelo unipersonal o colegiado?”. Revista Auditoría Pública. 2, julio, 1995, págs. 50/51. APUD RIUS, Pilar Jiménez, “El Control de los Fondos Públicos”, op. cit., pág. 44.

<sup>761</sup> WORLD BANK. “Features and functions of Supreme Audit Institutions”. Prem Notes. Public sector. Num. 59, octubre, 2001. APUD RIUS, Pilar Jiménez, “El Control de los Fondos Públicos”, op. cit., págs. 44/45.

modelo del Reino Unido y Irlanda, siendo adoptado aún por los EEUU, Canadá y Australia.

- **Modelo Germánico** – la composición adoptada por ese modelo es colegiada, en la forma de Tribunal de Cuentas, son independientes del Poder Ejecutivo, pero no poseen funciones de juicio. Las EFS Alemania responden por ese modelo. El Tribunal de Cuentas de Alemania es una de las más antiguas EFS del mundo, sus orígenes datan de 1714, con existencia de Tribunales de Cuentas en el ámbito del *Länder* (Estados Federados), totalmente independientes del Tribunal de Cuentas Nacional.

- **Modelo Escandinavo** – análogo al modelo germánico es colegiados – Tribunal de Cuentas – pero con una importante diferencia, estas EFS dependen del Poder Ejecutivo y poseen funciones fiscalizadoras y de asesoramiento al Ejecutivo, sin funciones jurisdiccionales. En la actualidad, la Oficina Nacional de Auditoría – RISKREVISIONSVERKET – Suecia y los demás modelos escandinavos, están en proceso de evolución y transformación para convertirse en instrumentos de control de los respectivos Parlamentos. Desde 2003 empezó a haber integración entre los auditores del RRV con los auditores del Parlamento.

- **Modelo latino o napoleónico** – las EFS con este modelo son de composición colegiada – Tribunales de Cuentas, son independientes de los poderes legislativo y ejecutivo y poseen funciones fiscalizadoras y de juicio de cuentas. Este modelo es adoptado por España, Francia, Italia, Bélgica, Grecia y Portugal.

A par de esta clasificación, hay variables de estos modelos que incorporan aspectos de uno y otro, como es el caso de las EFS de la Austria, Holanda y algunos países de Europa central y de lo Éste.

En el pertinente la efectividad del Control por las EFS, de un modo general, qué se constata es el hecho de la mayor o menor efectividad del control no estar junto a la posición legal institucional del órgano o su mayor o menor relación de dependencia con un u otro poder del Estado. Lo que es determinante para la eficacia del control es que él sea efectuado sobre todo el actividad financiera pública, actuando con la independencia y la imparcialidad necesaria para el cumplimiento de sus funciones<sup>762</sup>.

---

<sup>762</sup> R. MUÑOZ ÁLVAREZ, “La Función fiscalizadora de los Tribunales de Cuentas y su relación con el Parlamento”. Cidade de Salta, Argentina: ed. Comisión bicameral examinadora de obras de autores

Así, todos los modelos pretenden alcanzar el mismo objetivo: realizar un efectivo control y fiscalización de los fondos públicos. Lo esencial es de que las prestaciones de cuentas sean efectuadas ante un órgano que ofrezca garantías de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de sus funciones controladoras, con utilización de los mecanismos necesarios para poder detectar y apurar la responsabilidad de los que hayan practicado actos irregulares<sup>763</sup>.

**Relación con el control interno:** de una manera general todo el EFS poseen una estrecha relación con el control interno, en la medida que la fiscalización está asentada en la dualidad de control – control interno/control externo -. La mayoría de las EFS de la Unión europea confía y apoya los resultados alcanzados por las auditorías internas. Como ejemplo de ese factor de integración de los controles interno y externo, se puede citar Alemania. El Tribunal de Cuentas Alemán se apoya en los 1.500 técnicos de la pre-auditoría, que son los controladores internos de los Departamentos auditados. Esos controladores realizan fiscalización financiera y su trabajo es considerado por el Tribunal de Cuentas, que aprueba sus planes, incluyendo las estadísticas técnicas, efectuando auditorías para verificar el trabajo de la auditoría interna y participa de la elección y nombramiento del personal del control interno.

El ejercicio del control externo realizado por las EFS, en la Unión Europea, posee tres niveles de actuación: regional, nacional y comunitario.

## **Regional**

En Manchester (Reino Unido), en el período de 29 de septiembre a 1º de octubre de 1992, por ocasión de la conferencia constitutiva de la **Organización Europea de Instituciones Regionales de Control Externo del Sector Público – EURORAI**, fueron aprobadas las bases para la creación de una organización que reuniese instituciones regionales y locales de Europa, con el objetivo de fomentar la cooperación entre las instituciones

---

salteños, 1995; C. SALGADO PEREZ, “La función jurisdiccional de los Tribunales de Cuentas”. *Cidade de Salta, Argentina: ed. Comisión bicameral examinadora de obras de autores salteños, 1995.* APUD RIUS, Pilar Jiménez, “El Control de los Fondos Públicos”, op. cit., pág. 46.

<sup>763</sup> RIUS, Pilar Jiménez, “El Control de los Fondos Públicos”, op. cit., pág. 46.



de control en las diferentes áreas en las que realizan sus actividades, así como promover el intercambio de conocimientos y experiencias en la área de fiscalización del sector público. Estos órganos de control son entidades públicas que ejercen sus competencias fiscalizadoras a nivel regional y local.

A EURORAI realizó un estudio comparativo llamado “*las Instituciones Regionales de Control Externo del Sector Público en Europa*”, con publicación en 2ª edición revista y ampliada, 2007. En ese estudio comparativo, como era de esperarse, fue presentada una grande variedad de aspectos sobre las características de las instituciones de control, en cuyo estudio nos enfocamos para verificar la existencia de control con las diferencias más significativas: existe un control efectuado a nivel regional en once países de la comunidad Europea (Alemania, Austria, España, Francia, Irlanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rusia y Suiza), con una grande variedad de aspectos relativos a las instituciones de control de un país para otro, así como de una región para otra.

Hay constitución de Estados federados, en el caso Alemania (Länder), Austria, Suiza y, de cierto modo, también Rusia; descentralización territorial en Francia, Polonia y Portugal (en Portugal fueron creadas estructuras descentralizadas en las Islas de los Açores y de la Madera); un sistema de autonomía regional flexible en España (Comunidades Autónomas – Asturias, País Vasco, Cataluña, Canarias, etc.); y hay también una larga tradición de administración local en Irlanda, en los Países Bajos y en el Reino Unido (en el Reino Unido debe si tener en cuenta a la rápida y progresiva regionalización con diferentes estructuras administrativas en las naciones constituidas de Inglaterra, Gales, Escocia y Irlanda del Norte).

Conforme aún el estudio comparativo de la EURORAI, en los países con sistema federal, la decisión de ser creadas entidades fiscalizadoras regionales es adoptada por la propia región. O mismo es aplicable a los países con un sistema flexible, casi federal, como España. En Estados Unitarios como Francia y Portugal estos órganos de control son instituciones descentralizadas, más o menos independientes del Tribunal de Cuentas estatal. Por otro lado, en Irlanda y en el Reino Unido, con sus instituciones de control externo con competencia fiscalizadora a nivel local, representan un caso especial. Según el Estudio comparativo, en vista de la continúa regionalización, era de esperarse que en el Reino Unido si produciesen cambios significativos en las competencias fiscalizadoras, lo que se ha concretado, especialmente en la Escocia y en el País de Gales.

De cualquier modo, en el estudio comparativo, se constata que ni siempre existen instituciones de control en cada una de las regiones de un país (caso de España y de Rusia). Al mismo tiempo, en algunos países, los órganos fiscalizadores también llevan a cabo auditorías a nivel local y no exclusivamente a nivel regional (Alemania, España y Francia). Sin embargo, hay países donde algunos órganos de control regionales no realizan una actividad de control externo ya que hacen parte de la administración regional y, por tanto, solamente pueden ser considerados como órgano de control interno (Rusia y Suiza).

## **Nacional**

El control Nacional es efectuado por las EFS de cada país a Nivel Nacional. Los Informes de las EFS nacionales, aparte de los países federados, tienen supremacía sobre los informes de las EFS regionales.

## **Comunitario**

En los países integrantes de la Unión Europea, el control externo comunitario será efectuado por el Tribunal de Cuentas Europeo, que examinará las cuentas de la totalidad de las recetas y de los gastos de la Comunidad. Es organismo vinculado al Parlamento Europeo, a lo cual debe presentar una declaración sobre la confiabilidad de las cuentas y de la regularidad y legalidad de las operaciones correspondientes. No posee competencia de juicio y es compuesto por un miembro de cada País Miembro (27 miembros, por un período de seis años, renovable).

### **3.2 – Sistema unipersonal: el control del Reino Unido**

El primer ejemplo de Entidad Fiscalizadora Superior es el del sistema de Controladora. Consonante las peculiaridades de la administración financiera de Inglaterra, en la edad Media, consecuente de un sistema democrático ejemplar, surgió la fiscalización de la actividad financiera del gobierno, ejercida por el *Comptroller General of the Receipt and Issue of His*

*Majesty's Exchequer* – Fiscal General de la receta y del gasto del tesoro de su majestad – a quien era destinada la fiscalización constitucional de las rentas y costas efectuados por el tesoro. Según Alfredo Lopes, en ese sistema de fiscalización, “*el contrastamiento constitucional se distingue del administrativo, confiado a un ‘Paymaster-General’, pagador-general, incumbido de organizar su teneduría por el método de las partidas dobladas, tanto con relación a las cuentas generales como a las auxiliares o elementales. La fiscalización judicial está entregada a al ‘Auditor General’, lo cual, por el ‘Exchequer and Audit Act of 1866’, que consolidó y modernizó las viejas leyes y costumbres de la actividad financiera, si es un órgano distinto del ‘Comptroller’, es ejercido por la misma persona. Sus funciones son las de fiscalizar lo bueno empleo de los dineros públicos y apurar las responsabilidades de los empleados que actúen en detrimento de los intereses del tesoro*”<sup>764</sup>. Éste es el sistema de controladoría, en que la fiscalización de la Administración pública está a cargo de un responsable, con poderes suficientes para auxiliar el Parlamento en el control de las cuentas públicas.

**El control del Reino Unido**, para este efecto de ejemplificar, serán utilizados los elementos contenidos en el excelente trabajo realizado por Pilar Jiménez Rius<sup>765</sup>, de dónde se retira el contenido de las características más significativas de la actuación del control externo en el Reino Unido. El control del Reino Unido está a cargo de la Oficina Nacional de Auditoría – NAO – “National Audit Office” – siendo comandado por un Controlador-Auditor General. La sede principal de la NAO se queda en la Estación Ferroviaria “Victoria”, en Londres. A NAO posee un importante lugar en el ámbito de la Administración Pública británica, una vez que es considerada la ventana del Parlamento, por medio de la cual se puede contemplar el funcionamiento y la gestión del Ejecutivo. “*Siendo la ventana del Parlamento, también es la ventana del pueblo británico. Es el elemento esencial para mantener todo el sistema limpio y decente*”<sup>766</sup>.

Cual si ve, a NAO es un organismo de control unipersonal, sistema de Controladoría, poseyendo los siguientes aspectos esenciales:

---

<sup>764</sup> LOPES, Alfredo Cecílio. “*Ensaio sobre o Tribunal de Contas*”, op. cit. p. 55; FERRAZ, Luciano. op. cit. p. 112.

<sup>765</sup> RIUS, Pilar Jiménez, “*El Control de los Fondos Públicos*”, op. cit., págs. 130/168.

<sup>766</sup> HENNERSSY, Peter, “*National Audit Office: Annual Report 2002: Helping the nation to spend wisely*”. Londres. APUD RIUS, Pilar Jiménez, “*El Control de los Fondos Públicos*”, op. cit., pág. 132.

- es un órgano de carácter unipersonal, ya que la dirección y la representación del mismo recae sobre una única persona, que es el Controlador-Auditor General.

- realiza funciones de fiscalización a posteriori, lo que significa decir que controla los fondos públicos de forma única, solamente después la ejecución de los mismos.

- No posee funciones jurisdiccionales, por tanto, las responsabilidades por un manejo incorrecto de los fondos públicos, encontradas en sus auditorías, son comunicadas y exigidas por la jurisdicción ordinaria (judicial).

La misión de la NAO es promover a mejora de las normas de gestión financiera y de elaboración de informes de fiscalización, en cuanto a la correcta ejecución de las actividades públicas y de la introducción de cambios positivos en la prestación de servicios públicos. Sus objetivos son:

- Realizar fiscalización financiera de las entidades que integran el sector público estatal, aprobar sus cuentas y, cuando sea pertinente, informar su resultado al Parlamento;

Realizar fiscalización operativa de las entidades integrantes del sector público estatal e informar de los resultados al Parlamento;

- Analizar e informar sobre los riesgos de los sistemas financieros británicos;

- Apoyar el Comité de Cuentas Públicas en el control de los entes del sector público y proporcionar información, evidencias y consejos a los diferentes entes públicos nacionales e internacionales;

- Controlar la salida de fondos públicos desde el Ministerio de la Economía hasta los demás Ministerios.

## **Principales actividades de la NAO:**

- Proporcionar evidencias y consejos al Parlamento británico sobre la regularidad y contabilidad de los costos y entradas públicas, por medio de la fiscalización de cuentas anuales de los integrantes del sector público;

- Dar su opinión al Parlamento si las entidades públicas administran los fondos recaudados de los contribuyentes de manera económica, eficaz y eficiente.

Por tanto, en ese contexto, hay las siguientes funciones en las actividades de la NAO: **función fiscalizadora, función didáctica y función consultiva. No posee función julgadora.**

**Resultados de la Fiscalización: Recomendaciones e Informes.** De la fiscalización realizada por la NAO son alcanzados dos tipos de resultados: las recomendaciones y los informes.

## **Recomendaciones**

Todos los actos de fiscalización resultan en un informe (informe) que contiene recomendaciones para mejorar las actividades del sector público. Recomendaciones constituyen la opinión del órgano controlador sobre la actuación administrativa de los órganos públicos, visando corregir o mejorar el procedimiento administrativo.

## **Informes**

Los informes (informes) son instrumentos de comunicación entre a NAO y el Parlamento. Así, todo el trabajo de fiscalización realizado por la NAO tiene como destinatario el Parlamento. En el Parlamento hay la Comisión de Cuentas Públicas, formada con quince miembros, con reuniones dos veces por semana, con la competencia de realizar reuniones con los miembros de la NAO, en el sentido de analizar los informes de fiscalización financiera y de fiscalización operativas, que son denominadas de audiencias.

Las audiencias son públicas, aparte de las materias que puedan afectar la seguridad nacional o tenga un inmenso impacto socio-comercial. En esas audiencias el Controlador-Auditor General deberá efectuar un resumen de lo informe ante la Comisión, mientras el Vice Controlador deberá se poner presente la todo el reunión para prestar aclaraciones a la Comisión.

Los informes pueden ser individuales o anuales. Los individuales dicen respeto a situaciones fiscalizadas en el decurrir del ejercicio. Anual es efectuado despues el cierre del ejercicio, con involucrimiento y consolidación de todos los informes individuales.

### 3.3 – Sistema colegiado

Otros países entendieron de crear un órgano colegiados específico para el control de las cuentas públicas. En la edad Media, Francia poseía una monarquía con filosofía política diferenciada de Inglaterra. La contabilidad pública era hecha en razón y beneficio del rey<sup>767</sup>, pero, mismo así, desde el reinado de Luiz IX, adoptaba un refinamiento técnico de teneduría de las cuentas reales, el método de las partidas dobladas. Como Luís IX dedicaba especial cuidado a las finanzas reales, el 1.256 estableció normas rígidas para la gestión financiera de su reino, lo que es considerado por los historiadores la creación de una verdadera Corte de Cuentas<sup>768</sup>. Posteriormente, Felipe IV, el Bello, en 1309, al nivel del Consejo del Rey, instituyó la *Chambre des Comptes*, para quien los servidores del fisco deberían prestar cuentas. Desde entonces, la Cámara de Cuentas experimentó una extraordinaria evolución, hasta que, Napoleão, el 16 de septiembre de 1807, creó a *Cour des Comptes – Corte de Cuentas* – con organización asemejada a de las Cámaras de Cuentas, compuesta de siete miembros, escogidos por el Senado en lista nacional, cuya estructura básica permanece hasta hoy<sup>769</sup>. Éste es el sistema de Tribunales de Cuentas adoptado en muchos países, incluyendo España y Brasil.

Se mencione todavía que, en los Estados alemanes, por sus

---

<sup>767</sup> FERREIRA, Luís Pinto. “*Curso de Direito Constitucional*”, 1º vol., 3ª edição ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1974, pág. 299.

<sup>768</sup> LOPES, Alfredo Cecílio. “*Ensaio sôbre o Tribunal de Contas*”, op. cit. pág. 38.

<sup>769</sup> DEODATO, Alberto. “*Manual de Ciência das Finanças*”, op. cit. pág. 397. LOPES, Alfredo Cecílio. “*Ensaio sôbre o Tribunal de Contas*”, op. cit. pág. 60.

condiciones de progreso, hubo la posibilidad de las finanzas públicas ser organizadas técnicamente, con utilización de la contabilidad y de un sistema de fiscalización, por eso, en la Prusia, en 1714, por acto de Frederico Guilherme I, fue instituida a Cámara Suprema de Cuentas. Sin embargo, solamente en 1876 es que la Cámara de Cuentas prusiana fue transformada en Corte de Cuentas del Imperio Alemán, con posición de independencia equiparada a la de la más alta Corte de Justicia<sup>770</sup>.

### 3.3.1 – El Tribunal de Cuentas y su función de control en la estructura del Estado Contemporáneo

El sistema colegiados, constituido en la forma de Tribunal de Cuentas, experimentó un fantástico cambio en el transcurrir de los tiempos. Cual si puede notar por la evolución del sistema de control, éste, como no podría dejar de ser, acompañó, *par i pasu*, el desarrollo experimentado por el Estado. Así, en el nuevo tipo de Estado que emergió modernamente, el Estado contemporáneo, está un Estado pluralizado socialmente, cuya integración de las diferencias consolida el Estado Democrático de Derecho, donde el *“equilibrio entre los intereses de los grupos de mayor expresión, en la actualidad se presenta también más y más pluralizado (...). Y de tal forma el pluralismo se volvió una necesidad fundamental para la existencia de las sociedades complejas contemporáneas, que pasó a ser alzado a las constituciones, como un principio fundamental, irradiándose sobre todos los institutos políticos y jurídicos”*<sup>771</sup>, hecho éste que propició una participación política abierta a todos los ciudadanos, haciendo con que, todos aquéllos que ejerciesen parcela del Poder Estatal, lo hiciesen con transparencia, en el sentido de asegurar un control social sobre los actos gubernamentales, propiciando a los ciudadanos condiciones para que exterioricen su opinión, con poderes de que influencien en la formulación de políticas públicas.

Por tanto, éste Estado moderno, pluralizado socialmente, con funciones dirigidas específicamente para el bienestar del ciudadano, a lo cual es dado derecho de participación política directa, fue, inicialmente,

---

<sup>770</sup> LOPES, Alfredo Cecílio. *“Ensaio sobre o Tribunal de Contas”*, op. cit. pág. 81.

<sup>771</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, in *“O Parlamento e a Sociedade como Destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas”*, memorável conferência proferida no Encontro Luso-Brasileiro de Tribunais de Contas, realizado no Estoril, Portugal, realizado de 19 a 21 de março de 2003. Publicada in *“O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais”*. Editora Fórum, 2003, pág. 40.

estructurado con base en la teoría de Montesquie, con sustentación en el sistema de frenos y contrapesos para el ejercicio del poder, formateándose en tres poderes: el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, en el sentido de ser evitado el abuso de poder y el desvío de su ejercicio para otros fines que no fuesen los intereses del ciudadano.

Sin embargo, esta matriz constitucional de estructuración del Estado, modernamente, se ha mostrado superada, puesto que, en la actualidad, mismo habiendo formalmente el desdoblamiento en tres poderes – Ejecutivo, Legislativo y Judicial - la materialidad del ejercicio de lo poder ha demostrado la coexistencia de varios centros de poder dentro del Estado, con controles recíprocos, que tornan más apropiada la identificación de estos centros de poder por medio de las funciones del Estado, no por la división formal de los poderes.

Así, las diversas actividades realizadas en razón de las funciones del Estado son ejercidas por un conjunto de órganos constitucionales, que Diogo de Figueiredo distingue “*entre órganos constitucionales subordinantes y órganos constitucionales subordinados, como resultado de la confrontación entre las funciones ejercidas por ellos*”<sup>772</sup>.

En ese contexto, se puede decir que, en faz de las funciones que ejecutan, control sobre la actividad funcional del Estado, el Ministerio Público y el Tribunal de Cuentas son órganos subordinantes, una vez que no están subordinados a cualquiera otro organismo estatal, poseyendo autonomía constitucional para el ejercicio de sus funciones.

Por tanto, en el Estado contemporáneo, el Tribunal de Cuentas, como órgano de control de la actividad financiera del Estado, asume un lugar de destaque en la estructura orgánica del Estado, revelándose como un órgano de función constitucional subordinante, con actuación autónoma e independiente de los demás poderes, cuya actividad de fiscalización está dirigida para el interés público, en el sentido de hacer con que los actos de los gestores del Estado sean practicados siempre en favor del ciudadano y de la sociedad, con servicio de los principios de la legalidad, legitimidad y economicidad.

Así, se puede decir que, en faz de su autonomía constitucional

---

<sup>772</sup> Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, “*O Parlamento e a Sociedade como Destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas*”, op.cit., pág.58.



para el ejercicio de la función de control de la actividad financiera del Estado, en la contemporaneidad, el Tribunal de Cuentas sin ser Poder se quedó con el poder de fiscalizar el Poder, actuando en nombre del Estado y de la sociedad, en el sentido de preservar la regularidad de la aplicación de los dineros públicos, con atención del interés público<sup>773</sup>.

### **3.3.2 – El Tribunal de Cuentas como órgano inherente al Estado Democrático de Derecho**

Cual si ve en el transcurrir del presente trabajo, la evolución de los sistemas de control, demuestra que, desde la Antigüedad, siempre hubo la institución de funciones de control de las finanzas públicas, con el fin de resguardarlas de posibles desvíos. Inicialmente, el desempeño de ese control era efectuado para atender al interés de los gobernantes, en la medida que su poder, por ser absoluto, se confundía con el del Estado.

Con la evolución del Estado y la implantación de regímenes democráticos, el poder estatal pasó a ser ejercido en nombre y en favor del pueblo, haciendo con que la fiscalización de las cuentas públicas pasase a constituir prerrogativa de la soberanía popular, volviéndose imprescindible a lo mantenimiento del propio régimen democrático.

Modernamente, se acentuó aún más la importancia de los órganos fiscalizadores de las cuentas públicas – Controladorías y Tribunales de Cuentas – para los Estados de régimen democrático. Visando mantener la actuación gubernamental dirigida tan sólo para la práctica de actos que atiendan a los intereses de la colectividad, justamente para no permitir que los gobernantes usasen las finanzas públicas en provecho propio o de tercero, las Constituciones de los Estados pasaron a ser pródigas en plantear reglamentos con poderes de fiscalización cada vez más autónomos e independientes, a fin de que los órganos de control actúen siempre en favor del ciudadano y de la sociedad<sup>774</sup>.

Como esas características democráticas se transformó en esencia de los órganos de control, se puede decir que el Tribunal de Cuentas se volvió el ojo del pueblo, en la medida en la que verifica se hay el regular y

---

<sup>773</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O controle da Gestão Pública*”, pág. 205.

<sup>774</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O controle da Gestão Pública*”, pág.213.

legal empleo de los dineros públicos y su aplicación está dirigida al interés público. Este órgano de Control, como integrante de la estructura política del Estado, con función constitucional autónoma, aunque no sea Poder en el sentido orgánico formal, actúa en nombre del pueblo, a fin de hacer con que la actividad pública si desarrolle de acuerdo con el interés público, constituyendo, por eso, pieza imprescindible del régimen democrático.

Considerando que la legitimidad del Estado Democrático depende de un efectivo control sobre la actividad financiera, puesto que los derechos y garantías individuales solo estarán protegidos si no ha prepotencia del Estado y los actos de sus dirigentes, de igual forma, solo son realizados en favor de los ciudadanos, cuya fiscalización es realizada por el Tribunal de Cuentas, se puede decir que este organismo de control externo es de pura esencia democrática, que actúa bajo fundamentos democráticos y en defensa de la democracia. Por su vínculo a la Constitución y a la ley, produciendo acción en defensa del ciudadano (interés público), es órgano inherente al Estado Democrático de Derecho.

### **3.3.3 – El Tribunal de Cuentas en España y en Brasil**

**El Tribunal de Cuentas de España** tiene sus orígenes en la Edad Media – *Contadores Mayores en la Corte Castellana*, en 1388; *Casa de Cuentas* de Valladolid, creada por la Corte de Toledo en 1436; La *Contaduría Mayor de Cuentas*, creada por Juan II en 1442<sup>775</sup> – pero fue bajo el régimen de la Constitución de 1845, cuando se realizaron importantes reformas en la administración financiera del Estado, que hubo la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas – 1851 – con el establecimiento de una estructura institucional de control, consagrando un sistema de fiscalización financiera de la Administración Pública.

Desde entonces, en todos los regímenes constitucionales que estuvieran en vigencia en España, con edición de normas en 1845, 1851, 1870, 1924, 1931, 1953 1961, el Tribunal de Cuentas, independiente del régimen político vigente, fue mantenido como órgano de fiscalización financiera, cuyos poderes de actuación se daban en la forma del régimen político que comandaba el país.

---

<sup>775</sup> Informações contidas no *site* do Tribunal de Contas Espanhol, no seguinte endereço eletrônico: <http://www.tcu.es/Antecedentes.htm>.

En la actualidad, conforme el art. 136 de la Constitución de 1978, el Tribunal de Cuentas español asumió un papel importante en el sistema político de monarquía parlamentaria adoptado por España, en la medida que le es destinada a la función de órgano supremo de fiscalización de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como de todo el sector público – *“El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público”* – en el sentido de proceder al examen y a la comprobación de las cuentas generales del Estado.

El Tribunal de Cuentas ejerce sus funciones por delegación de las Cortes Generales – *Las Cortes Generales* – formadas por el Congreso de Diputados y el Senado, con deber de remeter a las mismas un Informe anual, comunicando las infracciones o responsabilidades apuradas y en que sector de la administración ocurrió. Aunque este nexo de ligazón con el Legislativo, el Tribunal de Cuentas posee independencia de actuación. La jurisdicción del Tribunal de Cuentas es única y se extiende a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los Órganos fiscalizadores de cuentas de las Comunidades Autónomas (art. 1º, 1 2, de la Ley Orgánica 2/1982, el 21 de mayo).

El Tribunal de Cuentas ejerce sus funciones con plena independencia, con sometimiento al ordenamiento jurídico. Elabora su propio presupuesto, que integrará el presupuesto general del Estado en una sección independiente y será aprobado por “las Cortes Generales” (art. 5º y 6º, de la Ley Orgánica).

Los Consejeros son designados por las Cortes Generales, seis por el Congreso de Diputados y seis por el Senado, por un período de nueve años, entre Censores del Tribunal de Cuentas, Censores jurados de Cuentas, Magistrados y Miembros del Ministerio Público, profesores de universidades y funcionarios públicos pertenecientes a cuerpos funcionales para cuya ingreso si exija titulación académica superior, abogados, economistas y profesores Mercantiles, con reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio profesional (art. 30). Son independientes e inamovibles (art.30, 2, de la Ley Orgánica), sujetos las mismas incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones fijadas para los jueces del Poder Judicial (art.33 de la Ley Orgánica).

## **Función**

El Tribunal de Cuentas español realiza una fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector Público.

a) Externa porque el Tribunal de Cuentas es un órgano extraño, distinto y no integrado dentro de la estructura del órgano fiscalizado.

b) Permanente porque es una función que se realiza de manera constante y que se refiere a todos y cada uno de los ejercicios presupuestarios que van sucediendo en el tiempo.

c) Consuntiva porque es una función que se haya realizado conforme las normas y principios establecidos se vuelve definitiva y no puede ser modificada por ninguno otro órgano, ni por otro Tribunal, ni siquiera por las Cortes Generales.

- El Juicio de las responsabilidades apuradas de aquéllos que tengan a su cargo el manejo de recetas y gastos públicos.

## **Principios fiscalizadores**

Según Pilar Jiménez Rius, la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas debe fundamentarse, de acuerdo con el establecido en el art. 31.2 de la Constitución española y en el art. 9 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, en los principios de la legalidad, eficiencia, eficacia y economía, definiéndolos en la siguiente forma<sup>776</sup>:

- De conformidad con el principio de la legalidad porque toda el actividad desarrollada por el ente sujeto al control debe ajustarse al ordenamiento jurídico vigente.

- En virtud del principio de la eficiencia se debe buscar alcanzar el mejor resultado posible entre los servicios producidos y los

---

<sup>776</sup> RIUS, Pilar Jiménez, “*El Control de los Fondos Públicos*”, op. cit., pág. 410.

recursos utilizados para producirlos.

- Eficacia es el principio o parámetro en virtud de lo cual se mide el grado de consecución de los objetivos por parte de un ente público.

- Por el principio de la economía debe alcanzarse la mejor cantidad y calidad de las prestaciones al menor coste posible.

### **Objetivos**

La función fiscalizadora del Tribunal de cuentas español busca verificar la regularidad de la acción administrativa cuanto el servicio a los principios de la legalidad, de la eficiencia, de la economía y de la primacía del interés público, con los siguientes objetivos:

- Busca de un orden económico y social justa y promoción del progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida (preámbulo de la constitución);

- Garantía de los principios de legalidad, seguridad jurídica y interdicción a la arbitrariedad de los Poderes Públicos (art. 9.3 de la Constitución);

- Asegurar que los costas públicos sean realizados de forma equitativa a los recursos públicos existentes y que su programación y ejecución corresponda a los criterios de eficiencia y economía (art.31.2 de la Constitución y art. 9º de la Ley Orgánica).

### **Alcance de la Fiscalización**

- a) La Administración del Estado
- b) Las Comunidades Autónomas
- c) Las corporaciones locales
- d) Las entidades gestoras de La seguridad Social
- e) Los organismos autónomos
- f) Las sociedades estatales y demás Empresas Públicas.

## Resultados de la Fiscalización

Los resultados de la fiscalización son efectuados de las siguientes modales: mediante Informes, Memoráis, Mociones, Anotaciones o Juicio.

**Informes:** los resultados de la fiscalización serán expuestos por medio de Informes o Memorias ordinarias o extraordinarias y de Mociones o Anotaciones, que serán llevadas al conocimiento de las Cortes Generales y serán publicadas en el Diario Oficial del estado.

En lo Informe o Memoria anual será procedida análisis de las cuentas generales del Estado y de las demás del sector público, abordando la fiscalización de la gestión económica del Estado y del sector público.

Nos informes deberán ser observadas todas las infracciones, abusos o prácticas irregulares constatadas.

**Juicio:** el Tribunal de Cuentas, como jurisdicción propia, realizará el juicio de las cuentas (El enjuiciamiento contable) de todos aquéllos que posean el deber prestar cuentas por recauden, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, dineros y valores públicos.

**El Tribunal de Cuentas en Brasil,** aunque varias tentativas ocurridas en tiempos anteriores, el Tribunal de Cuentas en Brasil solo vino a ser instituido por la Constitución de 1891, al ser estatuido en su art. 89: *“Es instituido un Tribunal de Cuentas para liquidar las cuentas de la receta y gasto y verificar su legalidad, antes de ser prestadas al Congreso. Los miembros de este Tribunal serán nombrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, y solamente perderán sus lugares por sentencia”*.

Punto primordial a la ejecución del texto constitucional se dio con el reglamento bajado a través del Decreto nº 1.166, de 17 de diciembre de 1892, permitiendo que el Tribunal viniese a funcionar. Esta reglamentación estableció normas de procedimiento que sobrepasaron el permisivo constitucional fijado para el ejercicio de la fiscalización de los actos financieros del gobierno, en la medida que también estableció una competencia privativa al Tribunal de Cuentas, al darle competencia para juzgar las cuentas de los responsables de dineros y valores pertenecientes a la

República. Aunque haya sido motivo de grande controversia en la época, prevaleció el dispositivo de la norma reglamentar, incluso siendo elevada la condición de regla orgánica, consonante su adopción en el Decreto-Legislativo n° 392 de 8 de octubre de 1896 (Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas). Posteriormente, fueron efectuadas sucesivas reformas en su organización, llevando al perfeccionamiento de la institución (1911, 1918 1922).

Desde entonces, el Tribunal de Cuentas pasó a demostrar su importancia en la estructura del estado, firmándose como institución necesaria al control de su actividad financiera. Alcanzando reconocimiento por la actividad ejercida, a Corte de Cuentas continuó a participar de las otras Constituciones elaboradas, que le reservaron cada vez más espacio, autonomía e independencia de actuación.

En lo que tañe a la autonomía del Tribunal de Cuentas, factor preponderante a la ejecución de las eminentes tareas que le son destinadas constitucionalmente, esta flui de las normas dispuestas en el art. 73 y párrafos de la Constitución Federal, donde consta la forma de constitución del órgano, jurisdicción, competencia de organización, prerrogativas y garantías a sus miembros.

La Constitución establece garantías para que los miembros del Tribunal de Cuentas puedan mantener su independencia y ejercer la función fiscalizadora con dignidad e imparcialidad. Conforme las enseñanzas de Sahid Maluf<sup>777</sup>, ministrados para el Poder Judiciario, pero aplicables al Tribunal de Cuentas, esas garantías constitucionales son de dos órdenes: a) institucionales u orgánicas; y b) subjetivas o funcionales.

- **Son garantías institucionales u orgánicas** aquéllas que dicen respeto: a) a la organización del Tribunal y sus servicios auxiliares, elaboración del Regimiento Interno, nombramiento de los cargos, concesión de licencia y vacaciones a sus miembros y servidores, creación y extinción de cargos y la fijación de los respectivos vencimientos, incluso de sus Miembros y Auditores; b) formación de la composición del Tribunal solamente mediante criterios establecidos en la propia Constitución.

- **Son garantías subjetivas o funcionales**, aquéllas que visan asegurar la independencia de los miembros del Tribunal con relación a los

---

<sup>777</sup> MALUF, Sahid. “*Direito Constitucional*”, 16ª edição, São Paulo Saraiva, 1984, pág. 306-307.

Poderes del Estado, que se fijan en: vitalicidat, inamovilidad e irreductibilidad de vencimientos.

### **Composición y organización**

La composición del Tribunal de Cuentas es una garantía constitucional de naturaleza orgánica, cuya formación solo puede ocurrir consonante los criterios fijados constitucionalmente, como un de los factores de autonomía e independencia institucional, por esto, no si sometiendo a juicios de conveniencia y oportunidad de cualquiera de los Poderes del Estado. La forma constitucional determinada debe ser seguida a la raya y no puede, independientemente de la justificativa – confianza, competencia, importancia, etc. – ser modificada, una vez que envuelve norma constitucional y es representativa de la autonomía e independencia del órgano controlador<sup>778</sup>.

En la actual composición constitucional (art. 73, § 2o, CF), El Tribunal de Cuentas de la Unión es integrado por nueve (9) Ministros, cuya elección se dará: a) un tercio por el Presidente de la República, con aprobación del Senado Federal, siendo dos alternadamente de entre auditores y miembros del Ministerio Público junto al Tribunal, indicados en lista tríplice por el Tribunal, según los criterios de antigüedad y merecimiento; b) dos tercios por el Congreso Nacional.

Cual si ve, la elección de los miembros del Tribunal de Cuentas evolucionó para un aspecto de naturaleza democrática, con participación del Ejecutivo y del Legislativo, cabiendo al Parlamento, de forma justa, el mayor número de indicaciones, por ser éste, en la calidad de representante de todos los segmentos sociales, el detentador del control externo. Sin embargo, hay también un indudable realce del carácter técnico, una vez que la elección debe ocurrir entre auditores y miembros del Ministerio Público, profesionales calificados, con entrada mediante concurso público; o entre personas que sean detentadores de formación profesional adecuada y posean experiencia comprobada en el ejercicio de esas actividades, conforme los siguientes requisitos exigibles (§ 1o del art. 73 de la CF):

I – más de treinta cinco y menos de sesenta cinco años de edad;

---

<sup>778</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O controle da Gestão Pública*”, op. cit., págs. 215/216.



II – idoneidad moral y reputación íntegra;

III – notorios conocimientos jurídicos, contables, económicos y financieros o de administración pública;

IV – más de diez años de ejercicio de función o de efectiva actividad profesional que exija los conocimientos mencionados en el inciso anterior.

De otra parte, en el tocante a la organización, el Tribunal de Cuentas, como órgano ejecutor del control externo, para realizar la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial de la Administración Pública, con competencia sobre los tres Poderes del Estado, necesita, para el ejercicio de tan noble misión, de garantías constitucionales de autonomía e independencia, incluso en lo que pertenece la estructuración y el funcionamiento de sus órganos. Por esto, tenemos de los art. 73 75, con aplicabilidad del art. 96, de la Constitución, posee poderes para organizarse, tener cuadro propio de personal y jurisdicción en su órbita de competencia territorial.

Por tanto, la autonomía de organización administrativa es un de los factores de garantía institucional del Tribunal de Cuentas, comprendiendo la posibilidad de proceder, con independencia, la estructuración y el funcionamiento de sus órganos. Justamente por esto, la Constitución le conferió las mismas garantías dadas a los Tribunales Judiciales, en lo que cupiese, lo que significa la aplicabilidad del dispuesto en el art. 96, con adaptación a las peculiaridades institucionales del Tribunal de Cuentas,

En ese sentido, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de la Unión, Ley nº 8.443, de 16.07.1992, fija la estructura administrativa y jurisdiccional de sus órganos, estableciendo su forma de funcionamiento. Su Reglamento Interno, Resolución Administrativa nº 15, de 15.06.1993, reglamenta tanto el proceso de fiscalización, disponiendo sobre los procedimientos de auditoría y prestación de cuentas, cuanto los procedimientos de la acción administrativa y de juicio de las cuentas, disponiendo sobre los órganos creados para el servicio de esas finalidades fiscalizadoras.

## **Función**

Fiscalización contable, financiera y presupuestaria es la denominación dada a la “Sección IX, del Capítulo I – Del Poder Legislativo”, que trata del sistema de fiscalización de la actividad financiera del Estado. Este sistema está estructurado en la dualidad de control – el control externo ejercido por el Poder Legislativo, con el auxilio del Tribunal de Cuentas y el control interno de cada Poder – para proceder a una fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial sobre todos los Poderes y órganos de la administración directa e indirecta, envolviendo la aplicación de las subvenciones y renuncia de recetas (art. 70 de la CF).

De esa forma, la función del Tribunal de Cuentas es realizar la fiscalización contable, financiera y presupuestaria de la Administración Pública, visando acompañar, evaluar y juzgar la regularidad de los actos practicados por los agentes públicos que tienen la función de recaudar la receta, ejecutar el gasto y administrar los bienes y valores públicos, sometiendo tales actos a un control en sus aspectos contables, financieros, presupuestarios, operacionales y patrimoniales.

El sistema de fiscalización contable, financiera y presupuestaria no se delimita ni se constituye en simple técnica. El fundamental del sistema de fiscalización es de que éste se define por una actividad que utiliza y analiza la técnica, pero tiene su actuación dirigida para una actividad jurídica de evaluación, en el sentido de verificar el bueno y regular empleo de los dineros públicos, que puede repercutir en una responsabilización, tenémosnos de la ley.

El Tribunal de Cuentas busca el establecimiento de una acción de control que envuelva todas las actividades de la organización estatal, desde la planificación gubernamental hasta la efectiva realización de sus objetivos, mediante procedimientos técnicos y de evaluación jurídica. El sistema de fiscalización contable, financiera y presupuestaria, por medio del procedimiento de auditoría visa evaluar y medir la eficacia de los controles internos existentes, en el sentido de detectar, precaver y orientar sobre posibles fallos, irregularidades o ilegalidades, funcionando como elemento de fiscalización que permita a la Administración promover, con economicidad, mayor eficiencia y calidad a los servicios que realiza. Los resultados obtenidos por los procedimientos de auditoría sirven de elementos informativos al examen y juicio de las cuentas que serán prestadas al final del ejercicio

financiero<sup>779</sup>.

## Principios

El Estado Democrático de Derecho, como factor de legitimidad, depende de un efectivo control sobre su actividad financiera, en el sentido de que la acción estatal se desarrolle en favor del interés colectivo y no de sus gobernantes. Por eso, siendo establecido un sistema de fiscalización contable, financiero y presupuestario que se opera de manera amplia sobre todo el Administración Pública, alcanzando todos los órganos de la administración directa o indirecta, de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, la Constitución determinó que ese control sobre las cuentas públicas fuese efectuado de acuerdo con los principios de la legalidad, legitimidad y economicidad<sup>780</sup>.

**a) Principio de la legalidad.** Por el principio de la legalidad es deber de la Administración Pública someterse completamente a las leyes, lo que significa sometimiento a todo el ordenamiento jurídico nacional, en el sentido de ejecutar los planes de gobierno, expreses en el presupuesto, con los órganos de control, en el ejercicio de la fiscalización contable, financiera y presupuestaria, debiendo verificar y evaluar jurídicamente la regularidad de los actos practicados por los administradores, a fin de que éstos no sean resultados de una acción de interés personal del gobernante, sino del interés público, por ser éste resultado de la soberanía popular que, en último análisis, está expresa en la ley.

**b) Principio de la legitimidad.** De una manera general, legitimidad deriva de legalidad. Legitimidad sería entonces estar conforme la ley y al Derecho. Sin embargo, deja de encerrar apenas una conformación de naturaleza legislativa, yendo más además, en la medida que se estructura en fundamentos de moralidad, identificándose con los valores, principios y fines que rigen a acción administrativa, en la consecución de los objetivos estatales – el interés público.

**c) Principio de la economicidad.** El principio de la economicidad se volvió relevante en el derecho constitucional moderno,

---

<sup>779</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O controle da Gestão Pública*”, op. cit., págs. 239.

<sup>780</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O controle da Gestão Pública*”, op. cit., págs. 248/252.

dirigiéndose para un “*control de la eficiencia en la gestión financiera y en la ejecución presupuestaria, consubstanciada en la minimización de costes y costas públicos y en la maximización de la receta y de la recaudación. Trasciende el mero control de la economía de costas, entendida cómo aprieto o disminución de gasto, pues abarca también la receta, en la cual aparece como efectividad en la realización de las entradas presupuestarias*”<sup>781</sup>.

## Objetivos

El objetivo fiscalizador es de mantener una fiscalización permanente sobre la utilización y administración de los bienes y dineros públicos, a fin de evitar su malversación y posibilitar el establecimiento de un clima de confianza que cree una estabilidad de comportamiento en la gerencia y administración de las finanzas estatales, con la finalidad de los bienes y recursos financieros ser apropiadamente utilizados por los administradores públicos para atención de las necesidades colectivas. Este objetivo, en la forma determinada por el art. 70 de la Constitución de 1988, envuelve una fiscalización en el aspecto, contable, financiero, presupuestario, operacional y patrimonial.

- **Fiscalización contable.** Fiscalización contable es a que se efectúa por medio de control realizado sobre los registros contables determinados legalmente, objetivando examinar y verificar la regularidad y la corrección técnica de la teneduría, la legitimidad de los actos y hechos que dieron origen a los lanzamientos y la formalización de la documentación comprobatoria, midiendo y evaluando la seguridad y la eficiencia del sistema de control interno, propias del sistema contable<sup>782</sup>.

- **Fiscalización financiera.** La fiscalización financiera objetiva verificar si las cuentas públicas representan la efectiva situación financiera de la Administración, envolviendo un control sobre la recaudación de la receta y la realización del gasto, teniendo en cuenta la legalidad y la regularidad de sus operaciones<sup>783</sup>.

---

<sup>781</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “*A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*”. Revista de Direito Administrativo 194/31-45, Rio de Janeiro, out.-dez., 1993, pág.. 36-37.

<sup>782</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O Controle da Gestão Pública*”, op. cit., pág. 240.

<sup>783</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O Controle da Gestão Pública*”, op. cit., pág. 241.

- **Fiscalización presupuestaria.** La fiscalización presupuestaria visa proceder a un acompañamiento de verificación de la ejecución presupuestaria, con examen sobre la ejecución de los programas, proyectos y actividades determinados por la ley presupuestaria, procediendo a una verificación sobre a fiel observancia de las normas, procedimientos y dispositivos legales que envuelven todo el ciclo presupuestario, desde la elaboración del Plan de Gobierno, la Ley de Directrices Presupuestarias, el Presupuesto anual, incluyendo los métodos de control de los créditos presupuestarios o adicionales hasta el registro de los hechos por la contabilidad<sup>784</sup>.

- **Fiscalización operacional.** La fiscalización operacional visa evaluar el grado de cumplimiento de los objetivos y metas previstos en la ley presupuestaria; determinar la eficiencia (máximo de rendimiento sin desaprovechamiento de costas y tiempo), la eficacia (realización de las metas programadas) y a economicidad (operación al menor coste posible) de los actos de gestión practicados; evaluar la eficacia del control en la administración de los recursos humanos, materiales y financieros, identificando las áreas críticas en la organización y funcionamiento de la Administración, con vistas a formular recomendaciones que posibiliten superar las observaciones más significativas<sup>785</sup>.

- **Fiscalización patrimonial.** La fiscalización patrimonial objetiva mantener el preservación de los bienes patrimoniales del Estado – bienes muebles e inmóviles – tanto en el aspecto de su guarda cuanto en lo de responsabilidad por el uso, así como por su movimiento, conservación y seguridad<sup>786</sup>.

### **Alcance de la Fiscalización**

El sistema de fiscalización contable, financiero y presupuestario alcanza todos los órganos de la Administración Pública, sean de la administración directa o indirecta, envolviendo todas las unidades administrativas de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, autarquías, sociedades de economía mixta, empresas públicas, fundaciones y sociedades instituidas y mantenidas por el Poder Público, incluyendo las empresas

---

<sup>784</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O Controle da Gestão Pública*”, op. cit., pág. 241.

<sup>785</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O Controle da Gestão Pública*”, op. cit., pág. 242.

<sup>786</sup> MILESKI, Helio Saul, “*O Controle da Gestão Pública*”, op. cit., pág. 243.

supranacionales, sometiéndose la obligatoriedad de prestación de cuentas cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que utilice, recaude, guarde, dirija o administre dineros, bienes y valores públicos.

### **Competencias constitucionales de fiscalización**

- Emisión de parecer previo sobre las cuentas del Presidente de la República. En el ámbito de los Estados y Municipios hay el mismo tipo de competencia: emisión de parecer previo sobre las cuentas de los Gobernadores de Estado y de los Alcaldes municipales.

- Juicio de las cuentas de los demás responsables de dineros, bienes y valores públicos.

- Apreciación de legalidad para fines de registro de los actos de admisión de personal y de los actos de jubilaciones, reformas y pensiones.

### **Resultados de la fiscalización**

De una manera general, los resultados de la fiscalización realizada por el Tribunal de cuentas se operan de cuatro modos: Informes, Apreciación de Legalidad, Parecer Previo y Juicio.

**Informes.** Los resultados de la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial de los órganos de la Administración Pública serán expresas en Informe, lo cual será dado conocimiento a la autoridad administrativa fiscalizada e integrará el proceso de prestación de cuentas de los responsables para fines de juicio.

**Apreciación de Legalidad.** Son decisiones envolviendo la apreciación de legalidad, para fines de registro, de los actos de admisión de personal, a cualquier título, en la administración directa e indirecta, incluidas las fundaciones instituidas y mantenidas por el Poder Público, exceptuadas los nombramientos para cargo en comisión, bien como la de las concesiones de jubilaciones, reformas y pensiones.

**Parecer Previo.** La primera de las competencias específicas del Tribunal de Cuentas es a de emitir parecer previo sobre las cuentas del Jefe del Poder Ejecutivo de las tres esferas de gobierno, así como sobre las cuentas que deben ser prestadas por los gestores fiscales. En el sistema de fiscalización contable, financiero y presupuestario determinado constitucionalmente, el control externo se queda a cargo del Poder Legislativo, pero es ejercido con el auxilio del Tribunal de Cuentas, lo cual, como órgano ejecutor del control externo, cuando en el ejercicio de sus competencias, posee un control de naturaleza esencialmente técnico-jurídico, mientras al Legislativo es reservado el ejercicio del control político. Así, aunque sean competencias de control distintas, no son excluyentes, en la medida que una no excluye a otra, y mismo siendo ejercidas de forma exclusiva, poseen unidad de objetivo, visto busquen la realización de la fiscalización de la actividad financiera del Estado.

**Juicio.** La competencia de juicio destinada constitucionalmente al Tribunal de Cuentas, por resultar de jurisdicción administrativa propia y privativa, posee la característica de definitividad en el ámbito administrativo, vinculando la autoridad administrativa, pero, por fuerza del dispuesto en el art. 5o, XXXV, de la Constitución de 1988, sometándose al control judicial, todavía, con esta posibilidad de revisión judicial quedándose adstrita a los aspectos de ilegalidad manifiesta o de error formal, circunstancia en la que lo judicial puede decretar la nulidad de la decisión y devolver la materia para nuevo juicio de las cuentas, sin embargo, sin la posibilidad de rejuzgar esas cuentas en sustitución al órgano juzgador, el Tribunal de Cuentas. Del hecho resultaría Asunción de competencia que no es destinada al judicial.

### **III – El control social**

El control social es instituto innovador del Estado contemporáneo, que decurre de la transparencia y de la participación popular. Por tanto, el control social es factor de implementación en el Estado del siglo XXI, que busca fortalecer lo rediseño del Estado Democrático de Derecho, mediante un nuevo tipo de Administración Pública, con participación y control del ciudadano.

## 1 – Transparencia y Control Social

De esa forma, de acuerdo con lo que viene reiteradamente dicho en el transcurso de este estudio, transparencia, participación popular y control social están íntimamente interligados y suceden de un mismo factor, el Estado postmoderno, cual sea, un Estado plural, transparente y participativo, que se constituyó en el Estado Democrático de Derecho, o como denominan los españoles, en el Estado Social y Democrático de Derecho.

Conforme bien coloca Wallace Paiva Martins Junior, *“la participación popular en la gestión y en el control de la Administración Pública es un de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho y dato esencial distintivo entre el Estado de Derecho Democrático y el Estado de Derecho Social, por la disminución de la distancia entre sociedad y Estado. Su formulación reposa sobre una verdadera ideología de participación del administrado en las funciones administrativas para la legitimidad de los actos de la Administración Pública. Una Administración Pública eficaz, democrática y participada es exigencia natural del Estado de Derecho”*<sup>787</sup>.

Así, El Estado Democrático de Derecho, teniendo en vista su nueva conformación, que visa ecualizar los intereses de diversa clases sociales, por esto siendo considerado un Estado policrático, busca la participación popular para evitar los extremos del estatismo y del privatismo. Por esos factores, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, acentúa con precisión: *“Participación y consensualidad son decisivas para las democracias contemporáneas, aportando para a gobernabilidad (eficiencia), la contención de abusos (legalidad), la atención a todos los intereses (justicia), a toma de decisiones más sabias y prudentes (legitimidad), el desarrollo de la responsabilidad de las personas (civismo) y tornar los comandos estatales más aceptables y fácilmente obedecidos (orden)”*<sup>788</sup>.

Por esta razón, la transparencia se transformó en valor emergente en el Estado del siglo XXI, en la medida que afirma el derecho de acceso a la información pública material y formal, transformándose en el presupuesto de la participación popular. Como observa Lorenzo Cotino

---

<sup>787</sup> MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva, *“Transparência Administrativa – publicidade, motivação e participação popular”*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, pág. 296.

<sup>788</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *“Mutações do Direito Administrativo”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12/15.



Hueso, *“la comprensión de esta concurrencia explica el porqué de la presencia tan continua de la transparencia en muchos contextos como valor en alza. No obstante, la atención se fijará en particular en el ámbito de las nuevas tecnologías, a través del llamado gobierno electrónico, que entre otras cosas supone el acceso a la información pública”*<sup>789</sup>.

En ese contexto, para que haya participación popular, imperiosamente, se impone la existencia de transparencia de los actos gubernamentales. Es inadmisibles en el Estado Democrático de Derecho que el gobierno quede enclaustrado, hermético, sin dar satisfacción de sus actos. La arrogancia gubernamental de no exponer los actos que practica, no encuentra espacio en el Estado Democrático de Derecho. Así, en el Estado contemporáneo, debe el Poder Público exponer, de forma clara e indudable, con absoluta transparencia, las políticas públicas establecidas para el servicio del interés público, dando ciencia sobre la estructura y las funciones de gobierno, los fines de la política fiscal adoptada, cual la orientación para elaboración y ejecución de los planes de Gobierno, la situación de las cuentas públicas y las respectivas prestaciones de cuentas. Solo teniendo pleno conocimiento de las formas de actuar de la Administración Pública puede haber participación popular y, en consecuencia, control social.

Por tanto, la transparencia de la acción gubernamental motiva a las autoridades públicas para un comportamiento de mayor responsabilidad para los actos de gobierno, resultando en adopción de políticas públicas y fiscales más confiables, reduciendo la posibilidad de ocurrencia de crisis o de gravedad de las crisis. Además de lo más, se vuelve factor relevante para la participación popular, pues el ciudadano solamente podrá influir en la acción del Poder Público, exigiendo la aplicación de políticas públicas que atiendan a los intereses colectivos, si tiene pleno conocimiento de la planificación, ejecución y resultado de las políticas públicas idealizadas o implementadas.

Con tal realidad innovadora, la transparencia como presupuesto de la participación popular, terminó por propiciar el surgimiento del control social, transformándose en un nuevo medio suplemental de control.

El Estado, en la realización de sus objetivos, desarrolla funciones para el servicio de lo bien público, consonante una intensa actividad

---

<sup>789</sup> HUESO, Lorenzo Cotino, *“Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa”*, op. cit., pág. 29.

financiera ejercida por intermedio de sus organismos – órganos públicos –, quiénes son administrados por agentes públicos, que deben pautar suya acción mediante principios constitucionales dirigidos a la Administración Pública.

De esa forma, a acción estatal envuelve la administración del patrimonio y la utilización de los dineros públicos, que son actos de poder político practicados por el gobierno, cuyo ejercicio está afecto a las autoridades gubernamentales. La autoridad estatal, como expresión dinámica del orden público, es suprema y suyo poder tiene como fin el bienestar de la sociedad. Sin embargo, este ejercicio del Poder, no raro, induce a abusos, imponiéndose, por ese motivo, la creación y la utilización de controles para el uso del poder.

Por esas razones, conforme ya aquí mencionado, la función de control de lo poder fue estructurada en el Estado moderno, cuando se volvió una de las principales características del Estado de Derecho. En el Estado de Derecho la Administración debe someterse a una permanente fiscalización, con formas y procedimientos que verifiquen, constaten e impongan el cumplimiento de la ley y el servicio del interés público.

En género, son muchos los criterios existentes para ser clasificadas las modalidades de control. Sin embargo, independientemente de la forma, existen algunos elementos que constan siempre como referencia en medio doctrinario. El control puede ser interno o externo. En cuanto al órgano que lo ejecuta, puede ser administrativo, legislativo o judicial, y se efectúa de forma previa, concomitante o a posteriori, envolviendo aspectos de legalidad o de mérito. En la ejecución del control de la Administración Pública, cuatro son las formas principales de ser ejercido el control: por la propia Administración, por el Tribunal de Cuentas, por el Ministerio Público y por el Judicial.

Sin embargo, con la evolución del Estado que, contemporáneamente, se transformó en el Estado Democrático de Derecho, pasó a ser exigida una transparencia de los actos gubernamentales, con estímulo a la participación popular. Veía de consecuencia, de ese factor evolutivo del Estado, terminó originándose una expansión de medios de control sobre la Administración Pública, en la medida que la transparencia y la participación popular posibilitaron la creación de un nuevo tipo de control, el control social. En el control social, el ciudadano es el medio ejecutor del control, que puede verificar, acompañar y fiscalizar la regularidad de los actos

gubernamentales.

Este nuevo modo de ser ejercido el control sobre la Administración Pública – el Control Social – en lo decir de Grotti<sup>790</sup>, está asentado en el principio de la participación popular en la gestión y en el control de la Administración Pública, siendo inherente a la formación del Estado Democrático de Derecho. Lorenzo Hueso, al posicionarse por la existencia de un nuevo tipo de control de la Administración Pública, consecuente del principio de la transparencia, refiere que se trata de un control ejercido por la sociedad en general y por medios de comunicación<sup>791</sup>.

Reconociendo esta nueva realidad del Estado del siglo XXI, Roberto Dromi destaca que la fiscalización que debe ser realizada por los órganos estatales o no estatales también requiere una articulación para que su dinámica si ajuste las reglas de la eficacia, transparencia y economía de la gestión de la cosa pública<sup>792</sup>.

Este control social es instrumento de pura naturaleza democrática, visando subordinar la Administración y el Gobierno al control del ciudadano, en el sentido de asegurar un correcto funcionamiento de la Administración, por esto, debe haber una aproximación de la Administración al ciudadano, propiciando el ejercicio diese control social<sup>793</sup>.

Esta participación del ciudadano asegurada en el Estado

---

<sup>790</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti. “A participação popular e a consensualidade na Administração Pública”. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, abr. – jun. 2002.

<sup>791</sup> HUESO, Lorenzo Cotino, “Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa”, *op. cit.*, pág.35/36. Dice el autor: “Ello no obsta, claro está, para que pueda incluirse la transparencia como instrumento de control de las administraciones públicas, por lo general de carácter externo y ejercitable por el público. De este tipo de mecanismos de controle externo por médio de la sociedad en general y los medios de comunicación se dice que si bien pueden ser políticamente los más eficaces, adolecen de vicios como el desvío fácil de la atención en cuestiones menores pero llamativas o en debates políticamente interesados. De ahí que se considere que estos controles externos son menos importantes que los internos. No obstante, todo parece indicar que a transparencia emerge cada día como más importante instrumento de control de la administración pública”

<sup>792</sup> DROMI, Roberto, “Modernización del Control Público”, *op. cit.* pág. 42/43. En su posicionamiento el autor concluye: “En definitiva, el Estado de la hipermodernidad se presenta más participativo, con una mayor responsabilidad social, en tanto los particulares asumen una parte de la gestión y ejercen también ciertas formas de control”.

<sup>793</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, “Derecho Administrativo”, *op. cit.* pág. 80. En ese sentido, el autor afirma: “Esta circunstancia y la ‘vis atractiva’ del principio democrático han llevado a introducir en el régimen administrativo instrumentos que aproximen la Administración al ciudadano, la doten de un carácter más abierto y transparente y permitan un control social más intenso de su actuación”.

postmoderno propicia aún una aproximación de los organismos de control – especialmente Oidorias, Tribunales de Cuentas y Ministerio Público – con la sociedad, en el sentido de haber aclaración de cuestiones complejas para tornarlas comprensibles al ciudadano. Esta aproximación es factor de incentivo para el ciudadano ejercer sus derechos de participación, contribuyendo para el fortalecimiento del control social<sup>794</sup>.

Como demostración ejemplificativa del reglamento y práctica del control social, como vemos realizando en el transcurrir del presente trabajo, mediante la utilización del dato comparativo – examen de cual si procede al control social en Brasil y en España – para el establecimiento de una comprensión más efectiva sobre lo tema.

En el ámbito del Estado brasileño, hubo adopción del control social en el preámbulo de la Constitución de 1988 y reafirmación, del instituto en su art. 1o y en varias determinaciones expresas dirigidas a la Administración Pública (por ejemplo: art. 5o, XIV y XXXIII – derecho a la información administrativa; art. 5o, XXXIV – derecho de petición y de certificado en departamentos públicos; art. 29, X – cooperación de las asociaciones representativas en la planificación municipal; art. 225 – defensa del medio ambiente, todos de la Constitución Federal; Ley n° 8.987/95 – participación de los usuarios en la ejecución de los servicios públicos por concesionarias o permisionarias; Ley n° 9.074, art. 33 – determina que el reglamento de cada modalidad de servicio público establezca la forma de participación de los usuarios en la fiscalización; Ley n° 9.784/99, prevé, en carácter facultativo, la consulta pública y la audiencia pública como instrumentos previos a toma de decisiones administrativas relevantes; y la Ley n° 10.177/2001 – como garantía de gestión democrática de la ciudad, fija instrumentos de participación popular, incluso previendo la posibilidad de iniciativa popular de proyecto de ley y de planes, programas y proyectos de desarrollo urbano).

En el ámbito de las licitaciones y contratos administrativos, la Ley n° 8.666/93 establece formas de ser realizado el control social sobre estos tipos de acto administrativo. Considerándose que la Administración,

---

<sup>794</sup> KELLES, Márcio Ferreira, “*Controle da Administração Pública democrática: Tribunal de Contas no controle da LRF*”. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pág. 257. Justamente por esto, el autor enfatiza: “no siendo mera vitrina o adorno para administradores aviesos a la participación, el principio de la publicidad y a coactiva de la transparencia se imponen como principios republicanos y fenómeno típico de las sociedades modernas, que exigen, cada vez más, no apenas participación, pero, igualmente, satisfacción de los órganos públicos en aquello que le más peculiar, más nuclear – su razón institucional”.

para la realización de negocios, envolviendo compra, obras y servicios, debe cumplir con las determinaciones constitucionales y legales, sobre esa actuación debe actuar el sistema de control, a fin de que la Administración no descuide de los principios constitucionales. Así, dentre las formas de control previstas legalmente, la ley de las licitaciones y contratos públicos reglamenta el ejercicio del control social, es lo que se verifica del § 8o del art. 7º, del § 6o del art. 15; del § 1o del art. 41; del art. 63; y del § 1o del art. 113.

La reciente ley que reguló sobre normas generales para licitación y contratación de aparcerías público-privadas – Ley nº 11.0769, de 30.12.2004 – también estableció reglamento dirigido al control social, con éste dándose en dos momentos importantes<sup>795</sup>. El primer momento ocurre antes de la realización del procedimiento de licitación, cuando la administración debe someter a la acta del anuncio y del contrato de aparcería público-privada a la consulta pública, mediante publicación en la prensa oficial, en diarios de grande circulación y por medio electrónico, informando la justificativa para la contratación, la identificación del Objeto, el plazo de duración del contrato, su valor estimado, con fijación de plazo mínimo de 30 días para recibimiento de sugerencias, cuyo término darsela por lo menos siete días antes de la data prevista para la publicación del anuncio (art. 10, VI, de la Ley nº 11.079/2004). Durante la realización de la licitación el control será operado mediante autorización contenida en la Ley nº 8.666/93, en la forma antes referida.

Lo según momento se da durante las ejecuciones contractuales, permitiendo al ciudadano el acompañamiento de la correcta y adecuada ejecución contractual, consonante a reglamentación contenida en el § 6o del art. 14 de la Ley nº 11.079/2004, que determina al órgano gestor de aparcería a disponibilización al público de los informes de desempeño de aparcería público-privada, por medio de red pública de transmisión de datos.

Sin embargo, aunque todos esos aspectos reguladores del control social en el derecho público brasileño, todo indica que la más moderna exigencia de control sobre los actos de la Administración Pública se da por intermedio de la transparencia, especialmente la transparencia fiscal, por ser ésta un factor relevante para el establecimiento de una buena gobernanza, en

---

<sup>795</sup> MILESKI, Helio Saul, “*Parcerias Público-Privadas: fundamentos, aplicação e alcance da lei, elementos definidores, princípios, regras específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, controle e perspectivas de aplicação da Lei nº 11.079 de 30.12.2004*”. Revista Interesse Público. – Ano 6, nº 29, janeiro/fevereiro/2005 – Porto Alegre: Notadez.

la medida en la que posibilita un conocimiento público de los elementos trazadores de la política fiscal y de sus resultados, proporcionando una participación popular que amplía el control sobre los gobiernos en lo que dice respecto a la elaboración y a la ejecución de esa política fiscal.

En Brasil, fue la ley de responsabilidad fiscal (Ley Complementaria n° 101/2000, art. 48) el medio de introducir el mecanismo de la transparencia en la gestión fiscal, fijando la obligatoriedad de ser data amplia divulgación de todos los procedimientos concernientes al sistema presupuestario, incluso de los Informes de Gestión Fiscal, exigiendo el incentivo a la participación popular y la realización de audiencias públicas, durante los procesos de elaboración y de discusión de los planes, de la ley de directrices presupuestarias y de los presupuestos<sup>796</sup>.

La transparencia y la participación popular en la gestión fiscal tiene formación idealizada e inspirada en el *accountability*, debiendo servir para un control de resultados y de adecuación de medios utilizados para el cumplimiento de la política fiscal, sin descuidar del control sobre el uso inadecuado de la discrecionalidad.

En España, el dispositivo que da sustentáculo a la participación popular y, veía de consecuencia, al control social es el art. 9.2 de la Constitución de 1978 que ordena al poderes públicos: “*facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, econômica, cultural y social*”. Por su vez, el art. 105.a) de la CE fija que la ley deberá regular la audiencia de los ciudadanos, derechamente, o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. En el art. 105.c) de la CE determina que ley deba garantizar la audiencia de los interesados en el procedimiento de adopción de los actos administrativos. En cumplimiento la esa determinación constitucional, esos derechos de audiencia referidos en el art. 105.c) están regulados en la Ley n° 30/1992 – LRJPAC – en cuyos arts. 84 a 86 hubo reglamentación tanto en el aspecto general como en el específico, diciendo de la participación de los interesado; de la actuación en los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados; y de la fijación de un período de información pública.

---

<sup>796</sup> MILESKI, Helio Saul, “O controle da Gestão Pública”, op. cit., pág. 153.

La Constitución española en su art. 105.b) asegura *“el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, que es un factor de transparencia de la Administración y posibilita el ejercicio del control social. En el art. 35. a) de la LRJPAC es fijado como derecho del ciudadano, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, ,“conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos”*, bien como el derecho de identificar las autoridades y el personal del servicio de las Administraciones Públicas, con responsabilidad adonde tramitan los procedimientos. El art. 54 de la LRJPAC exige que las decisiones administrativas sean motivadas, lo que es una manifestación de transparencia, posibilitando el control social del ciudadano sobre los actos practicados por la Administración. *“A lo dicho hay que sumar las llamadas fórmulas de ‘democracia directa’, como la iniciativa popular y el referendun, también contempladas en la Constitución (arts. 87.3 y 92) y en otras normas, aunque poco utilizadas entre nosotros, o el consejo abierto en los pequeños municipios (art.140). En fin, hoy en día es frecuente en ciertas Administraciones o sectores la utilización de otros variados instrumentos de participación, como la negociación previa de ciertas decisiones, la cogestión de algunos servicios o instalaciones públicas, etc.”*<sup>797</sup>.

Un factor relevante que envuelve el instituto del control social en España, dice respecto a la ejecución del control y se constituye en un valioso instrumento creado por el derecho público español que es *“el defensor del Pueblo”*. La Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, art. 10, menciona que podrá dirigirse al Defensor del Pueblo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo sin restricción alguna. Así, por medio del Defensor del Pueblo, el ciudadano efectúa el control social requiriendo la aclaración de actos y resoluciones de la Administración Pública, que digan respecto a los derechos fundamentales puestos en el art. 103.1 de la Constitución española.

Por tanto, el control social está derechamente relacionado con el Estado Democrático de Derecho, teniendo en cuenta los principios de la transparencia y de la participación popular, como factores imprescindibles para que los gobiernos – y los servicios públicos – se vuelvan más responsables ante el ciudadano. Cuanto más consolidados y reconocidos los valores democráticos como igualdad, dignidad humana, participación y representatividad, más intensos serán la participación popular y el ejercicio del

---

<sup>797</sup> MORÓN, Miguel Sánchez, *“Direito Administrativo”*, op. cit., pág. 81.

control social.

Así, para que se pueda tener una imagen adecuada del grado de desarrollo y aplicación del control social en Brasil y en España, se debe efectuar una evaluación del nivel de democratización del Estado y de los aspectos políticos y culturales de la sociedad, en el sentido de lograrse conocimiento sobre los elementos formadores y posibilitadores del control social y su efectividad.

## **2 – El ejercicio del control social es limitado a los aspectos políticos y culturales de la sociedad**

El control social es consecuencia directa del sistema democrático plural, transparente y participativo del Estado contemporáneo, sin embargo, él aún está pendiente de mayor operatividad y efectividad, demostrando que, aunque la existencia de textos constitucionales y leyes reguladores del instituto del control social, para consolidarse, depende también de aspectos de psicología política, social y cultural, así como de estímulo a su ejercicio y garantía democrática de su validez.

En Brasil, desde 1988, con la formación de la Asamblea Nacional Constituyente y la promulgación de una nueva norma constitucional, donde fueron planteadas las directrices para el funcionamiento de un Estado Democrático de Derecho en Brasil, se alzó a la relevancia y la importancia de los valores democráticos, posibilitando el libre ejercicio de los derechos de ciudadanía del pueblo brasileño, donde se incluyen los asegurados medios para la participación popular y la efectividad del control social.

De esa forma, conforme lo hasta aquí demostrado, teóricamente y en nivel de instrumental jurídico – Constitución y legislación infraconstitucional – están aseguradas todas las condiciones necesarias al desarrollo de la transparencia, de la participación popular y del control social. Sin embargo, en la práctica, en la realidad de la ejecución de los actos gubernamentales y del comportamiento de la población, el ejercicio de la transparencia, de la participación popular y del control social no posee el grado de satisfacción deseado. La realidad, mismo habiendo habido indiscutibles avances en ese aspecto, demuestra haber una reluctante dificultad para su realización.



Esto porque, aunque el importante e imprescindible factor de democratización del país, él por sí solo no es suficiente para que haya, de pronto, una activa participación popular y control social, en la medida que los aspectos políticos y culturales del ciudadano brasileño, son factores de igual grandeza al de la redemocratización del país, en lo que tañe a la participación popular y al control social.

El Estado Democrático de Derecho asegura y estimula el avance de los valores democráticos para una activa participación popular, pero son los aspectos políticos y culturales de la sociedad brasileña que irán a orientar el comportamiento y a acción del ciudadano, en el acompañamiento de la regularidad de los actos practicados por los administradores públicos.

En ese sentido, Anna Maria Campos, en un análisis bajo los elementos políticos y socio-culturales que orientan el comportamiento del pueblo brasileño, especialmente en el pertinente al ejercicio del control que sucede de la *accountability*, realiza una evaluación apropiada sobre lo tema, afirmando: *“Cuando las actividades gubernamentales se expanden y aumenta la intervención del gobierno en la vida del ciudadano, el preservación de los derechos democráticos requiere necesariamente la expansión de los límites de la arena en la que se ejerce el control. El problema del control asume, de hecho, una dimensión de legitimidad. ¿Quién controle el controlador? ¿Puede esa tarea quedarse en las manos del Estado? En tenemos ideales, tal control constituiría prerrogativa esencial de los ciudadanos: no de los ciudadanos individualmente, pero de la ciudadanía organizada. Eso porque, a pesar de su legitimidad, las reivindicación individuales no disponen de la fuerza necesaria para contener el abuso del poder por parte del gobierno. El punto a enfatizar, una vez más, es que un control efectivo es consecuencia de la ciudadanía organizada; una sociedad desmovilizada no será capaz de garantizar a accountability”*<sup>798</sup>.

De esa forma, para que pueda haber un control social efectivo, es necesario que el ciudadano posea una organización institucional. Sin embargo, para que sea posible esta organización de la sociedad, el ciudadano tiene de tener conciencia de sus derechos y de la responsabilidad que de allí decurre, en el sentido de organizarse de forma a establecer una

---

<sup>798</sup> CAMPOS, Anna Maria, “ACCOUNTABILITY: QUANDO PODEREMOS TRADUZI-LA PARA O PORTUGUÊS?”. Este trabalho foi realizado em junho de 1987, como contribuição brasileira a uma coletânea de texto: *Public service accountability: a comparative perspective*. Jabbra Joseph G&Dwivedi O. P. West Hartford, Connecticut, Kumarian Press, 1988.

relación con el gobierno, en que sea posible una participación en las decisiones de políticas públicas, con control sobre la correcta acción gubernamental para el servicio del interés público.

Sin embargo, aunque la evolución democrática del país en los últimos años, aún así hay un trazo cultural que contribuye para aflojarla. Según Anna Maria Campos, *“el pueblo brasileño muestra vocación mayor para ser ayudado de lo que para exhibir autoconfianza. Como consecuencia, abre los brazos al paternalismo, una forma disimulada de autoritarismo”*<sup>799</sup>.

Lamentablemente, la profesora Anna tiene razón. Este trazo cultural ha mostrado modificaciones para mejor, pero siendo aún insuficientes para el fortalecimiento de la participación popular y del control social<sup>800</sup>. En otras culturas democráticas, las palabras: individuo y ciudadano poseen significados y valores relevantes. En la sociedad brasileña, en la mayoría de las veces, individuo y ciudadano tiene connotaciones subliminales de desconsideración (por ejemplo: cuando se quiere tratar alguien con desconsideración, la expresión usada es “aquel individuo”; cuando el policial de tránsito aborda un conductor, normalmente dice: “ciudadano sus documentos”, es cual si estuviese demostrando quien sea autoridad y quien no é).

Esos aspectos de comportamiento de naturaleza cultural derivan del histórico político brasileño. El Estado brasileño posee una evolución política en que ha habido períodos alternados de autoritarismo y populismo, cuyos regímenes ocasionan un distanciamiento entre el gobierno y la sociedad civil, ya que ambos dispensan las instituciones civiles<sup>801</sup>.

---

<sup>799</sup> CAMPOS, Anna Maria, “ACCOUNTABILITY: QUANDO PODEREMOS TRADUZI-LA PARA O PORTUGUÊS?”. Op. cit., pág. 10.

<sup>800</sup> CAMPOS, Anna Maria, “ACCOUNTABILITY: QUANDO PODEREMOS TRADUZI-LA PARA O PORTUGUÊS?”. Op. cit., pág. 11. En nota de rodapié la autora asevera que: *“El país atraviesa una crisis constitucional y ética como nunca antes experimentó. Vive una crisis de anarquía: no apenas la ausencia de normas, pero inobservancia de cualquier tipo de norma, sin castigo. Nada Funciona: la Constitución, los Partidos Políticos, los tres Ramos de gobierno (frenos y contrapesos), el sistema federalista, la justicia, la política y así sucesivamente. Aquéllos que detiene mucho poder – las clases económicamente elevadas – ocupan posición privilegiada para protección de sus derechos, a la cuesta de los que no tienen poder y, especialmente, de aquéllos que nada poseen. Un peatón brasileño no está seguro cuando atraviesa una calle con la señal roja para los coches. Un pasajero brasileño puede hacer señal en una parada de autobús y no ser atendido por el conductor. No tiene certeza del que podrá desembarcar del autobús, en el punto pedido. La única certeza que tiene es a de que no vale a pena exigir”*.

<sup>801</sup> CAMPOS, Anna Maria, op. cit., p. 10. Según la autora *“nuestra fe democrática es débil y la sustitución del ciudadano es un trazo cultural que aporta para aflojarla. El pueblo brasileño muestra vocación mayor para ser ayudado de lo que para exhibir autoconfianza. Como consecuencia, abre los brazos al paternalismo, una forma disfrazada de autoritarismo”*.

Siendo así, se vuelve necesario el desarrollo de la conciencia popular como primera condición para una democracia participativa, posibilitando la actuación del control social, con el ciudadano pasando de un situación pasiva para una situación activa<sup>802</sup>.

Entonces, por esos factores, se vuelve necesario que haya una modificación más contundente de ese trazo político-cultural del pueblo brasileño, en el sentido de que, reconocidos los valores democráticos de la ciudadanía, donde lo importante es el ciudadano, la sociedad, consciente de sus derechos y deberes, podrá de forma participativa, sin someterse a paternalismos, influenciar las decisiones que envuelvan políticas públicas, realizando un control social sobre la regularidad de los actos practicados por las autoridades administrativas.

A par de esa importancia de los valores democráticos, se coloca también la relevancia de los ciudadanos si organizan institucionalmente. El interés individual posee pequeña importancia delante del interés social. La organización institucional, en la representación de determinado segmento de la sociedad, adquiere fuerza y autonomía para pleitear servicio de sus intereses, así como para ejercer control y vigilancia sobre los actos gubernamentales.

Solo con fortalecimiento de estos aspectos culturales fundados en factores de esencia democrática, con desarrollo de una conciencia popular, podrá el ciudadano, en la defensa de sus derechos, exigir transparencia de los actos gubernamentales, participación con poder de influencia en los actos de decisión de políticas públicas y, consecuentemente, ejercer un control social sobre el cumplimiento de los planes de gobierno y regularidad fiscal, social y legal de los actos practicados por los administradores públicos.

Pueden los organismos de control oficial, especialmente Tribunal de Cuentas y Ministerio Público, ¿practiquen acciones para el desarrollo de una conciencia popular, con vista a la participación popular y el ejercicio del control social? No solo pueden, como deben. ¿Cómo? Ejerciendo

---

<sup>802</sup> CAMPOS, Anna Maria, "ACCOUNTABILITY: QUANDO PODEREMOS TRADUZI-LA PARA O PORTUGUÊS?". Op. cit., pág. 8. Como afirma la autora "a la medida que la democracia va madurando, el ciudadano, individualmente, pasa del papel de consumidor de servicios públicos y objeto de decisiones públicas a un papel activo de sujeto. El cambio del papel pasivo para lo de activo guardián de sus derechos individuales constituye un dramático avance personal, pero, para alcanzar resultados, hay otro requisito: el sentimiento de comunidad. En otras palabras, es la emergencia y el desarrollo de instituciones en la sociedad que favorecen la recuperación de la ciudadanía y, por tanto, la verdadera vida democrática".

sus funciones controladoras de modo a garantizar que haya transparencia en los actos gubernamentales, estimulando y haciendo con que el Poder Público estimule la participación popular, tornando el control social un aliado en su función fiscalizadora.

En ese aspecto, el Tribunal de Cuentas del Estado de Rio Grande do Sul ha buscado dar su contribución de diverso modos, por ejemplo: a) realiza regularmente Encuentros Regionales de Control y Orientación – ERCO – en todas las áreas sujeta su fiscalización (Estado y municipios), así como participa de encuentros y seminarios con administradores y sociedad civil, en el sentido de orientar, aclarar y difundir su función de control fijada constitucionalmente, diciendo de los derechos y obligaciones de los administradores y ciudadanos, así como de su relación con el órgano de control externo, el Tribunal de Cuentas; b) en el sentido de agilizar suya acción controladora, ha producido constantes aperfeccionamientos en su sistema de fiscalización, envolviendo la utilización de modernos instrumentos como la informática, actualizadas formas de auditoría y, recién, alterando su sistema de fiscalización que era “a posteriori” para un sistema de acompañamiento de la ejecución presupuestaria, sistema que posibilita al órgano de control dar una lista respuesta a la sociedad; c) exige, por suya acción fiscalizadora, que los administradores actúen con transparencia, mediante publicación y divulgación de todos los actos gubernamentales, en la forma legal determinada, en el sentido de que la sociedad pueda tener conocimiento de los procedimientos administrativos adoptados; d) creó a Oidoria, sector por medio de lo cual, cualquier ciudadano, partido político u organismo de la sociedad civil, puede realizar denuncia de hechos irregulares o ilegales de que posea conocimiento, veía teléfono, correspondencia o medio electrónico. Las denuncias formalizadas son registradas, con suministro de su número al denunciante que podrá acompañar, veía Internet, la apuración realizada por el Tribunal de Cuentas. Concluidos los trabajos de apuración, el Tribunal de Cuentas comunica los resultados al denunciante y les divulga en su “*site*”. En el primer año de implantación de la Oidoria – 2004 – fueron registradas 573 denuncias; en 2005 – 759 denuncias; en 2006 – 1.040 denuncias; en 2007 – 1.102 denuncias; y en 2008 – 755 denuncias; e) el Tribunal de Cuentas posee una acción controladora integrada con el Ministerio Público, lo que ha producido excelentes resultados en el pertinente la apuración de hechos delictuosos. Así, el control social estimulado por la Corte de Cuentas funciona como un aliado del control oficial.

En lo que se refiere a España, son muchas las discusiones y

estudios hechos sobre la participación del ciudadano español. A par de esa importancia de los valores democráticos, también en España es colocada la relevancia de los ciudadanos si organizan institucionalmente, aunque esté habiendo una reducción del interés individual por el interés social, llevando algunos adoctrinadores a hablar sobre la existencia de una crisis participativa. Laura Morales, procediendo a un estudio sobre la evolución de la participación política y del asociativismo en España, advierte: *“Algunos investigadores han alertado de que los ciudadanos occidentales participan cada vez menos en los asuntos públicos, a pesar del aumento en los niveles educativos y en las habilidades y recursos de que disponen estos mismos ciudadanos. Esta crisis participativa se manifestaría a través del declive en los niveles de participación electoral en una menor participación en la política convencional. En el caso español, la creencia común es que, tras un breve período de amplia movilización e participación ciudadana durante la transición a la democracia, los ciudadanos españoles son cada vez más reticentes a participar en la esfera pública”*<sup>803</sup>.

En continuidad a su examen envolviendo la participación del ciudadano español, Laura Morales destaca que algunos investigadores afirman que la transición de la democracia en España no se caracterizó, especialmente, por la movilización ciudadana, ya que ésta fue fundamentalmente dirigida por las elites políticas y, además, los partidos políticos españoles habrían seguido una estrategia intencional de licenciamiento que facilitaría los acuerdos entre las elites (Sastre, 1995 1997). Sin embargo, esta versión ha sido contestada por otros investigadores, en el sentido de que el conflicto estuvo mucho más presente del que habitualmente se admite durante todo el proceso de transición (Desfor Edles, 1998). De cual forma, la autora afirma que el acuerdo general entre los analistas españoles es que la participación política y ciudadana han disminuido en las últimas décadas en España<sup>804</sup>.

---

<sup>803</sup> MORALES, Laura, *“Existe una crisis participativa? La evolución política y el asociacionismo en España”*. *Revista de Derecho Administrativo*, n° 88, octubre e diciembre/1995, págs. 51/87. A autora, no seu primeiro tópico de avaliação, assevera: *“El argumento subyacente es que los cambios sociales, políticos y tecnológicos que se han experimentado en las sociedades postindustriales a partir, fundamentalmente, de los años sesenta debilitan los mecanismos tradicionales de producción de capital social y, por tanto, la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Por tanto, el problema del declive del capital social y de la participación ciudadana no sería exclusivo de la sociedad americana sino, con toda probabilidad según Putnam, una tendencia de carácter más general y que afecta o afectará a la amplia mayoría de democracias postindustriales”*.

<sup>804</sup> MORALES, Laura, *“Existe una crisis participativa? La evolución política y el asociacionismo en España”*, *op. cit.*, pág. 53.

En la estera de esa línea de entendimiento, con base en varias pesquisas que presenta en su análisis, Laura Morales añade: “En realidad, el debate es especialmente pertinente para el caso español si tenemos en cuenta también que España es uno de los países occidentales con menores niveles de participación política y ciudadana. Además, como ya han mostrado numerosos estudios, en este país nos encontramos, al igual que en otros países del sur de Europa, con un síndrome conjunto de escasa implicación psicológica y conductual con la política, que se traduce en que en España se producen algunos de los niveles más bajos de implicación psicológica con la política y asociacionismo de toda Europa occidental (cuadro 1 y gráfico 1). Por estas razones, la ciudadanía española es frecuentemente descrita como una sociedad desmovilizada y apática”<sup>805</sup>.

De cualquier forma, en la medida que Laura Morales va avanzando en su análisis, con demostración de varias pesquisas, termina por concluir que los ciudadanos españoles no se muestran menos activos en la esfera pública en la actualidad que hace veinte años<sup>806</sup>.

Cual si ve, con pequeñas variaciones de naturaleza política, social y cultural, tanto Brasil como España, en lo que tae la participación popular y el ejercicio del control social, en la condición de democracias occidentales, que tuvieron un período de transición del régimen totalitario para el democrático, reconocen la existencia de problemas para incremento de una mayor conciencia ciudadana, con vista al aumento de la participación popular y del consecuente control social. De otra parte, queda la certeza de la importancia del mecanismo del control social, con los instrumentos del control oficial (Defensor del Pueblo, Tribunales de Cuentas y Ministerio Público) pasando a actuar como elementos de apoyo al ejercicio del control, de modo a garantizar que haya transparencia en los actos gubernamentales, estimulando y haciendo con que el Poder Público fortalezca la participación del ciudadano, tornando el control social un aliado en su función fiscalizadora.

---

<sup>805</sup> MORALES, Laura, “Existe una crisis participativa? La evolución política y el asociacionismo en España”, *op. cit.*, pág. 55.

<sup>806</sup> MORALES, Laura, “Existe una crisis participativa? La evolución política y el asociacionismo en España”, *op. cit.*, págs. 83/84. En ese aspecto, la autora comenta: “no está nada claro que el recambio generacional vaya a producir necesariamente <<mejores>> ciudadanos, o al menos no ciudadanos más participativos. El aprendizaje democrático no parece ser acumulativo entre generaciones en lo que se refiere a la participación en asuntos públicos. En la mayor parte de los casos, la generación de españoles <<nacidos>> en democracia no difieren mucho de sus mayores; y, en cambio, se muestran menos favorables a colaborar con las organizaciones y asociaciones más politizadas. En pocas palabras: la democracia no ha producido una generación especialmente <<inactiva>>, pero tampoco ha producido ciudadanos crecientemente activos. Simplemente, no parece que haya muchas razones para ser extremadamente optimistas ni extremadamente pesimista”.

### **3 – El control social es un aliado del control institucional**

Superados los problemas políticos culturales antes destacados, posibilitando exigirse transparencia en los actos del Poder Público, sucediendo de allí una efectiva participación popular, puede el ciudadano venir a ejercer el control social sobre la Administración Pública.

Por tanto, en la actualidad, consonante el Estado Democrático de Derecho en el que se constituyen los Estados brasileño y español, tenémosnos de sus Constituciones y de las legislaciones infraconstitucionales, es posible la práctica del control social sobre los actos de la Administración Pública, dirigiéndose también para los aspectos de política fiscal, siendo la transparencia y la participación popular elementos fundamentales para su ejercicio, una vez que envuelve principio legal que proporciona al ciudadano en general condiciones efectivas de participación y fiscalización en el proceso presupuestario, dándole condiciones para proponer, acompañar, evaluar y controlar a acción de los Gestores Públicos.

Sin embargo, el control social ejercido por el ciudadano no se agota en sí mismo, ni posee la función de sustituir el control institucional regulado constitucionalmente. El control social es complementario al control institucional y depende de este último para tener eficacia. O control social, para hacer valer sus constataciones contra irregularidades practicadas por el Poder Público, debe buscar la propia Administración para corrección de los fallos encontrados, representar a los integrantes del sistema de control interno, denunciar los hechos al Tribunal de Cuentas o representante del Ministerio Público.

En ese sentido, el profesor Juarez Freitas, lúcidamente, efectúa la siguiente manifestación: *“El control social del presupuesto público debe, en el prisma adoptado, asumir condición eminentemente suprapartidaria, mostrándose avieso a cualquier manipulación. No debe, pues, ser ejercido con la mácula de interferencias espurias de naturaleza grupal. Además, el control social, esto es, el control que la sociedad, ella misma, ejerce sobre la discusión, la elaboración y la implantación del presupuesto, necesita, antes de más nada, servir como robustecimiento de los demás controles energizándolos. No debe ser excluyente, ni pretender ocupar lugar superior u olímpico, dado que el control social carece también de mediación y necesita ser institucionalizado y constantemente legitimado. Debe ser universal sin si alardear en infalible, pues no traduce la voluntad general de modo perfecto,*

*siendo, de cierto modo, también parcial. Por razones dialécticas, el interés público estará, invariablemente, en que el control social sea legítimamente controlado, recordando que el mejor control es el capaz de incluir todos los otros”*<sup>807</sup>.

En ese contexto, se queda perfectamente demostrado que el control social no se sobrepone ni excluye los demás controles, especialmente el institucional, porque necesita este último para tener eficacia. El ejercicio del control social es independiente y universal, pero no producen resultados únicamente por suya acción, depende del control institucional para hacer valer sus constataciones. Así, el control social debe ser considerado un aliado del control institucional, debiendo tener una actuación conjugada con el control institucional.

## **Capítulo VI – Corrupción, Administración y Control**

La corrupción, como fenómeno social, político y principalmente económico, posee una larga historia, aunque hasta poco tiempo fuese casi que enteramente desconocida del grande público. Posiblemente, este hecho se deba al tipo de este Estado predominante hasta algún tiempo atrás. En los Estados totalitarios y despóticos, o mismo en los Estados democráticos, el ciudadano no poseía acceso, o éste era extremadamente reducido, a cualquier tipo de información sobre a acción del Estado y sus dirigentes, sin poseer, en consecuencia, el poder de interferir o influir en los actos practicados por los dirigentes estatales.

Sin embargo, eso no significa que no haya existido corrupción en la pasado. Mucho por el contrario, en el decurrir de la evolución de los pueblos y de los Estados, la historia está repleta de hechos denigrantes y escandalosos que fueron proporcionados por gobernantes, independientemente del título ostentado (Caciques, Faraones, Césares, Reyes, Emperadores, Papas, Presidentes y otros no tan concurridos).

Así, se puede decir que es reciente la preocupación con el fenómeno corrupción, teniendo en vista que el Estado moderno, esencialmente de naturaleza democrática, con fundamentos de Estado de Derecho, donde el principio de la legalidad es de cumplimiento obligatorio, pasó a dirigir tuya

---

<sup>807</sup> FREITAS, Juarez. “*O controle social do orçamento público*”. Revista Interesse Público 11/27, ano 3. Sapucaia do Sul: Notadez, jul.-set. 2001.



acción específicamente para el servicio del interés público, por eso no permitiendo que los dineros, bienes y valores públicos sean utilizados en provecho propio del gobernante o de terceros. En el Estado postmoderno, el Estado contemporáneo, con un sistema democrático pluralista, transparente y participativo, aumentó el poder de información del ciudadano, con él pasando a influir en las decisiones que envuelvan los aspectos de implantación de las políticas públicas.

De esa forma, por consecuencia del Estado Democrático de Derecho, se solidificaron los principios de libertad individual, con la libertad de prensa pasando a desarrollar un papel fundamental en la divulgación de los actos de corrupción practicados por los dirigentes estatales, repercutiendo de forma influenciadora sobre el ciudadano, que pasó a exigir una conducta ética de los gobernantes, en razón de los serios perjuicios causados por la corrupción.

Por tanto, un de los factores primordiales de la democracia está en el poder del pueblo de pedir cuentas a los gobernantes. Como ya fue preunciado en la cuna de la democracia occidental – en la antigua Grecia – *“Sólon no parece haber atribuido al pueblo más que el poder mínimo indispensable, a saber, lo de elegir los magistrados y lo de pedirles cuentas, pues, si no poseyese poder absoluto siquiera en esa cuestión, el pueblo se sentiría como esclavo y como adversario rencoroso de la administración pública”* (Aristóteles, en *“Política”*).

En ese sentido, cuando Aristóteles idealiza a tipología de las formas de gobierno, lo hace desde dos dimensiones: establece, de un lado, la fuente del poder legítimo y, de otro, el ejercicio efectivo diese poder, especulando sobre los criterios del buen gobierno, con análisis de la realidad que envuelve el ejercicio del poder político y de todos sus potenciales desvíos, entre quiénes está la corrupción<sup>808</sup>.

En otro período histórico importante, el romano, idénticas preocupaciones envolvieron Políbios, que veía en la corrupción que se

---

<sup>808</sup> FILGUEIRAS, Fernando, *“Corrupção, Democracia e Legitimidade”*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, pág. 35. Complementando su comentario, el autor aún refiere: *“Teniendo en vista a tipología de las formas de gobierno de Aristóteles, se puede derivar el potencial de corrupción como la degeneración de las virtudes, conforme una naturaleza típica de cada una de las formas. Una vez que la corrupción ocurre en potencia, en el plan de las formas de gobierno existen principios que la potencian, teniendo en vista el carácter práctico del ejercicio del gobierno en la comunidad. La corrupción, de esa manera, cumple un papel histórico, en faz de los ciclos de ascensión y decadencia de instituciones políticas”*.

expandía en Roma una demostración de la decadencia institucional<sup>809</sup>. Por los estudios realizados, Políbios dijo que hay la filosofía de la historia y que ésta tiene la peculiaridad de decir que la organización de los hombres es una sucesión cíclica de formas de gobierno, en la cual la corrupción desempeña un papel fundamental, en la medida que ella es el elemento esencial aclarador de los cambios políticos<sup>810</sup>.

De esa forma, al final de según milenio cristiano, el contexto de libertad produjo un grado desde informaciones hasta entonces nunca experimentado. De esa difusión de informaciones resultó el conocimiento de que la corrupción minaba las estructuras del Estado Democrático, teniendo en vista que envuelve acción discrepante del interés público y deja la Administración Pública doblada al peso de los intereses particulares, del tráfico de influencia y del apadrinamiento de protegidos, causando depauperación de los dineros y bienes públicos, en desfavor de la sociedad.

Tanto así es que, solo recién, la corrupción empezó a ser tratada como cuestión fundamental por todos los países del mundo. El estudio de las causas y consecuencias de la corrupción remonta la, a lo más, 30 años, cuando empezaron a aparecer los primeros trabajos envolviendo evaluaciones sobre en que áreas hay, lícita o ilícitamente, mayores probabilidades de ser logradas mayores rentas<sup>811</sup>. En consecuencia de la crisis del petróleo de 1979, Paul Erdman escribe un romance de grande éxito – “*La crisis de 1979*” - donde demuestra lo que son capaces de hacer aquéllos que detienen el poder

---

<sup>809</sup> FILGUEIRAS, Fernando, “*Corrupção, Democracia e Legitimidade*”, op. cit. pág. 41, en esa visión institucional, “*Políbios veía en las leyes y en las costumbres los dos fundamentos de la sociedad. Las leyes, como muestra el autor, deben ser buenas a tal punto que moderen la vida privada, protegiendo la comunidad política de ella misma, o sea, de sus pasiones, y que generen la justicia y motiven el hombre a buscar el bien común a través de las virtudes. Sin embargo, las costumbres son piezas fundamentales para la prosperidad de una república, porque ellos pueden o tornar los hombres deseosos en su vida privada e injustos en la vida pública, o virtuosos a tal punto que cultiven la igualdad y la libertad, asegurando la solidaridad. Son las costumbres - que pueden ser entendidos cómo cultura - que legan a las generaciones futuras determinados valores mediante quiénes podrá ser impedida a corrupción del cuerpo político. El buen gobierno, en ese sentido, depende de las costumbres y de la ley, conforme una filosofía de la historia que congregue, en el sentido del aristotelismo, las fuentes del poder legítimo y el efectivo ejercicio del poder, en el mundo práctico de la política*”.

<sup>810</sup> FILGUEIRAS, Fernando, “*Corrupção, Democracia e Legitimidade*”, op. cit. pág. 39. En continuidad al estudio promovido, a las hojas 49, el autor revela factor relevante sobre la corrupción en Roma: “*momento importante es el de la disputa entre Cícero y Catilina, que revelaría, de acuerdo con las 'Catilinárias', el modo como la deshonestidad sería el significado específico para la corrupción, entre los romanos. Narrada por Salústio, la conjura liderada por Catilina es el retrato del modo como la corrupción se volvió práctica corriente en el contexto de la política romana. De acuerdo con Cícero, la deshonesto llegada de Catilina al poder sería ejemplo vivo de que la corrupción había se tornado práctica corriente en la política*”.

<sup>811</sup> RAINS Luisa C. y Jorge Febres, in “*La Corrupcion en el ambito de la administracion tributaria*”, Washington, D.C., Janeiro de 1998, mencionam os trabalhos de Krueger (1974) e mais recentemente Ades y Di Tella (1994), Kraay y Van Rijckeghen (1995), Haque and sahaay (1996) e Sachs y Warner (1995).

del dinero y, por tanto, de la corrupción para subvertir el mundo en función de sus más desmedidas ambiciones.

Desde entonces, comenzó una verdadera cruzada contra la corrupción, envolviendo todos los países, incluso instituciones internacionales como la ONU, OEA, Banco Mundial y IMF, con establecimiento de estrategias de acción, elaboración de mecanismos legales y procedimientos prácticos de combate a la corrupción, propiciando la ocurrencia desde algo inimaginable hasta entonces para las ciencias sociales, económicas y políticas: la realización de congresos y seminarios internacionales para que traten del combate a la corrupción.

A ese ejemplo pueden ser citados: el V Congreso realizado en Amsterdam, Holanda, exclusivamente para ser debatido el tema de la corrupción; en 1993, en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, se concretó un Seminario Internacional sobre Estado, Sociedad y Corrupción; en 1995, en la 9a Conferencia para la Prevención del Crimen, realizada en El Cairo, la ONU propuso un Código de Conducta para evitar la corrupción; Foro Iberoamericano sobre el combate a la Corrupción, realizado en 1998 en la ciudad de Santa Cruz de La Sierra, Bolivia; y más recién, en 2001, en la ciudad de México, la XII Asamblea General de la OLACEF – Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, trató específicamente de la corrupción.

De ese modo, siendo la corrupción un tema de mucha actualidad, presente en todos los Estados del mundo, causando serias y nefastas repercusiones en el ámbito de cada país, se vuelve imperioso el estudio y el debate sobre corrupción. De ese modo, después de haber sido examinados los aspectos evolutivos del Estado y el surgimiento del Estado postmoderno, así como, en consecuencia, estos factores, el tipo de modificación sufrida por la Administración Pública y la implantación de la Nueva Administración Pública, juntamente con el movimiento y los cambios impuestos a los sistemas de control de la Administración Pública, pasaremos a verificar cuál es el entendimiento existente sobre corrupción. Cuál es el grado de corrupción en el mundo, las estrategias utilizadas para su combate y cuál los resultados que están siendo alcanzados en ese intento.

Pues, como bien resalta Jorge Malem Seña, *“la corrupción es una cuestión importante por sus efectos económicos, políticos, jurídicos y sociales. En una democracia adquiere una mayor trascendencia porque es el único sistema político éticamente justificado y la corrupción implica una*

*deslealdad hacia sus reglas”*<sup>812</sup>.

## **I – Origen, noción y concepto de corrupción**

### **1 – Origen y noción de corrupción**

Corrupción es un término oído con mucha frecuencia hoy día. Sin embargo, causa mucha discusión en cuanto su origen y su conceptualización, siendo raramente presentada con una definición clara de su entendimiento. De una manera general, su comprensión está relacionada tanto con el aspecto moral cuanto con el jurídico, especialmente con depravación, costumbres sociales, robo, hurto, enriquecimiento ilícito, favorecimiento indebido, soborno, propina, etc.

Cualquier ciudadano siente inmediatamente una profunda irritación cuando escucha la palabra corrupción, asociándola a toda clase de abusos del poder, sea él público o privado, político o administrativo.

Este carácter de amplitud aviene del entendimiento generalizado del pueblo, de que todos están sujetos a ser seducidos por un algo, poder o riqueza, independientemente de su licitud. En ese aspecto de la ambición facilitar la corrupción, vale recordar que en el libro *“El Chalaça”*, el Consejero de Don Pedro I (Don Pedro I fue Emperador de Brasil en el período del primer reinado iniciado en 1822), sostuvo la teoría de que el hombre es perseguido por tres tipos de ruidos: el murmullo de las mujeres, el aplauso y el de las monedas<sup>813</sup>.

Según grande parte de los estudiosos, la corrupción, así como la violencia y la avaricia, es condición de la naturaleza humana, por esto, siendo circunstancias integradoras o energías inherentes a la naturaleza del ser humano, pudiendo ellas venir a la cumbre y se manifiesten en cualquiera un de nosotros, causando consecuencias impredecibles<sup>814</sup>. Así, de un modo general,

---

<sup>812</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, *“LA CORRUPCIÓN – Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*. Barcelona: Editorial Gedisa, S/A, 2002, PÁG. 18.

<sup>813</sup> FÉDER, João, comentário realizado in *“Corrupção e Fraudes na Administração Pública”*, Palestra realizada em 4.06.1996, no encerramento da I Jornada Brasileira de Auditoria Governamental, no 49º aniversário do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, com publicação in *“Erário: o dinheiro de ninguém”*, Curitiba: Tribunal de Contas do Paraná, 1997, págs. 111 a 138.

<sup>814</sup> BATISTA, Antenor, *“Corrupção: Fator de Progresso? Violento, avaro, corrupto e compulsivo sexual, eis, em tese, a natureza do homem – Repensando a Ética”*, 6ª edição, atualizada. São Paulo, Editora Juarez de

parece haber concordancia de que el origen de la corrupción está en la propia naturaleza humana que, igual a otras hipótesis nada edificantes, tales como la violencia, la avaricia y el odio, posee controles consecuentes de medio en el que el hombre vive: familia, religión, grupo social, educación, formación, Estado Democrático, etc., pero que pueden, por circunstancias de contexto, romper los control sociales y causar maleficios terribles.

Con efecto, se trata de un fenómeno con permanencia a lo largo de la historia de la humanidad que, para LAPORTA<sup>815</sup>, la corrupción es algo que existe y siempre existió, cualquiera que sea el sistema político y el tiempo que se piense. Según los sistemas políticos, los contextos económicos, el caldeamiento de cultivo, la corrupción será mayor o menor, pero no se puede negar que exista o que pueda existir en alguna medida.

Como refiere ALFARO, con base en manifestación de POSADA CARBÓ, *“ya se encuentran algunas referências a su respecto en los tiempos de la antigüedad clásica griega, y de ella no ha estado libre ninguna forma de organización política a través de la historia, sin embargo, actualmente puede afirmarse que gracias a la tecnología de las comunicaciones existe una conciencia generalizada en relación a sus perniciosos efectos, aún cuando la naturaleza, el alcance y la reacción del cuerpo social frente a los casos de corrupción varía mucho de un contexto nacional a otro”*<sup>816</sup>. Por esto, el referido autor afirma que la corrupción es *“un fenómeno mundialmente endémico de origen incierto”*<sup>817</sup>.

Por esos factores conductivos de procedimientos de la acción humana, la corrupción también ha sido entendida cómo un problema moral,

---

Oliveira, 2005, págs. 3 a 7. El autor complementa su raciocinio con el siguiente comentario: *“En general, esos ingredientes están encadenados en el subsuelo de nuestro consciente o subconsciente, sojuzgados por la influencia del medio ambiente: familia, religión, educación, cultura, formación moral, Estado de Derecho o Estado de Policía etc; sin embargo, jamás serán extintos; excepto si el ser humano sea ingeniado genéticamente para excluir tales ingredientes. Sin embargo, eso iría a castrar principios de leyes naturales; lo que también sería violencia o corrupción; todavía que engendrados o modificados por la magnitud de la biotecnología”*.

<sup>815</sup> LAPORTA, F. J. *“La corrupción política: introducción general”*. VV.AA. *“La corrupción política”*. Madrid, 1997, pág. 9. APUD ALFARO, Luis H. Contreras, *“Corrupción y Principio de Oportunidad Penal-alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional”*. Salamanca – Espanha: Ratio Legis Librería Jurídica, 2005, pág. 133.

<sup>816</sup> ALFARO, Luis H. Contreras, *“Corrupción y Principio de Oportunidad Penal-alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional”*. Salamanca – Espanha: Ratio Legis Librería Jurídica, 2005, pág. 133/134.

<sup>817</sup> ALFARO, Luis H. Contreras, *“Corrupción y Principio de Oportunidad Penal-alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional”*. op. cit., pág. 133.

cuyo comprometimiento en actos de corrupción deriva, básicamente, de una decisión de nivel individual, no alcanzando apenas un tipo de sociedad, área geográfica o solamente algunos países, sino con extensión a todo y cualquier rincón del globo terráqueo. Corrupción, por tanto, no es prerrogativa de los pobres, puesto que corrupción esta asociada a la financiación de la política, al tráfico de armas, la construcción de obras públicas, incluyendo las llamadas a actividades financieras de dudosa legalidad de los grandes bancos y alcanzando los países ricos y desarrollados<sup>818</sup>.

Otro aspecto relevante a ser reconocido es lo que se comprende por corrupción, cual es la noción que se debe tener de corrupción. De acuerdo con Peter Euben, la historia conceptual de la corrupción es incierta, pero el origen etimológica de la palabra es clara, ya que viene del latín *corrumpere*, teniendo un pequeño curso de historia. El término corrupción ha sido utilizado históricamente en dos sentidos. En el sentido general que equivale a la destrucción, devastación o adulteración de un material orgánico, como, por ejemplo, la carne; y en el sentido particular para designar una actividad humana específica, como ocurre cuando es relacionada a soborno o extorsión. Aún tiene significado de decadencia, basura, desintegración, degeneración, envejecimiento, ilegalidad, ilegitimidad o inmoralidad<sup>819</sup>. Justamente, por esto, Robert Brooks fija que mismo cuando la corrupción es calificada como política, comercial o social está expresando la idea de una corrupción orgánica, o de cualquiera otra cosa vil y repugnante a nuestros sentidos que esta última implica<sup>820</sup>.

Sin embargo, como en tantas otras situaciones, el uso de la palabra corrupción tuvo modificación de su significado primero y hoy son innumerables las definiciones que han sido propuestas para caracterizar el término. Como es corriente en medio científico, estas definiciones pueden ser

---

<sup>818</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, “LA CORRUPCIÓN – Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”, *op. cit.*, pág. 12. Sobre este aspecto, el autor comenta: “De hecho, la corrupción no es un fenómeno nuevo. Desde siempre ha acompañado a la política, a los actos de gobierno, al mercado a la vida social. De allí que no sea de extrañar que se conozca la práctica de la corrupción como la segunda profesión más antigua del mundo. Pero en este mundo cada vez más globalizado, en el que personas, empresas, instituciones nacionales e internacionales o Estados interactúan con una creciente asiduidad y velocidad y en unas relaciones cada vez más asimétricas, se crean ocasiones extraordinarias para los comportamientos parasitarios u oportunistas como nunca antes se habían producido”.

<sup>819</sup> EUBEN, Peter, “Corruption”, in T. Ball, I. Farr y R Hanson (comps.), *Political Innovation and Conceptual Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, pág. 223. APUD SEÑA, Jorge F. Malem, “LA CORRUPCIÓN – Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”, *op. cit.*, pág. 22.

<sup>820</sup> BROOKS, Robert, citado por Michael Rosenthal, “An American Attempt to Control International corruption”, em Arnold Heidenheimer, Michael Johnston y Victor LeVine (comps), “*Political Corruption. A Handbook*”. Londres: Transaction Publ., 3ª ed., 1993, pág. 702. APUD SEÑA, Jorge F. Malem, “LA CORRUPCIÓN – Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”, *op. cit.* pág. 22.

agrupadas en tres grandes modelos: a) El primero de ellos tiene como centro los deberes del cagatinta y la singularidad de la función pública; b) lo según en aspectos concernientes la demanda, la oferta y a lo intercambio de acciones corruptas, nociones éstas que deberían ser interpretadas la luz de la moderna teoría económica; y c) el tercer modelo define la corrupción atendiendo al interés público<sup>821</sup>.

En ese ámbito de variables y alternativas para comprensión y noción de este hecho llamado corrupción, es indispensable traer la posición adoptada por Fernando Carbajo Cascón, cuando este alerta que el substrato habitual de la corrupción gira en torno de la actividad económica de la administración; de la atribución de poderes de decisión y de control y aplicación de fondos públicos a cargos públicos, empleados y personal contratado, surgiendo con motivo de relaciones ilícitas o fraudulentas dieses cargos electivos y personales con intereses económicos privados, propios o de terceros, que buscan a maximización del lucro empresarial y personal a la cuesta de los intereses colectivos<sup>822</sup>.

De ese modo, se puede afirmar que hoy día, ciertas características del propio sistema de organización política parecen contribuir, en alguna medida, para abuso del cargo público en beneficio del empleado o de terceros interesados, hasta porque, en el Estado actual, en suya acción de concretización de objetivos, ha interferido de forma activa y regularmente en la vida económica, visando la busca de estabilidad y una mínima igualdad, con favorecimiento de algunos agentes económicos y sociales en detrimento de

---

<sup>821</sup> HEIDENHEIMER, Arnold, *“Terms, Concepts, and Definitions: An Introduction”*, A. Heideheimer, M. Johnston y V. Velevine (coms), *“Political Corruption”*, opt. Cit, pág. 8 e siguientes. APUD SEÑA, Jorge F. Malem, *“LA CORRUPCIÓN – Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*, op. cit., pág. 22.

<sup>822</sup> CASCÓN, Fernando Carbajo, *“Corrupción Pública, Corrupción Privada y Derecho Privado Patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión”*. In *“la Corrupción en un mundo globalizado: Análisis Interdisciplinar”*, Corredadores: Nicolás Rodríguez García e Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004, págs. 127/155. Éste es el comentario del autor: *“el fenómeno de corrupción se traduce, por tanto, en la ‘interposición de un interés privado sobre el interés público o general’. La actividad económica de la Administración atrae poderosamente intereses privados, generalmente de naturaleza económica, que provocan o fomentan conductas desleales con los intereses públicos o generales por parte de políticos y funcionarios. Así pues, desde esta perspectiva tradicional del fenómeno de la corrupción se aprecia la alienación de componentes económicos o financieros públicos y privados con la intención última manifiesta de hacer prevalecer lo privado sobre lo público”*. Después, el eminente profesor complementa su comentario de la siguiente forma: *“El beneficio de la corrupción (tangente) es, en suma, para funcionarios y políticos corruptos y, en su caso, para empresas y particulares que obtienen un lucro en su patrimonio empresarial o personal evitando las exigencias y formalidades exigidas por la Administración y los costes propios de la competencia en una economía de mercado ( v.gr. el coste que supone la participación en concursos públicos de adjudicación de obras o servicios en régimen de libre competencia e igualdad de oportunidades ante la Administración, tal y como exigen los intereses generales)”*.

otros, circunstancia que propicia la ocurrencia de actos corruptos<sup>823</sup>.

De esa forma, entendida corrupción como desvío ilícito del interés público en beneficio del interés privado, para una mejor comprensión de lo que sea el fenómeno, debemos verificar la estructura de sus características. Conforme Jorge Malem Seña, son actos corruptos aquéllos que reúnen las siguientes características:

a) Un acto de corrupción implica en la violación de un deber posicional. Quien se corrompe transgrede, de forma activa o pasiva, o provoca la transgresión de algunas de las reglas que rigen el cargo que ostenta o la función que cumple<sup>824</sup>.

b) para que exista un acto de corrupción, debe haber un sistema normativo que le sirva de referencia<sup>825</sup>.

c) Un acto de corrupción ni siempre está entrañado de una acción penalmente antijurídica<sup>826</sup>.

---

<sup>823</sup> ALFARO, Luis H. Contreras, op. cit. pág. 136. *“En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN nos indica que a diferencia del esquema liberal clásico en que el Estado se situaba al margen y por encima de la sociedad, como garante del libre juego del mercado y del orden clasista, el Estado social de nuestros días interviene activa y regularmente en la vida económica para asegurar la estabilidad y una mínima igualdad, y lo que hace necesariamente favoreciendo a unos agentes económicos y sociales en detrimento de otros. Dicho de otra manera, el poder político y el poder económico no están separados, distanciados y mucho menos enfrentados, sino en íntima conexión, no se sabe bien donde termina uno y donde comienza el otro, ambos se necesitan recíprocamente en una relación simbiótica y de ahí necen las mayores tentaciones de prácticas corruptas”*.

<sup>824</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, *“LA CORRUPCIÓN – Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*, op. cit., pág. 32. Sobre esta característica, el autor menciona: *“Quienes se corrompen manifiestan, en esse sentido, un claro sentimiento de deslealtad hacia la regla violada. El caso típico es el de un funcionario de Hacienda que debido a un soborno de una empresa transnacional no aplica las tasas fiscales correspondientes”*.

<sup>825</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, *“LA CORRUPCIÓN – Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*, op. cit., pág. 33. Dice el autor: *“La noción de corrupción es parasitaria de un sistema normativo. Por esta razón la corrupción puede tener una naturaleza económica, política, jurídica o ética, o participar de estos distintos niveles a la vez. Esta característica se infiere del apartado anterior. Un caso claro es el de un encargado de compras de una determinada empresa que es sobornado para adquirir cierta mercancía por un precio superior al valor de mercado”*.

<sup>826</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, *“LA CORRUPCIÓN – Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*, op. cit., pág. 33. A respecto de esa característica, el autor refiere: *“Que el acto de corrupción sea legal o ilegal, desde un punto de vista penal, dependerá por cierto, del tratamiento que el sistema punitivo ofrezca a las reglas del sistema normativo de referencia. Este es uno de los problemas con los que se enfrenta la lucha contra la corrupción en el comercio internacional. Según muchas legislaciones sobornar a un funcionario público extranjero para alcanzar, conseguir o asegurar un acuerdo mercantil puede no ser considerado una actividad ilícita, pero no por ello deja de ser un acto de corrupción. Por otra parte, en ocasiones se soborna*



d) Los actos de corrupción están siempre vinculados a la expectativa de obtención de un beneficio extraposicional<sup>827</sup>.

e) Los actos de corrupción tienden a realizarse en secreto o al menos con una cierta discreción<sup>828</sup>.

Jorge Malem Seña, visando clarear aún más su entendimiento sobre corrupción, menciona los actos que no deben ser considerados como corrupción, cuales sean<sup>829</sup>: la corrupción no puede ser confundida con medidas estatales de carácter promocional; tampoco puede ser confundida con el desvío de poder, en la medida que ésta es una violación o infracción al ordenamiento jurídico provocada por el ejercicio de poderes administrativos con fines distintos de los fijados por el derecho; no se debe confundir corrupción y clientelismo político, puesto que clientelismo es una relación en la cual un agente, en posición de superioridad, utiliza su influencia y sus recursos para dar protección y seguridad a otro agente, que está en posición de inferioridad, a cambio de servicios, lealtad y apoyos; la recepción de regalos, de recompensas o de compensación, económica o de otro tipo, de un modo general ha sido entendido como corrupción, pero Jorge Seña defiende la posición de que la aceptación de un obsequio o de un regalo es un acto libre y cuando hay el acto de regalar algo sin exigir nada a cambio, mediato o inmediato, no está habiendo favorecimiento o beneficio de alguien a cambio de un algo, ni está siendo practicado en secreto, por esto no sería corrupción. Sin embargo, puede ser entendida como un acto de soborno, porque éste tiene efecto coactivo; en sentido análogo, el autor busca distinguir actos de corrupción y la recepción, ofrecimiento, donación de propinas (propinas) son complementos salariales de los empleados que ocupan los niveles más bajos de la categoría funcional. Así, en principio no sería corrupción, pero puede si

---

*a una persona no para que tome una resolución contraria a derecho, sino para que cumpla una obligación legal(...). Corrupción e ilegalidad penal son, en ese sentido, términos independientes”.*

<sup>827</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, “LA CORRUPCIÓN – Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”, op. cit., págs. 33/34. En esa característica el autor complementa: “Y no es necesario que ese beneficio constituya una ganancia de carácter económico, puede ser política, profesional, sexual, etcétera. Y tampoco es necesario que el beneficio que se pretende conseguir sea elevado. En ocasiones es suficiente, para que se perfeccione el acto de corrupción, que una parte espere recibir algo con la convicción de que este algo sea valioso. Que efectivamente lo sea es una cuestión empírica irrelevante(...). Un corruptor inteligente puede dejar abierta la acción exigible a su contraparte para ser precisada en el futuro”.

<sup>828</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, “LA CORRUPCIÓN – Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”, op. cit., págs. 34/35. En esa característica es identificada la conducta del agente: “La noción de secreto o de discreción se vincula aquí – siguiendo a Michael Reisman – con un cierto intento por ocultar a acción corrupta, incluso en aquellos casos en que el apartamiento de las normas del sistema de referencia <<se sabe que se practican ampliamente y case nunca se sancionan>>. La corrupción, al implicar una actitud de deslealtad, tiene una carga negativa y, por lo tanto tiene a ser subtraída del público”.

<sup>829</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, “LA CORRUPCIÓN – Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”, op. cit., págs. 23/31.

constituir en soborno o extorsión cuando un empleado exija propina para ejercer sus funciones legales; Quien participe de un acto de corrupción no puede ser confundido con un reformador social, en la medida que corrupción y reforma social sano situaciones totalmente distintas e inconfundibles.

Sin embargo, en decurso de estos procesos de cambio social, que pasaron a acontecer desde lo post-guerra, la corrupción pasó a ser pensada conforme la teoría de la modernización, que asociaba el malo funcionamiento del sistema político a la idea de subdesarrollo. Sin embargo, posteriormente a la caída del muro de Berlín, la Ciencia Política buscó convertirse en una postura científica diferente de la sociología, en que el importante no son los elementos de la estructura social, sino a acción de los agentes políticos conforme el juego de preferencias políticas<sup>830</sup>.

Este nuevo abordaje pasó a orientar un nuevo entendimiento sobre corrupción, envolviendo las premisas de la elección racional y del nuevo institucionalismo, volviéndose hegemónica desde la década de 1990. Rose-Ackerman<sup>831</sup> fue quien dio inicio a esos estudios y asentada en la teoría de la elección racional, factor que pasa a abordar la corrupción de acuerdo con una nueva agenda política, cual sea, a un nuevo espacio de experiencia con elementos para pensarse a reforma de la política y de la economía, conforme los fines normativos de la democracia y del mercado. En consecuencia de ese aspecto, la Ciencia Política de la corrupción se confunde con abordajes económicos, en que influyen más las preferencias individuales de los agentes, teniendo en cuenta su racionalidad y su capacidad de acumular utilidad, así como los contextos de decisión que influyen esas preferencias<sup>832</sup>.

Adentro de ese nuevo factor de abordaje de la corrupción, Rose-Ackerman menciona que *“la corrupción ocurre en la interacción de los sectores público y privado, de acuerdo con sistemas de incentivo que permiten a los agentes políticos maximicen utilidad mediante soborno y propina. La*

---

<sup>830</sup> FILGUEIRAS, Fernando, “Marcos Teóricos de la Corrupción”, in “Corrupção: ensaios y críticas”, Leonardo Avritzer ... (et Al.), (org.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, pág. 353/361.

ROSE-ACKERMAN, Susan, “Corruption and government. Causes, consequences, and reform”. New York: Cambridge University Press, 1999.

<sup>831</sup> FILGUEIRAS, Fernando, “Marcos Teóricos de la Corrupción”, in “Corrupção: ensaios y críticas”, Leonardo Avritzer ... (et Al.), (org.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, pág. 357.

<sup>832</sup> FILGUEIRAS, Fernando, “Marcos Teóricos de la Corrupción”, in “Corrupção: ensaios y críticas”, op cit. págs. 357/358. APUD ROSE-ACKERMAN, Susan, “Corruption and government. Causes, consequences, and reform”. New York: Cambridge University Press, 1999.

*corrupción está relacionada al comportamiento rent-seeking, mediante lo cual los agentes políticos tienden a maximizar su renta privada. Esa maximización de bienestar está inserta adentro de un contexto de reglas determinadas y de una renta fijada de acuerdo con las preferencias individuales*”<sup>833</sup>.

Cual si ve, la noción de corrupción es muy amplia y que, en la sociedad actual, está impregnada de elementos economicistas y de mercado en todos los sectores y escalas del cuerpo social<sup>834</sup>, por esto, gana fuerza el entendimiento sobre corrupción privada, puesto que, en la actualidad, la comprensión de corrupción tiene alcance en los más diversos aspectos sociales, de naturaleza pública y privada, social y personal, calificando conductas de naturaleza sexual, contractual y funcional, entre otras<sup>835</sup>.

## **2 – Corrupción como fenómeno político y económico**

Para comprenderse corrupción y posibilitar la estructuración de una definición o concepción, tiene de ser verificada su concepción como fenómeno político y económico.

Actualmente, diversos elementos de la realidad latinoamericana y del mundo entero, demuestran que la corrupción es un fenómeno que adquirió dimensiones preocupantes, por esto, pasando a ser crecidas muchas acciones para su combate, envolviendo aspectos relativos a la política y la economía. Pierre Truche, que fue Procurador-General de Francia, manifestó que *“la corrupción es un comportamiento antiguo, hace mucho tiempo ilegal, pero objeto de una práctica tolerada en las altas esferas y por la opinión pública. Hemos entrado actualmente en un período en donde este*

---

<sup>833</sup> FILGUEIRAS, Fernando, “Marcos Teóricos de la Corrupción”, in “Corrupção: ensaios y críticas”, op cit. págs. 357/358. APUD ROSE-ACKERMAN, Susan, “Corruption and government. Causes, consequences, and reform”. New York: Cambridge University Press, 1999.

<sup>834</sup> CASCÓN, Fernando Carbajo, “Corrupción Pública, Corrupción Privada y Derecho Privado Patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión”. In “la Corrupción en un mundo globalizado: Análisis Interdisciplinar”, op. cit., pág. 129.

<sup>835</sup> CAPARRÓS, Eduardo Fabián, “La corrupción de agente público extranjero e internacional”. Segunda prueba de concurso para professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca. Salamanca, 2002.

*comportamiento, antes tolerado, ya no lo es más*”<sup>836</sup>.

Así, como los medios de comunicación pasaron a abrir amplios espacios para noticias relacionadas con la corrupción administrativa, se estableció un nexo entre corrupción, política y negocios<sup>837</sup>.

De esa forma, se vuelve indudable la necesidad de una evaluación sobre los elementos constituidores de la acción política y las formas básicas de la responsabilidad política, teniendo en cuenta la interacción de la actividad económica productiva y la busca improductiva de ingresos, cual sea, el fenómeno universal de la corrupción en el sector público.

La corrupción, de un modo general, envuelve una relación entre el Estado y el sector privado. Conforme Susan Rose-Ackerman, en grande parte de las veces los empleados son los actores dominantes; en otras situaciones, los actores privados son las fuerzas más poderosas. El relativo poder de negociación entre esos grupos determina el impacto general de la corrupción en la sociedad, así como la distribución de los beneficios entre sobornadores y sobornados<sup>838</sup>. De esa manera, en el análisis de la corrupción, es parte importante en el debate ser verificada cual la forma de gobierno está más apta para el desarrollo económico. Sin embargo, aún así y mismo considerando que los países ricos tienden a ser democráticos, no se debe establecer una relación estadística simple entre desarrollo y gobierno democrático<sup>839</sup>.

De cualquier modo, es incontestable que las democracias sostenidas por sólidas bases legales proporcionan un marco estable para la actividad económica. Sin embargo, para que ese factor funcione con eficacia, los políticos deben buscar la reelección y deben sentirse inseguros sobre sus

---

<sup>836</sup>TRUCHE, Pierre APUD LOZANO, Juan; DINARDI, Valeria Merino, compiladores, *“La hora de la transparencia en América Latina – El manual de anticorrupción en la función pública”*. Buenos Aires – Argentina: Ediciones Juan Granica SA/CIEDLA, 1998, pág. 31.

<sup>837</sup>LOZANO, Juan; DINARDI, Valeria Merino, compiladores, *“La hora de la transparencia en América Latina – El manual de anticorrupción en la función pública”*, op. cit. pág. 31. El autor refiere: *“las altas esferas de la política y los negocios, a lo largo y ancho del mundo, se han visto afectadas por escándalos muy importantes. Además las recurrentes acusaciones mutuas de corrupción entre los políticos no han cesado de aumentar, así como su conversión dudosa en ‘líderes naturales’ de la lucha contra el fenómeno durante las jornadas electorales”*.

<sup>838</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, *“La Corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reforma”*, traducción de Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A, 2001, pág. 157.

<sup>839</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, *“La Corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reforma”*, op. cit., pág. 157.

perspectivas, pero no demasiado inseguros, porque esto acarrea a una paradoja de estabilidad: demasiada seguridad en el cargo puede dar lugar a acciones corruptas. Demasiada inseguridad también puede tener el mismo efecto<sup>840</sup>.

En la estera de ese raciocinio, no queda duda que los estímulos a la corrupción en las democracias dependen de la organización de los procesos electorales, legislativos y de los métodos de financiación de las campañas políticas, cuyos factores pueden estar entrelazados, esto porque, parece no haber duda, las posibilidades de corrupción están relacionadas con el vínculo existente entre la estructura política y la riqueza privada<sup>841</sup>.

Siendo así, los métodos que los políticos utilizan para intentar mantenerse en el poder y aumentar el margen de maniobra de su políticas, teniendo en cuenta la existencia o no de un control sobre la llamada responsabilidad política, es factor relevante para la evaluación del fenómeno llamado de corrupción. Como advierte José María Maravall, los gobiernos solo atenderán a los intereses de los ciudadanos por miedo de perder elecciones futuras y que éste es un grande elemento de control de la responsabilidad política, la elección, y dice que éste argumento es fundado en la Teoría de la Representación Democrática de Sartori (1987: 155-6)<sup>842</sup>.

Otro aspecto relevante para comprensión del llamado fenómeno corrupción es su reflejo económico, una vez que depende de la relación política y negocios. Este reflejo avienen de la relación política-economía y está representada por la ocupación del gobierno directamente por una empresa<sup>843</sup>.

---

<sup>840</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, *“La Corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reforma”*, op.cit., pág. 174.

<sup>841</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, *“La Corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reforma”*, op.cit., pág. 174. Na avaliação desse aspecto, a autora salienta que a força do entorno político competitivo aumenta os riscos e reduz o custo da corrupção. Que um sistema político competitivo pode ser uma prova sobre o nível de corrupção, pois, para os políticos eleitos, a forma mais imediata de “castigo” se realiza nas urnas, por isto, complementa o seu raciocínio: *“El electorado puede imponer un coste, incluso si los pagos se mantienen secretos. Los sobornos y los donativos ilegales a las campañas políticas se ofrecen a cambio de una ventaja. A menudo, las compensaciones son algo que el político corrupto no habría hecho sin el pago. Si los políticos votan contra los intereses de sus electores, pueden temersufrir las consecuencias en las urnas”*.

<sup>842</sup> MARAVALL, José María, *“El Control de los Políticos”*. Madrid – Espanha: Santillana Ediciones Generales, S.L., 2003, pág. 14. Citando Sartori, el autor menciona: *“Si es cierto – y lo es casi siempre – que al líder que periódicamente corre el riesgo de verse apartado del poder le preocupa cómo van a reaccionar los votantes ante sus acciones, la consecuencia es que este estará controlado (por lo menos, cuando se planteen cuestiones delicadas) por la previsión de qué reacción, ya sea positiva o negativa, pueda producirse”*.

<sup>843</sup> ALFARO, Luis H. Contreras, op. cit. pág. 136. El autor, citando FERRAJOLI, dice que esta ocupación del gobierno *“significa la ruptura de un principio fundamental del moderno Estado representativo: el de la*

De acuerdo con ese contexto, el fenómeno de la corrupción deriva de la relación poder político – poder económico, en faz de que existan intereses para ser logradas ventajas personales ilícitas, en detrimento de los intereses generales. Según resalta Susan Rose-Ackerman, todos los Estados, sean democráticos o represivos, controlan la distribución de beneficios valiosos y la imposición de costes gravosos. La distribución de estos beneficios y costes, de un modo general, se encuentra bajo el control de funcionarios públicos que poseen un poder discrecional. Las personas y las empresas privadas que desean un tratamiento diferenciado y favorable pueden estar dispuestas a efectuar pago para obtenerlos. Los pagos son corruptos si son hechos ilegalmente a funcionarios públicos con la finalidad de ser logrado un beneficio o de ser evitado un coste<sup>844</sup>.

Por tanto, la corrupción es un fenómeno político y económico, en la medida que avienen de la mala utilización del poder político, propiciando un resultado económico ilícito, sea por la obtención de un beneficio sea por el alejamiento de un coste. Así, corrupción en el sector público deriva de relaciones ilícitas o fraudulentas de los detentadores de los cargos electos o no, con intereses económicos privados, propios o ajenos, suponiendo una utilización desviada, desleal y perversa de los poderes públicos para satisfacción de intereses privados o particulares de los titulares de estos poderes<sup>845</sup>.

### **3 – Concepto de corrupción: corrupción pública y corrupción privada**

Conforme lo hasta aquí examinado, el fenómeno de la corrupción se traduce por la interposición de un interés privado sobre el interés público. se trata, en la expresión de Fernando Carbajo Cascón, de un desvío ilícito del interés público en beneficio de intereses privados, centrandose,

---

*separación entre Estado y sociedad, entre esfera pública y privada, en definitiva, entre poderes económicos y poder político”*

<sup>844</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La Corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*”, op. cit., pág. 11. Sobre este aspecto, la autora refiere: “*La corrupción es un sintoma de que algo no ha funcionado bien en la gestión del Estado. Las instituciones diseñadas para gobernar la interrelación entre los ciudadanos y el Estado se utilizan, en vez de ello, para el enriquecimiento personal y para proporcionar beneficios a los corruptos. El mecanismo de precios, que con tanta frecuencia es una fuente de eficacia económica y un elemento que contribuye al crecimiento, puede, en forma de soborno, socavar la legitimidad y la eficacia del gobierno*”.

<sup>845</sup> CASCÓN, Fernando Carbajo, “*Corrupción Pública, Corrupción Privada y Derecho Privado Patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión*”, op. cit., pág. 127.

por esto, la corrupción en la órbita del sector público. Mientras, como aún refiere el citado autor, en la actualidad, la sociedad contemporánea se impregnó de elementos economicistas, con el sistema financiero adquiriendo una preponderancia significativa en la vida diaria de los ciudadanos, de allí aconteciendo los graves escándalos ocurridos en los últimos tiempos envolviendo los mercados financieros, las grandes empresas nacionales e internacionales, algunas organizaciones como el Comité Olímpico Internacional, incluyendo aún el llamado tercer sector, formado por organizaciones no gubernamentales, que generaron una ola de “*desconfiança e malestar entre los ciudadanos y instancias del poder político por las graves consecuencias que tales escándalos conllevan para el funcionamiento eficiente del mercado y la consecuente satisfacción de los intereses públicos o generales en el funcionamiento correcto del sistema de economía de mercado (...)*”<sup>846</sup>.

Por esta razón, pasó a ganar cada vez más fuerza y sentido el estudio de la **corrupción privada**<sup>847</sup>, fruto de comportamientos desviados por parte de los centros de poder y decisión de las empresas privadas (administradores y cargos directivos), generalmente con proyección pública (entidades y establecimientos financieros de crédito, empresas de servicios de inversiones, sociedades cotizadas de valores, compañías de seguro, etc.), con la intención de aprovechar las lagunas legales y los defectos estructurales de las grandes compañías y del sistema financiero para beneficio propio y en detrimento de otros intereses privados, particulares y colectivos, alcanzando incluso los intereses generales cifrados en el funcionamiento eficiente del sistema financiero y económico en su conjunto<sup>848</sup>.

---

<sup>846</sup> CASCÓN, Fernando Carbajo, “*Corrupción Pública, Corrupción Privada y Derecho Privado Patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión*”, op. cit., pág. 129.

<sup>847</sup> Idem, pág. 129.

<sup>848</sup> CASCÓN, Fernando Carbajo, “*Corrupción Pública, Corrupción Privada y Derecho Privado Patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión*”, op. cit., pág. 129. En nota de pie de página, el actor aclara su posición sobre lo tema, mencionando: “*En estos casos nos encontramos con conductas fraudulentas en el ámbito privado (en el sentido de abusos de poder por los cesionarios o titulares de potestades de decisión en la empresa privada, generalmente de estructura societario-capitalista) que perjudican a un número importante de intereses privados diferentes relacionados directa o indirectamente con un mismo ente privado (acreedores, trabajadores, accionistas, inversores, depositantes o ahorradores en general, etc.) y, de manera refleja, lesionan el propio interés público en el funcionamiento eficiente del mercado, a la vista de la alarma social creada por estos escándalos financieros, sea por la pérdida de confianza en el sistema (es decir en el entramado institucional y normativo que vela por la transparencia y el buen funcionamiento de los distintos mercados en términos de competencia), o sea por la necesidad de que la Administración intervenga directamente para evitar crisis financieras, reflotar empresas en crisis y/o asumir el coste que suponen la pérdida masiva de puestos de trabajo y las pérdidas financieras de los ahorradores (cfr. prestaciones de desempleo, fondos de garantía salarial, fondos de garantía de depósitos y de inversiones)*”.

Por tanto, conforme ZARZALEJOS<sup>849</sup> manifestó, el fenómeno de la corrupción, de acuerdo con el entendimiento que viene siendo expreso socialmente, puede referirse tanto a acción pública como la acción privada. Así, como bien resaltó Luis Contreras Alfaro, tan corrupto es un acto de malversación de fondos públicos, en provecho propio o ajeno, cuanto es la apropiación indebida de recursos privados en las sociedades anónimas mediante grandes operaciones de “ingeniería financiera”, que aprovechan la insuficiencia de los controles y de los vacíos jurídicos de una legislación exigüamente adaptada a la complejidad de las modernas relaciones económicas<sup>850</sup>. Complementando su manifestación, el autor refiere que, para haber corrupción privada, las ventajas ilícitas producto de las actividades corruptas deben ser ventajas patrimoniales y los mecanismos jurídicos para su ocultación y posterior reconversión o blanqueamiento pertenezcan al derecho privado, por esto, reportándose a García Mexía, menciona que, “*de tal manera, parece que la corrupción pública y la corrupción privada no son sino dos caras de una misma moneda*”<sup>851</sup>.

Ésta es una idea que está cada vez más consolidando en el mundo, el de la corrupción privada, con todos buscando mecanismos para contener su acrecentamiento. Como pondera Fernando Carbajo Cascón, si es verdad que la intervención pública en la economía, asumiendo la iniciativa empresarial en sectores estratégicos e imponiendo fuertes barreras y controles al acceso de la iniciativa privada fue un caldo de cultivo ideal para la propagación de la corrupción en el sector público (se conjugó intereses públicos y privados en mercados estratégicos por su transcendencia económica), los procesos de privatizaciones y la ola de liberación (desregulación) que viene aconteciendo en las economías capitalistas desde el último cuarto del siglo XX, han causado un notable crecimiento de los escándalos financieros en la grande empresa privada, con conexiones en los mercados financieros<sup>852</sup>.

---

<sup>849</sup> ZARZALEJOS, J. A. “Descripción del fenómeno de la corrupción”, VV.AA. “Corrupción y ética”. Cuadernos de Teología Deusto, nº 9, 1996, pág. 11. APUD ALFARO, Luis H. Contreras, op. cit. pág. 131.

<sup>850</sup> ALFARO, Luis H. Contreras, op. cit. pág. 131. O autor, en nota de pé de pág. , cita MALEN SEÑA, J. , “El fenómeno de la corrupción”, VV.AA. *La Corrupción Política*. Madrd, 1997, pág. 78: “sostiene que quien se corrompe no necessita ser funcionario público, para este autor también la corrupción puede darse entre individuos que actúan privadamente. Basta pensar en el pagp a jugadores de fútbol para alduterar los resultados de una competición o en el pago a una secretaria para que desvele cierta información básica atinente a la empresa donde trabaja”.

<sup>851</sup> ALFARO, Luis H. Contreras, op. cit. , pág. 132.

<sup>852</sup> CASCÓN, Fernando Carbajo, “Corrupción Pública, Corrupción Privada y Derecho Privado Patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión”, op. cit., pág. 130.



Esos factores han demostrado la existencia de relaciones entre las empresas y el poder político “desregulador”, la práctica de fraudes o irregularidades contables, situaciones continuadas de clientelismo (cfr. relaciones plurales entre sociedades cotizadas y empresas auditoras que realizan al mismo tiempo actividades de consultoría y asesoramiento para las mismas empresas que deben auditar), fomentando el logro de los centros de poder de las sociedades cotizadas frente al conjunto de inversionistas, perpetuando los administradores y directores en la cúpula del poder de las grandes empresas, con los mismos interponiendo sus intereses personales sobre el interés social de la empresa administrada y sobre los intereses privados y públicos implicados en el funcionamiento de los mercados financieros<sup>853</sup>.

Realmente, esas circunstancias de la actual realidad social demuestran que existe la denominada corrupción privada, envolviendo un complejo mercado económico y financiero, con la cúpula de las grandes empresas poseyendo brutales poderes de acción sobre todo el malla de relaciones económicas, volviéndose productora de corrupción privada que, por satisfacer intereses personales de los directores y administradores, se aleja del interés social de la empresa y termina por alcanzar la todo el colectividad. Este nuevo tipo de situación en el mundo, lleva a CAPARRÓS a afirmar: *“Estos conflictos de intereses en el sector privado ponen de manifiesto la fatal atracción del poder económico frente a los tradicionales criterios de honorabilidad en el campo profesional y laboral y frente a la ética de los negocios. Para compartir estas situaciones se hace necesario algo más que el compromiso de honorabilidad y buen gobierno en el desarrollo de actividades privadas, y más también que la abstracta definición de deberes de diligencia y que la voluntaria asunción de deberes de información y transparencia a través del <<artificio>> de los Códigos de Autoregulación, sean de práctica (de la empresa) o de buen gobierno (de los cargos directivos), propios de la etapa liberalizadora y de la nueva economía (e-economía). La experiencia ha demostrado el aumento progresivo de las prácticas abusivas e fraudulentas del poder empresarial y el mal funcionamiento de los mercados financieros en situaciones de ese tipo. También demuestra la experiencia la ineficacia de los llamados Códigos de Autorregulación o Códigos de Práctica para frenar los graves escándalos financieros capaces de desequilibrar el regular*

---

<sup>853</sup>CAPARRÓS, Eduardo Fabián, “La corrupción de agente público extranjero e internacional”. Segunda Prueba del Concurso para la provisión de una plaza de profesor titular de Universidad en la Facultad de Derecho (Departamento de Derecho Público – Área de Derecho Penal), convocado por el Rectorado de la Universidad de Salamanca mediante Resolución de 11 de junio de 2001, pág. 15 a 20.

*funcionamiento del sistema financiero mundial. La alarma social reclama medidas legales concretas e eficaces para frenar la corrupción en el sector privado*”<sup>854</sup>.

De esa forma, aunque, en principio, la idea de corrupción esté vinculada al uso ilegítimo de poderes por parte de los agentes públicos, en los últimos tiempos hubo una progresión de ese entendimiento, puesto que esta idea también pasó a ser comprendida en el ámbito de las conductas relacionadas con la denominada “corrupción privada”, entendiéndose cómo tal el uso desviado del poder de decisión en el aspecto de las relaciones económicas entre particulares<sup>855</sup>, cuyas manifestaciones de corrupción se volvieron más palpable en el proceso de **globalización de la economía**, en la medida que la globalización de los mercados potencia, sin duda, la posibilidad de comportamientos corruptos<sup>856</sup>.

El reconocimiento a la existencia de corrupción privada ha ocurrido tanto en el aspecto de la doctrina cuanto de la reglamentación legal. Muchos países (Alemania, Francia, Holanda, Suiza, Suecia, Turquía, etc.) punen la corrupción privada, mediante norma en el Código Penal o en leyes especiales. En Alemania, en el art. 299 CP, la corrupción privada fue colocada entre los delitos contra la competencia. En Suecia, hubo opción por la equiparación entre funcionarios públicos y sujetos privados, con definición de una corrupción ampliada, reprochable en el general, tanto la del sector público en cuanto a la del sector privado<sup>857</sup>.

Por su vez, a “*Acción Común del Consejo de Europa, de 22 de diciembre de 1998, sobre la corrupción en el sector privado*”, fuerte en el art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, considerando que la corrupción falsea la competencia leal y compromete los principios de apertura y libertad de los mercados, y, en hormigón, el correcto funcionamiento del mercado interior, y es contraria la transparencia y la apertura del comercio internacional,

---

<sup>854</sup> CAPARRÓS, Eduardo Fabián, “*La corrupción de agente público extranjero e internacional*”. Op.cit., pág. 131.

<sup>855</sup> CAPARRÓS, Eduardo Fabián, “*La corrupción de agente público extranjero e internacional*”, op. cit., págs. 18/19.

<sup>856</sup> CASCÓN, Fernando Carbajo, “*Corrupción Pública, Corrupción Privada y Derecho Privado Patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión*”, op. cit., pág. 133.

<sup>857</sup> CAPARRÓS, Eduardo Fabián, “*La corrupción de agente público extranjero e internacional*”, op. cit., págs. 18/19. O autor assenta suas referências nas obras de dois autores: “HUBER, Bárbara: ‘*Il sistema tedesco di lotta allá corruzione: una comparazione com quelli di altri paesi europei*’, RTDPE, 1999 (3), págs. 516/517; e NIETO MARTÍN, Adán: “*Ciudadanía europea y Derecho penal*”. *Manuales de Formación Continuada*, nº 5, CGPJ, Madrid, 1999 (sic), pág. 295”.

contempla la corrupción activa y pasiva en el sector privado (es considerada corrupción pasiva en el sector privado – art. 2º - “*el acto intencionado de una persona que, derechamente o por medio de terceros, pide o reciba en el ejercicio de actividades empresariales, ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones*”; y por corrupción activa en el sector privado – art. 3º - “*a acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, derechamente o por intermedio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona para ésta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones*”), proponiendo su tipificação como infracción penal, al menos cuando tales conductas supongan o puedan suponer una distorsión de la competencia, como mínimo en el hito del mercado común y causen o puedan causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación irregular de un contrato<sup>858</sup>.

Diese modo, son muchas las visiones sobre corrupción, por esto, **no es simple definirse o conceptuarse el fenómeno llamado de corrupción**, en la medida que son varios los aspectos que envuelven este fenómeno, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado, llevando algunos, incluso, a referir que debía haber varias conceptualizaciones de corrupción, considerando el ángulo analizado. El cierto es que corrupción, en el aspecto jurídico, poseía un involucramiento específico del sector público, pero, posteriormente, evolucionó para una adquisición de amplitud mayor, envolviendo también el sector privado. Comoquiera, genérica y jurídicamente, corrupción posee un sentido perfectamente determinado y está interligado con el comportamiento ilegal, por esto ilícito, de quien desempeña actividad con poder de decisión.

Na doctrina, aunque manteniendo el sentido jurídico del ilícito cometido por quien actúe en el Poder Público, la definición de corrupción ha asumido mayor amplitud de entendimiento, pero siempre con el encaminamiento para la actividad pública<sup>859</sup>.

---

<sup>858</sup> CASCÓN, Fernando Carbajo, “*Corrupción Pública, Corrupción Privada y Derecho Privado Patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión*”, *op. cit.*, pág. 132.

<sup>859</sup> KAUFMANN, Daniel, The World Bank Institute, in “*Novas Fronteiras impíricas no combate à corrupção e na melhoria da governança – Tópicos escolhidos*”. Conferência realizada no Fórum Econômico 2001 da Organização para a segurança e cooperação na Europa – OSCE, em Bruxelas, 30-31 de janeiro de 2001. Para Daniel Kaufmann, del Banco Mundial, se define corrupción “*como el malo uso de la función pública para obtención de ventajas personales*”; Gianfranco Pasquino, por su vez, define corrupción como “*el fenómeno*

De otro lado, mencionando que la corrupción, tal como fue entendida tradicionalmente, varió sus características esenciales, Carlos Castresana Fernandes advierte que la corrupción tradicional poseía carácter individual, centraba sus actividades en conductas que se correspondían con la discreción de los tipos penales clásicos de malversación de recursos públicos y de soborno, pero que, ahora, ay una corrupción moderna, envolviendo los mercados financieros, el tráfico de influencias y el abuso de información privilegiada<sup>860</sup>.

**Ya Fernando Carbajo Cascón, refiere que actualmente puede hablarse abiertamente “de corrupción privada, concebida como una desviación fraudulenta o abusiva de potestades de control e decisión en la empresa privada que genera conflictos de intereses dentro del sector privado”<sup>861</sup>.**

---

*por el cual un funcionario público es llevado a actuar de modo diverso de los padrones normativos del sistema, favoreciendo intereses particulares en cambio de recompensa”* ( DICIONÁRIO DE POLÍTICA/ Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. Trad. João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 12<sup>a</sup> ed., 1999. Vol. I, pág. 291); Para Eduardo Fabián Caparrós, “con el término corrupción se suele dar nombre a la oferta o la prestación directa o indirecta a un servidor público de una ventaja indevida, pecuniaria o de otro género, con la finalidad de inducirlo a ejecutar un acto contrario a los deberes de su cargo, o para ejecutar u omitir un acto debido” (CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián, “La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (Anotaciones para un Derecho penal globalizado)”, em “La corrupción en un mundo golbalisado: análisis interdisciplinar, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez Garcia y Eduardo Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004, pág. 228); Estableciendo un análisis de la corrupción sobre las contrataciones públicas, Ricardo Rivero Ortega, define que “las decisiones corruptas en la contratación administrativa coinciden la mayor parte de las veces con las distintas modalidades de los delitos de tráfico de influencias (Cugat Mauri, 1997) o de cohecho, también conocido en América Latina bajo la expresión clásica de peculato” (ORTEGA, Ricardo Rivero, “Corrupción y contratos públicos: las respuestas Europea e Latino americana”, em “La corrupción en un mundo golbalisado: análisis interdisciplinar, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez Garcia y Eduardo Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004, pág. 110); por su vez, Fernando Filgueiras menciona que, modernamente, no está asentada en la virtud, pero, sí, en las necesidades, expresando: “La corrupción, por tanto, no es más comprendida a través del concepto de virtudes, pero del concepto de intereses como substrato material de las leyes” (in “Corrupción, Democracia y legitimidad”, op. cit. pág. 78).

<sup>860</sup> FERNÁNDEZ, Carlos Castresana, “Corrupción, globalización y delincuencia organizada”, em “La corrupción en un mundo golbalisado: análisis interdisciplinar, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez Garcia y Eduardo Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004, pág. 217. En ese sentido el autor afirma: “la corrupción moderna opera mucho más en los mercados financieros, y responde a la descripción de conductas de tipos penales más modernos como el de tráfico de influencias y el abuso de información privilegiada. Este fenómeno, unido a una creciente confusión de intereses entre el sector público y el privado, y el continuo trasvase de personas de uno a otro, ha permitido que la corrupción se haya convertido en un fenómeno sistémico, donde los comportamientos rebasan la esfera personal o individual del funcionario para convertirse, especialmente en los sectores productivos o de servicios más vulnerables, en un mecanismo regular o habitual de la asignación presupuestaria y de la contratación pública, que compromete regularmente el proceso de adopción de decisiones de las instituciones democráticas”

<sup>861</sup> CASCÓN, Fernando Carbajo, “Corrupción Pública, Corrupción Privada y Derecho Privado Patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión”, op. cit., pág. 130.

En ese contexto, hay aún los conceptos de naturaleza legal, puestos en dispositivos legales, con el objetivo de la penalización. En Brasil, la corrupción es entendida como tipo penal, especificado como crimen del funcionario público, constando de su Código Penal, en la parte dirigida a los crímenes de la Administración Pública (art. 317, CP). En esa forma legal determinada, considerando que, en la corrupción, siempre hay quien corrompa y quien es corrompido, hubo la definición legal de corrupción pasiva y corrupción activa. La **activa** es dirigida a la figura del corruptor y consiste en ofrecer o prometer ventaja indebida a funcionario público, para determinarlo a practicar, omitir o retardar acto de oficio. La **pasiva** envuelve la figura del corrupto y consiste en pedir o recibir, para sí o para otro, directa o indirectamente, todavía que fuera de la función, o antes, de asumirla, pero en razón de ella, ventaja indebida, o aceptar promesa de tal ventaja.

En España, como en Brasil, y siguiendo la línea regladora de Alemania (Parte Especial, Sección 29ª, CP) y de Italia (Libro según, Título II), el Código Penal español regula la materia bajo un mismo título – “*Los delitos contra La Administración Pública*” – donde son catalogados los siguientes delitos: a) delitos de prevaricación; b) delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada; c) delitos de soborno; d) delitos de tráfico de influencias; e) malversación de recursos públicos; f) fraudes y exacciones ilegales; g) negociación prohibida a los funcionarios<sup>862</sup>.

De igual modo procedió a “*Acción Común del Consejo de Europa, de 22 de diciembre de 1998*”, cuando definió y conceptuó la corrupción en el sector privado, cuando propuso su tipificación como infracción penal, al menos cuando tales conductas supongan o puedan suponer una distorsión de la competencia, causando o que puedan causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación irregular de un contrato.

Así, de un modo general, se puede decir que corrupción envuelve comportamiento ilícito, con el fin de ser obtenido beneficio propio o de tercero, teniendo en cuenta los aspectos de legalidad y legitimidad. Por tanto, jurídicamente, en la actualidad, puede ocurrir corrupción tanto en el ámbito de la estructura estatal como en la estructura de las empresas privadas, mediante comportamiento ilícito, en faz de su ilegalidad e ilegitimidad, en la medida que corrupción significa negociación o cambio entre quien corrompa y

---

<sup>862</sup> GÓMEZ, Carmen Rodríguez, “*La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*”, en “*La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez García y Eduardo Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004, pág. 194/195.

quien se deja corromper. Como bien destaca Gianfranco Pasquino, “*La corrupción es una forma particular de ejercer influencia: influencia ilícita, ilegal e ilegítima*”<sup>863</sup>.

De esa forma, teniendo en vista las varias formas de ser comprendido el fenómeno corrupción, se vuelve muy difícil idealizarse un concepto de corrupción abarcante, que envuelva todas las perspectivas de la actualidad. De cualquier modo, aunque éstas inmensas dificultades para conceptuarse corrupción, en una tentativa genérica, se puede decir que corrupción es el medio ilícito de ejercer influencia en las decisiones públicas o privadas, envolviendo agente público o empresarial, con beneficio personal o de tercero, causando serios perjuicios al interés público o al interés social de la empresa, con profundos desgastes a un de los más importantes factores de la estructura del sistema público y social, su legitimidad, y, en faz disto, por reflejo, causando perjuicios la todo el colectividad.

## **II – Formas de manifestación de la corrupción**

Considerándose corrupción como el medio ilegítimo de ejercer influencia, sus formas de manifestación son las más diversa.

Puede ocurrir con apariencia inocente de un simple favor. Es el caso del servidor que, por simpatía, admiración o amistad, influencia ilicitamente decisión en favor de alguien. se trata de comportamiento ilegal porque el sentimiento de naturaleza personal acarrea, como factor de mantenimiento de esa relación personal, al beneficio indebido de alguien.

Una de las formas más comunes de manifestación de la corrupción es la de la transacción. Es cual si afuera un negocio. Solo que un negocio ilícito e ilegal. Es el caso de alguien ofrecer recompensa para alterar a su favor la decisión de un servidor público; o el servidor público exigir o aceptar pago para realizar, omitir o retardar acto, en el sentido de concretar ventaja indebida para alguien.

Otro medio de manifestación es el del cambio de favores o intereses. Es la circunstancia del servidor que, a cambio de su procedimiento

---

<sup>863</sup> DICIONÁRIO DE POLÍTICA/ Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, op. cit., pág. 292.

ilícito de favorecer alguien, recibe o pide medida compensadora al acto practicado, como por ejemplo: para firmar contrato de alquiler de autos, pide a cambio que le sea puesto a la disposición un auto para su uso particular.

Siendo la corrupción una forma ilícita de influenciar las decisiones públicas, sus manifestaciones pueden ocurrir en el ámbito de cualquiera de los Poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), en cualquiera de los sectores administrativos de estos Poderes, y quien de ella busca si sirve, invariablemente, intervendrá en tres niveles: a) en la fase de elaboración de las decisiones; b) en la fase de aplicación de las normas legales; y c) en la fase de ejecución de las decisiones adoptadas.

a) En la fase de elaboración de las decisiones.

En esta fase, la corrupción se manifiesta buscando influir en la elaboración de la decisión. Es la presión ilícita ejercida sobre los parlamentarios (concejales, diputados y senadores), buscando ofrecer recompensas a cambio del voto a ser dado en favor de sus intereses. Es la tentativa de soborno de los peritos y miembros de comisiones de licitación, en el sentido de lograr ganancia con la posición a ser adoptada. De igual forma se da en el caso de haber tentativa ilícita para obtención de acceso privilegiado a informaciones, hechos o personas, con el sentido de influenciar decisiones a ser adoptadas.

b) En la fase de aplicación de las normas legales

La corrupción en esta fase también puede manifestarse de diversas formas. En esa circunstancia, lo objetivo es lo de alcanzar una exención o una aplicación de cualquier modo favorable, como en el caso de alguien cogido por el fisco que busca, ilícitamente, mediante soborno o propina, ser exentado de la penalidad o, por lo menos, favorecido con una decisión más blanda. Es también la tentativa ilícita de alguien que busca influenciar al juez para una sentencia que le sea favorable o al Jefe del Poder Ejecutivo en cuanto a la penalidad administrativa a ser aplicada.

c) En la fase de ejecución de las decisiones adoptadas

Tomada en decisión, la corrupción busca interferir en su ejecución, objetivando hacer con que uno escape de las sanciones legalmente previstas, sea alterando el contenido decisorio, o sea, este enmascarado, con la finalidad de producir un favorecimiento indebido. Es el caso del penado que soborna al carcelero para que se ponga en fuga tranquila. El contratista que, sobornando servidor o autoridad pública, ejecuta la obra o el servicio en condiciones inferiores a las contratadas, para ser favorecido con este acto.

Por tanto, de la forma con que la corrupción se manifiesta es un mal que mina, solapa, agrede, arruina y destruye toda la estructura estatal, en la medida que puede estar presente en los tres Poderes del Estado, en todas sus esferas administrativas, envolviendo los tres niveles de la acción administrativa: elaboración, decisión y ejecución, alcanzando tanto los sectores que tratan de la receta cuanto del gasto.

## **1 – La corrupción como problema cultural**

Otro factor importante y relevante del análisis de la corrupción es la cuestión cultural. Efectivamente, para entenderse un acto como corrupto o no, se debe buscar la definición de ese acto en el contexto cultural de la sociedad. Así, se puede decir que el soborno, el regalo y la propina, en su definición, es un asunto cultural. Todavía, como la “cultura” es dinámica y está en constante cambio, el modo de cultura en el tiempo y en el espacio es que irá a dictar si un acto es o no corrupto. Según observa Susan Rose-Ackerman, aun cuando una conducta pueda ser considerada como corrupta por algunos observadores, puede, sin embargo, por ser entendida como una entrega aceptable de regalos y propina dentro de un país, simplemente ser considerada como legal. Sin embargo, si tales prácticas imponen costes ocultos o indirectos sobre la población, los analistas pueden clarificar y documentar los costes. La definición de ser una conducta aceptable o no dependerá de la cultura local, de acuerdo con el nivel de tolerancia que cada sociedad posee en la evaluación de cada caso<sup>864</sup>.

Justamente por este factor, Rose-Ackerman<sup>865</sup> busca distinguir

---

<sup>864</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, *op. cit.*, págs. 151/152.

<sup>865</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, *op. cit.*, *op.cit.*, págs. 126/127.



soborno, presentes, precios y propinas, considerando la circunstancia en la que ocurren, quien pague y quien recibe, teniendo en cuenta dos dimensiones:

a) ¿Existe una retribución explícita? Siendo afirmativa, la transacción puede ser catalogada como una venta, incluso se existe un largo período de tiempo entre el pago y la recepción del ganado económico, pues tanto las ventas de mercado como los sobornos implican en obligaciones recíprocas. De otra parte, los donativos a las instituciones benéficas o a las personas que se quiere donar, en principio, no implican explícitamente en una reciprocidad, aunque muchas donaciones puedan administrar obligaciones implícitas.

b) ¿La segunda dimensión consiste en las imposiciones institucionales de los pagadores y de los pagados, éstos son subordinados o superiores? Como bien explicita Rose-Ackerman, una cuenta en el restaurante se paga al propietario, una propina (propina) al camarero, una multa por exceso de velocidad se paga al Estado, un soborno al agente público (policial).

Consonante ese posicionamiento, la autora realiza el siguiente cuadro de pagos por clientes<sup>866</sup>:

### **Pagos por clientes**

	Compensación	Ausencia de Compensación explícita
Pago al superior	Precio	Presente
Pago al subordinado	Soborno	Propina

Por tanto, concentrándose solamente en éstas dos dimensiones – la existencia de un equilibrio y la presencia o ausencia de agentes o empleados – producen las cuatro categorías del cuadro arriba, llamadas a soborno, propinas, presentes y precios de mercado. De cualquier forma, resalta la autora todavía que en las categorías si incluya expresiones con carga moral de sobornos y presentes, la tabla identifica los pagos

<sup>866</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, *op. cit.*, pág. 127.

solamente en función de la relación con la Administración y la existencia de un equilibrio o compensación.

Aunque el precio se diferencie del regalo por ausencia de un equilibrio explícito, puede haber vínculos bastantes sutiles entre el regalo y la conducta posterior del beneficiario. Esa cuestión del precio varia mucho, dependiendo de lo que se está “vendiendo” y de quien cobra y de quien pague el precio<sup>867</sup>.

Ya la propina depende de la circunstancia que la envuelve. La compensación es vacante y el servicio normalmente es prestado después que se pagó la propina<sup>868</sup>. Estas cuestiones se vuelven complejas porque dependen de la forma que el servicio es prestado para generar una compensación económica, la propina, pudiendo de allí resultar en una distorsión. Asociar la recompensa (propina) a una mezcla de volumen y calidad es más eficaz, permitiendo a los clientes paguen derechamente a los empleados por un buen servicio es una forma de obtenerlo<sup>869</sup>.

Por su vez, los regalos y el soborno tienen una grande semejanza. Para evaluación de estos factores es necesario verificarse algunos mecanismos informales de aplicación, que son bien conocidos de todos: la confianza, la reputación, la toma de rehenes y las obligaciones recíprocas (Cramton y Dees 1993; Williamson 1975, 1979)<sup>870</sup>. En muchos contextos regulares de contratación estos mecanismos son altamente deseables, pero pueden fácilmente se vuelvan actos corruptos, así como las transferencias

---

<sup>867</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, *op. cit.*, pág. 131. En ese aspecto, la autora realiza el siguiente comentario: “*La falta de flexibilidad organizativa del Estado limita su capacidad para reorganizar este tipo de relación. Un gobierno se sirve de empleados públicos cuando los negocios privados simplemente venderían sus servicios directamente. Por el contrario, el sector público utiliza contratos allí donde las empresas privadas se integrarían verticalmente por dificultades de control. A veces, la desregulación y privatización puede corregir estas dificultades, pero algunas limitaciones consustanciales con la naturaleza especial de los servicios del gobierno. Las funciones públicas legítimas no pueden por su naturaleza ser organizadas como mercados privados. Este hecho implica que no se pueden eliminar todos los alicientes a la corrupción de los programas públicos*”.

<sup>868</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, *op. cit.*, pág. 131. Nesse caso, a autora refere: “*las propinas son ‘legalmente opcionales, informalmente concedidas, la cantidad no es específica, sino variable y arbitraria’ (Zelizer 1994:91)*”.

<sup>869</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, *op. cit.*, pág. 132. Sobre esta situação, a autora diz: “*Sin embargo, las propinas no serían deseables para los propietarios, si éstas hicieran que los empleados discriminasen entre los clientes de una forma que redujesen los ingresos de aquéllos. Imaginemos, por ejemplo, que los camareros, lo mismo que los agentes de aduana corruptos, otorgaran descuentos sobre las comidas o sirvieran platos extras a cambio de sobornos*”.

<sup>870</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, *op. cit.*, pág. 132.

altruistas.

Diego Gambeta (1993), en su estudio sobre la Mafia siciliana, “*acentua a falta generalizada de confiança no Estado italiano. Um aumento de transações privadas de propriedades se produziu em uma época que o Estado carecia de capacidade para manejar ditas transações. O Estado não pode oferecer um método fidedigno para resolver as disputas e para administrar as transferências de propriedades privadas. Foi então quando surgiu a Máfia como substituto. Outros observadores consideram o surgimento das ‘máfias’ na Rússia a causa de uma similar debilidade do Estado (Varese 1994)*”<sup>871</sup>.

Del mismo modo, la confianza también es importante en los actos de corrupción. Según aún Gambeta, la falta de confianza en el gobierno lleva la demanda de servicios privados de protección. De otra parte, la capacidad de establecer una confianza basada en relaciones personales estrechas ayuda a reducir los riesgos para el descubrimiento de la corrupción. También proporciona una garantía de cumplimiento cuando el pago y la compensación están separados por el tiempo. Como refiere Rose-Ackerman, en un entorno corrupto, donde no se puede utilizar la ley para ejecutar los contratos, puede que no exista ninguna alternativa para negociar con los amigos, de lo que, hay el riesgo de que la confianza si convierta en enfado, por la incertidumbre de los entendimientos extralegales<sup>872</sup>.

Por su lado, así como en los mercados legales, la reputación gana en el cumplimiento de una actuación repetida puede sustituir la ley y las relaciones personales de confianza<sup>873</sup>. Una reputación de recompensar generosamente a quien nos ayuda inducirá a los demás a favorecernos. Una reputación de mutilar a los que faltan con su parte en el trato asegurará el cumplimiento de los tratos corruptos. Por esto, como destaca Rose-Ackerman, “*La reputación actúa en los dos sentidos en las transacciones de regalos y*

---

<sup>871</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, op. cit., pág. 133.

<sup>872</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, op. cit., pág. 136.

<sup>873</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, op. cit., pág. 136. La autora aclarando la comprensión del término reputación, menciona al pie de página: “*trabajos experimentales muestran que la reputación entre comerciantes surge con mas probabilidad si la calidad del producto es difícil de valorar antes de la compra para los compradores (Kollock 1994), En los experimentos realizados, los sujetos no se encontraron cara a cara y no se pudo recurrir a ninguna fuente externa. De este modo, las condiciones eran similares en los casos de corrupción o de intercambio de regalos que carecen del elemento de confianza personal*”.

*sobornos*”<sup>874</sup>. En esa línea de entendimiento, la reputación de la persona que contesta en según lugar es importante para aquél que hace el primer movimiento, por ejemplo: los donadores probablemente donarán más a una Universidad que tiene fama de otorgar títulos honoríficos a los donadores generosos. El soborno puede institucionalizarse más fácilmente si los sobornadores pueden observar la actuación pasada de los funcionarios corruptos y estos funcionarios tienen perspectivas de colocación estable y en largo plazo<sup>875</sup>.

Así, la ilegalidad de los sobornos y la legalidad de los donativos hacen que sea más difícil de establecer la reputación en el primer caso que en lo según. La entrega de donativos puede ser de conocimiento público, a menos que los favores implícitos parezcan una compensación demasiado ilegal.

En ese contexto, de un modo general, la reputación se puede establecer firmemente dentro de un grupo social para el mejor y para el peor. Los costes para constituirse una reputación son menos caros si el soborno está ampliamente aceptado y no existe una aplicación creíble de la ley<sup>876</sup>.

Otro factor importante es la reputación como rehén. La toma de rehén es una herramienta muy usada para ejecución de un trato. Aunque la realidad de ese hecho sea menos espectacular que una princesa presa en un torre, el principio es el mismo. En ese caso, el rehén es la reputación de otra persona. El primer actuante puede mantener informaciones secretas de acciones de otra persona<sup>877</sup>, cuya reputación se queda su rehén. Si los funcionarios pueden ser condenados de forma más severa que los empresarios, éstos pueden pagar soborno por favores futuros y amenazar de hablar sobre el soborno, a menos que el funcionarios consienta en aceptar el soborno.

---

<sup>874</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, op. cit., pág. 136.

<sup>875</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, op. cit., pág. 136.

<sup>876</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, op. cit., págs. 139/140. La autora refiere que, “*En un mundo honrado, los agentes privados buscan ingresos proporcionados públicamente a través de programas dispendiosos de gasto público y regulaciones que crean ingresos monopolistas (...). En países menos corruptos, los agentes privados buscarán servirse del Estado para conseguir beneficios para sí mismos. En los más corruptos, los funcionarios públicos se sirven del Estado para extraer dinero de las empresas y de los particulares privados*”.

<sup>877</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, op. cit., pág. 140.

La reputación como rehén también puede ser producida en un donativo benéfico, por ejemplo, un donador puede obligar a una universidad a cumplir una finalidad prometida por su donación, amenazando con una campaña de publicidad negativa.

Establecimiento de obligaciones recíprocas es otro problema cultural de la corrupción. Muchos hombres de negocios desarrollan obligaciones recíprocas a largo plazo. Cada persona tiene un incentivo para cumplir cuando es un subordinado que puede emplear su actual superior como subordinado en el porvenir. Ese sistema de obligaciones recíprocas también puede ser aplicado en el mundo corrupto, como en el caso de: el político A vota por un proyecto que llegará al bolsillo de la política B y confía en B para apoyarlo en proyecto semejante posteriormente<sup>878</sup>.

En ese tipo de situación, según indicativo de los adoctrinadores, teniendo como ejemplo la California, en Estados Unidos, en que la fiebre del oro fue rota cuando hubo un aumento espectacular de comerciantes, puede funcionar como una especie de cura para la reciprocidad de los favores. Sería excelente que la ampliación del mercado funcionase como mejora del control, con sus movimientos dirigiéndose para un sistema económico y político más impersonal. Sin embargo, ni siempre así ocurre, pues este tipo de cambio puede debilitar tanto el lado malo cuanto el lado bueno.

Cientelismo, presentes y desarrollo económico sano factores importantes en el aspecto cultural de la corrupción. Las economías de mercado crecidas traen muchas líneas formales e informales entre las negociaciones impersonales de mercado y las funciones oficiales, de una parte, y los vínculos personales de otra<sup>879</sup>.

En ese sentido, en el mundo real, la identidad de compradores y vendedores es un elemento importante de información, que establece la reputación y la confianza. Si las relaciones personales son relativamente

---

<sup>878</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, *“La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma”*, op. cit., pág. 142. Para ese tipo de situación, la autora ejemplariza: *“En Italia, las empresas que se involucran en la corrupción ‘ invierten concretamente en la creación de canales ocultos de comunicación e intercambio con las personas más influyentes que toman las decisiones públicas. Este <<capital>> de información, las conexiones personales y la confianza constituyen, al menos en parte, un <<patrimonio>> compartido por el corrupto y sus corruptores y limita los costes de transacción que implican los nuevos contrato’ (Della Porta y Vannucci 1997:530)”*.

<sup>879</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, *“La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma”*, op. cit., pág. 143.

fáciles de ser establecidas, los problemas de fraude o de comercio de mala calidad pueden reducirse mediante esfuerzos para crear una reputación de calidad y comercio honrado. De otro lado, la conexión puede basarse en el afecto, en el respeto o en el miedo y en la intimidación, pudiendo facilitar la corrupción, debilitando las acciones del Estado<sup>880</sup>.

Por tanto, si los intereses económicos privados tienen relaciones personales con los funcionarios públicos, pueden desarrollarse sistemas patrimoniales y de clientelismo por los cuales se intercambian favores y pagos que debilitan la transparencia y la eficacia de las instituciones públicas y privadas<sup>881</sup>.

Los ciudadanos suponen que se necesitan vínculos personales con los funcionarios para conseguir que se haga cualquier cosa y creen que es muy adecuado recompensar los funcionarios con regalos y propinas. Fuertes redes fundadas en la confianza y en la reputación pueden ser de grande utilidad en etapas en las que las instituciones formales son débiles e ineficaces, por ejemplo, en el primer período postrevolucionario de la Unión Soviética, redes sociales informales sustituyeron una estructura formal organizativa<sup>882</sup>.

Por su vez, China está se desarrollando rápidamente, siendo demasiado temprano para decir cual la inclinación. Ella se conduce por ciclos virtuosos que produjeron una economía competitiva de mercado, o mediante ciclos viciosos en que la traición y la corrupción de algunos alimenta procedimientos de otros<sup>883</sup>.

---

<sup>880</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, *“La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma”*, op. cit., pág. 144.

<sup>881</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, *“La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma”*, op. cit., pág. 144/145. Como advierte la autora, *“En los sistemas patrimoniales, los funcionarios públicos son los patrones, y los intereses privados los clientes. En los Estados en los que abunda el clientelismo, por contraste, los intereses privados son dominantes y controlan el Estado (Kahn 1996)”*.

<sup>882</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, *“La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma”*, op. cit., pág. 146/147. Sobre este problema, la autora comenta: *“Los cuadros que habían sido miembros de organizaciones subterráneas estrechamente unidas trasladaron consigo sus lealtades y conexiones al nuevo Estado soviético. Con el tiempo, estas redes se convirtieron en fuentes de corrupción y favoritismo. Stalin se quejaba de que las estructuras sociales informales socavaban las estructuras formales, y los esfuerzos reformadores de Gorbachov en los años ochenta se vieron obstaculizados por las redes informales que reducían la capacidad del centro de aplicar las medidas políticas (Easter 1996: 574,576-577)”*.

<sup>883</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, *“La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma”*, op. cit., pág. 149. A autora realiza o seu comentário com base em artigo de Véase, chamado *“El paradigma de la corrupción en China”*, publicado no *New York Times*, de 6 de março de 1998: *“de hecho, cualquier empresa multimillonaria en dólares, que lucha por modernizarse en un sistema que permanece tozudamente anticuado,*

Así, sin sombra de duda, la corrupción es un problema cultural en que su práctica, la probabilidad de su ocurrencia y su grado de tolerancia social, son factores importantes para ser identificada la conducta como aceptable o rechazada en el ámbito de la sociedad civil de un país.

## 2 – La corrupción como problema político

La corrupción como problema político alcanza a todo tipo de Estado, sea él totalitario o democrático. Lo que ocurre, como acertadamente refiere Rafael Bustos Gisbert, es que en los sistemas democráticos el fenómeno de la corrupción, en un grado u otro, viene a la luz del conocimiento público, generando un convencimiento y una preocupación colectiva acerca de su importancia y extensión, mientras que en los sistemas no democráticos, el poder absoluto detiene todo un aparato para evitar que el fenómeno de la corrupción venga al conocimiento público, inexistiendo preocupación y percepción social porque la sociedad vive equidistante de la realidad política<sup>884</sup>. Con la visión de los Estados democráticos, el autor realiza análisis de algunos aspectos de la corrupción política, esencialmente en lo que dice respecto a la corrupción de los gobernantes.

En ese sentido, utilizándose de lo que fue destacado por Bull y Newell, Rafael Bustos menciona que conviven tres conceptos de corrupción política entre los estudiosos de la cuestión<sup>885</sup>: a) vínculo de la corrupción a actos que infringen el interés público; b) la corrupción no está presa a los valores individuales del investigador, sino a los de la sociedad adonde él ocurre; y c) la corrupción es considerada como violación de un contrato.

En razón de los conceptos expuestos, tomando por base los matices constantes del modelo presentado por Holmes, Rafael Bustos dice que la corrupción de los gobernantes debe reunir cuatro caracteres

---

*está totalmente abierta a tanta corrupción que el éxito casi inevitable conduce a artimañas económicas que pueden estropear cualquier posibilidad de eficiencia o auténtica rentabilidad”.*

<sup>884</sup> GISBERT, Rafael Bustos, “La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción de los gobernantes: una tarea pendiente”, em “La corrupción en un mundo golbalizado: análisis interdisciplinar, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez García y Eduardo Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004, pág. 68.

<sup>885</sup> M. J. BULL y J. L. NEWELL, “Introduction”, no livro coletivo por eles editado, “Corruption in Contemporary Politics”, Palgrave MacMillan, Londres, 2003, pags. 2-3. APUD GISBERT, Rafael Bustos, “La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción de los gobernantes: una tarea pendiente”, op. cit. pág. 69.

fundamentales<sup>886</sup>:

1º) La actividad ha de ser realizada por personas o grupos que ocupan un cargo público de naturaleza representativa.

2º) El cargo público ocupado ha de implicar el ejercicio de autoridad pública y de un cierto margen de desición libre.

3º) Entre las razones de la comisión del acto, u omisión, reputado como corrupto debe concurrir un interés personal del sujeto. Dicho interés puede ser directo o indirecto y, al menos, debe concurrir la conciencia de que tal interés concurre.

4º) El cargo público ha de ser consciente de que sus acciones y omisiones son o pueden ser consideradas ilegales o improprias. Entendiendo como improprias aquellas que se oponen frontal y directamente a los intereses y preferencias expresadas por los ciudadanos a través de los mecanismos electorales.

De otra parte, Jorge Malem Seña aborda la cuestión bajo el ángulo de la financiación de los partidos políticos, en la relación democracia y corrupción, recordando que los partidos políticos se constituyen en el principal actor político de las democracias contemporáneas, puesto que la posibilidad de los ciudadanos se presenten como candidatos y elegirse el margen de los partidos es prácticamente nula, por esto, los partidos políticos aparecen como la principal fuente de la elite gobernante en una democracia, llevando, entre otros factores, a ser adoptada la expresión “el Estado de los Partidos”<sup>887</sup>.

Siendo así, según advierte Jorge Malem Seña, la cuestión de la financiación de los partidos políticos es parte relevante e indispensable en el combate la corrupción. Puede que en algunos casos se inicie con procedimientos resbaladizos, comenzando con actos irregulares de financiación y culminando con actos de corrupción<sup>888</sup>. En secuencia, el autor

---

<sup>886</sup> GISBERT, Rafael Bustos, “*La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción de los gobernantes: una tarea pendiente*”, op. cit. pág. 70.

<sup>887</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, “*La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*”, op. cit. págs. 93/94.

<sup>888</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, “*La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*”, op. cit. págs. 93/94. En secuencia su análisis sobre la financiación de los partidos políticos, el autor presenta esta posición con acento en la manifestación de Michael Johnston, realizando la siguiente nota al pie de página: “*una corrupción es integradora cuando forma una red de participación corrupta que no deja fuera de los intercambios ilegítimos a ninguna parte interesada. Para la distinción entre corrupción integradora y*



presenta varios ejemplos de financiación ilegal, corrupto, de los partidos políticos: a) de los contratantes de la tercera línea del metro subterráneo de Milán, en Italia, era exigido que pagasen 4% del valor contratado al nivel de soborno. La Democracia Cristiana recibía 1%, el Partido Comunista 1% y el Partido socialista Italiano 2%. A nivel local, un representante de todos los partidos cobraba el soborno, para distribuirlo entre los demás que formaban “*el consorcio de partidos*”<sup>889</sup>; b) el proceso llamado “*caso Del túnel Del Soller*”, por el cual el Presidente del Gobierno Balear y del Partido Popular de las Islas Balear, recibió un cheque de 50 millones de pesetas de parte del constructor de dicho túnel, cuyo valor en parte fue para la Fundación Islas Balear, en parte fue para pagar abastecedores habituales del Partido Popular y parte fue entregado a personas no identificadas<sup>890</sup>; c) que los partidos constroem verdaderas organizaciones para engañar la captación irregular de fondos para su financiación, como es fijado en los fundamentos de la sentencia del llamado “*caso Filesa*”, que dice respecto al PSOE: “*a mediados de 1987 se inició lo que poco después iba a ser un conglomerado de sociedades cuyo fin promordial era, de la manera que se dirá, la creación de fondos económicos necesarios para hacer frente a los gastos originados al PSOE por las campañas electorales, Elecciones Generales y Europeas del año 1989, con lo cual, sin perjuicio de atender también a la financiación ordinaria, se soslayaban los límites cuantitativos establecidos al respecto por la legislación vigente*”<sup>891</sup>.

El autor, en complemento su análisis, presenta varios efectos políticos de ese tipo de corrupción<sup>892</sup>, que pueden tener la siguiente sintetización:

- La corrupción es anexa a la financiación irregular de la política y también corroe los fundamentos de la moderna teoría de la representación en la que está la base del ideal democrático.

- La calidad de la democracia se ve reducida porque la corrupción afecta también el principio de la publicidad que le es propio, así

---

*desintegradora y entre estable e inestable, véase M. Johnston, <<The Political Consequences of Corruption>>, Comparative Politics, julio de 1986, especialmente págs. 464-466”.*

<sup>889</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, “*La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*”, op. cit. pág. 117.

<sup>890</sup> Idem, pág. 118.

<sup>891</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, “*La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*”, op. cit. pág. 119.

<sup>892</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, “*La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*”, op. cit., págs. 121/127.

como el uso de la razón pública.

- La corrupción empobrece así la calidad de la democracia porque substrahe de la agenda pública todas aquellas cuestiones que constituyen el contraprestación corrupto correspondiente a la recepción por parte de los partidos de fondos irregulares.

- Además, la creación de organizaciones, dentro y fuera del partido, para recaudar fondos destinados a campañas políticas, tiene a los menos dos efectos negativos añadidos: Primero porque genera toda una suerte de personajes necesarios al desarrollo de esa actividad: comisionados, intermediarios, recaudadores, fiduciarios etc., que después se vuelven profesionales. Según que es frecuente que se cree en el seno de los partidos políticos, como sucedió en el caso italiano, la formación de facciones que, firmemente fijadas en la burocracia partidaria y dotadas de las prerrogativas que derivan de su posición privilegiada, mantiene una intensa lucha política interna para mantenerse con el control total del poder dentro de la organización partidaria.

- Por otro lado, en faz de la financiación irregular y corrupto de la política, la democracia enfrenta a un nuevo – y por su magnitud – serio problema. Los partidos políticos se vuelven vulnerables, data sus necesidades financieras a los ofrecimientos de soporte económico de los narcotraficantes y de las diversa organizaciones mafiosas y criminosas.

- La corrupción, en el general, no solo la vinculada a la financiación de los partidos políticos, ha sido aducida como una disculpa para los diferentes golpes de Estado en los países subdesarrollados.

- Toda este entramado de ilegalidades que comienza con una financiación corrupta supone la existencia de un presupuesto básico para que pueda funcionar adecuadamente: la impunidad. La garantía de impunidad que el sistema ofrece la clase política adquiere formas variadas y desde luego manifiesta una eficacia probada, en algunos países más que en otros.

Éstos son los efectos políticos más visibles de la financiación ilícito de los partidos políticos que, en decurso del impacto negativo que producen sobre la calidad de vida democrática, sería de todo conveniente la busca de caminos que al menos sirva para disminuir, o eliminar, sus

consecuencias más nocivas<sup>893</sup>.

Por su vez, Rose-Ackerman realiza un análisis sobre corrupción y política, teniendo en cuenta las formas de gobierno más aptas para el desarrollo económico, con examen de la llamada cleptocracia (un gobernante cleptócrata enfrenta un grande número de sobornadores potenciales no organizados. En el caso extremo, un poderoso jefe de gobierno puede organizar el sistema político para maximizar su posibilidad de lograr ganancias), monopolios bilaterales, que son Estados domeñados por las mafias y soborno competitivo<sup>894</sup>.

En el universo político, el juego de las relaciones es hecho de discursos destinados a detener una verdad fáctico, en el sentido de reunir en su espacio una fuerza simbólica capaz de tornarlo legítimo<sup>895</sup>.

Así, en ese contexto de evaluación, la democracia puede ayudar a combatir y a limitar la corrupción, desde que sean proporcionadas a los ciudadanos formas alternativas de lamentarse y ofrecer a los mismos un incentivo para ser honrados<sup>896</sup>.

---

<sup>893</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, *“La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*, op. cit. pág. 127.

<sup>894</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, *“La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma”*, op. cit., págs. 156/172. La autora concluye el examen de la tema, en la siguiente forma: *“El caso de autocracia como forma técnicamente eficaz de gobierno es un caso débil. La cleptocracia rara vez será equivalente al monopolio privado. No existe una simple correspondencia entre nivel y las consecuencias de corrupción y la organización del gobierno. Por ejemplo, no se puede afirmar confiadamente que la corrupción en la cima es menos dañina que la corrupción en los escalones inferiores. El impacto de la corrupción depende de la fuerza y de la falta escrúpulos de las compañías y de los individuos que pagan sobornos. Bajo un monopolio bilateral, los poderosos actores públicos y privados dividen los beneficios económicos. Un cleptócrata poderoso que se enfrenta a actores privados débiles no sólo extrae ingresos, sino que también organiza el estado para crearlos. Por el contrario, las grandes empresas privadas corruptas que se enfrentan a un Estado débil pueden extraer grandes niveles de beneficios sin pagar altos sobornos. La incidencia de la corrupción es elevada, pero son pequeñas las cantidades pagadas como sobornos”*.

<sup>895</sup> FILGUEIRAS, Fernando, *“Corrupção, democracia e legitimidade”*, op. cit., pág. 179. El autor, al comentar los aspectos retiran la ocultación de la corrupción en el campo político, asevera: *“cada fuerza del campo político busca, de esa forma, representar la corrupción de una manera que favorezca su posición y la lucha por el poder, construyendo discursos afirmativos disonantes, que escamotean la real faz de la corrupción política”*.

<sup>896</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, *“La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma”*, op. cit., pág. 173.

### 3 – La corrupción como problema económico

Por si tratar de un pago que genera un beneficio o una reducción de coste para el corruptor, coligado a un ganado ilícito del corrupto, con pérdidas para todo el sociedad, la corrupción no solo es un problema económico, como es un fenómeno que causa impacto económico.

En ese sentido, Rose-Ackerman destaca que la corrupción generalizada puede determinar quien obtenga beneficios y quien soporta los costes de la acción del gobierno, en la medida que “*los sobornos reducen el mercado*”; “*los sobornos actúan como pagas extras a modo de incentivo*”; “*los sobornos reducen costes*”; e “*los sobornos permiten la actividad delictiva*”<sup>897</sup>.

De acuerdo con ese posicionamiento la autora efectua un análisis envolviendo pagos que **equiparon a oferta a la demanda**, con los gobiernos proporcionando con frecuencia bienes y servicios gratis o les venden a precios abajo del mercado, favoreciendo la práctica de la corrupción (en China, por ejemplo, algunos productos fueron vendidos a precios subvencionados por el Estado en el mercado libre, por esto, según es enterado, no sorprende que hubo mucho soborno para ser logrados los bienes a precios estatales; En Nigeria, cuando el precio del petróleo se estableció artificialmente abajo de los precios de mercado, en los alrededores de Benin, creció un contrabando facilitado por la corrupción; entrevistas con empresarios de Europa de lo Éste y Rusia comentan a frecuente necesidad de ser paga un soborno para ser obtenido un crédito)<sup>898</sup>. Menciona también la autora la cuestión relativa a **la oferta fija**, destacando que se existen condiciones competitivas, tanto en el mercado corrupto como en el mercado de trabajo, los pagos ilegales funcionan como los precios de mercado<sup>899</sup>. Al referirse a **oferta variable**, circunstancia en la que los empleados pueden influir en la cantidad y en la calidad de los servicios ofrecidos y en la identidad de los beneficiarios, refiere que pueden ocurrir varios tipos de problemas, cuyos factores demuestran, de un modo general, que cuanto mayor el poder discrecional de los funcionarios y menores las opciones abiertas a las

---

<sup>897</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, op. cit., págs. 11/13.

<sup>898</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, op. cit., págs. 12/13.

<sup>899</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*”, op. cit., págs. 15/17.

personas y las empresas privadas, mayores son los costes de un sistema que tolera la corrupción<sup>900</sup>. Cita aún la autora que el soborno puede servir como **incentivo salarial de los burócratas**, pues, en muchos países, un teléfono, un pasaporte o un permiso de conducir no pueden ser obtenidos sin pago de soborno, llevando a una situación disparatada: los servicios solo están disponibles para personas corruptas, pero no para los ciudadanos pacientes y honrados<sup>901</sup>. Refiere también **los sobornos para reducir costes**, destacando que los gobiernos imponen normas y exenciones tributarias, razón que lleva a las personas y las empresas a pagar para aliviar estos costes. Así, la autora produce un estudio sobre la corrupción en los programas reguladores que dan apertura a la corrupción en la recaudación de impuestos y tarifas, complementando con lo que considera como impacto económico y político de ese tipo de corrupción<sup>902</sup>.

Por su vez, buscando establecer una aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción, María Victoria Muriel Patino menciona que la corrupción incluye una variada gama de comportamientos de extrema importancia para el país<sup>903</sup>.

En el mismo aspecto, la autora dice que la perspectiva de la microeconomía ofrece instrumentos de análisis adecuado a buscar una explicación a los tipos de comportamientos específicos, como los hasta entonces examinados, mientras que el análisis macroeconómico es a más adecuada para la averiguación de los efectos consecuentes de los comportamientos corruptos sobre la economía global del país y, de forma más específica, sobre el crecimiento y el desarrollo económicos<sup>904</sup>.

---

<sup>900</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma”, op. cit., págs. 17/19.

<sup>901</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma”, op. cit., págs. 20/23.

<sup>902</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, “La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma”, op. cit., págs. 23/30.

<sup>903</sup> PATINO, María Victoria Muriel, “Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción”, en “La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez García y Eduardo Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004, pág. 27. sobre la relación de la corrupción con la economía, la autora teje el siguiente comentario: “de gran trascendencia para la economía del país, algunos de los cuales implican únicamente la actuación del propio agente que detenta el cargo público (el caso del fraude o la malversación de fondos públicos) mientras otros suponen la intervención de al menos dos partes, a los que podemos referirnos, de forma amplia, como actos de soborno de funcionarios públicos por parte de particulares”.

<sup>904</sup> PATINO, María Victoria Muriel, “Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción”, op.cit., pág. 28. En continuidad su análisis, la autora refiere: “Existen razones de tipo tanto formal (una mayor percepción del problema de la corrupción) como material (mayor presencia del fenómeno en las sociedades y

Favorece el estudio macroeconómico el aumento de las relaciones comerciales internacionales que permitieron un incremento de la corrupción para ser conseguidos irregularmente licencias y otros tipos de privilegios, esto sin hablar en los recientes procesos de transición de las economías socialistas, que vinieron acompañadas de privatizaciones y comportamientos corruptos, principalmente por el acceso a la información privilegiada y la limitación de la concurrencia en las subastas. A esos factores, sumase el aumento de la participación del Estado en la economía, sea actuando derechamente o regulando el sistema económico. Aunque se reconozca esta situación como aplicable comumente a todo tipo de economía, debe ser destacado que la naturaleza, características y consecuencias del fenómeno de la corrupción son muy distintas en el contexto de los países subdesarrollados con relación con los más adelantados económicamente<sup>905</sup>.

De acuerdo con ese punto de vista de la autora, envolviendo tanto el aspecto teórico cuanto el de la observación, su preocupación inmediata es concerniente las consecuencias macroeconómicas del fenómeno, en la medida que la corrupción producen contundentes efectos negativos sobre el crecimiento y el desarrollo económicos, causando al menos desarrollados impedimentos de difícil superación, que PATINO llama de << *trampa de la corrupción* >><sup>906</sup>. Lamentablemente, tanto los estudios teóricos como los empíricos sobre la materia, han confirmado, de forma casi unánime en la actualidad, este pesimista panorama.

Justamente por esto, Maria Muriel Patino recuerda que, según mencionan Leff y Huntington, por algunas décadas, hubo lo equivocado entendimiento teórico que proclamaba eventuales efectos positivos de la corrupción sobre la economía, especialmente de las economías subdesarrolladas o de planificación central, con argumentos de que la corrupción ayuda a mitigar la pobreza del país, al permitir que algunos ciudadanos puedan tener acceso a determinados bienes y actividades (economía ahondada, construcción ilegal de casas, etc), o para mejorar los bajos salarios de los funcionarios en los países más pobres, utilizando aún lo argumento de que los individuos corruptos generalmente disponen de mayor renta y, por tanto, de mayor capacidad para realizar inversión productiva. En

---

*economías actuales) para explicar el interés por el estudio de los efectos macroeconómicos de la corrupción*".

<sup>905</sup> PATINO, María Victoria Muriel, "Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción", *op.cit.*, pág. 29.

<sup>906</sup> PATINO, María Victoria Muriel, "Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción", *op.cit.*, pág. 32.

cualquiera de los casos, aun cuando pueda, puntualmente, causar bien estar a algunos individuos pobres, la tolerancia de la corrupción, con estos posibles efectos parciales, trae graves consecuencias negativas para la economía y para los ciudadanos, en consecuencia de los efectos macroeconómicos negativos atribuibles a la corrupción<sup>907</sup>.

Así, como aún advierte la autora, una forma simple y adecuada para analizar tales efectos consiste en exponer el impacto del fenómeno en las funciones de comportamiento de los distintos grupos que conforman la demanda agregada y a oferta agregada del país. La corrupción afecta el consumo del país, pues las familias tienen de destinar parte de su renta para pago de sobornos, en el sentido de tienen acceso a bienes y servicios, así como producen reducción de inversión, debida tanto por el aumento de los costes (principalmente en forma de sobornos y pago a intermediarios) bien como por la incertidumbre acerca de los mismos. En el referente a la oferta agregada, las funciones de producción de los empresarios son alteradas de forma adversa ante la existencia de comportamientos corruptos<sup>908</sup>.

Por tanto, la presencia de corrupción provoca efectos adversos al crecimiento y al desarrollo económicos de los países, causando mayores consecuencias en los países más atrasados económicamente.

### **III – Administración Pública y corrupción**

Conforme ya fue examinado en la parte destinada al estudio del Estado y de la Administración Pública, el Estado, para cumplir con sus objetivos – realizar el bien común – necesita una determinada organización y

---

<sup>907</sup> PATINO, María Victoria Muriel, “Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción”, *op.cit.*, pág. 32.

<sup>908</sup> PATINO, María Victoria Muriel, “Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción”, *op.cit.*, pág. 34. Sobre esta situación, la autora menciona: “El resultado conjunto de los argumentos anteriores es ciertamente perverso para la economía del país en el que la corrupción está presente: una contradicción tanto de la demanda como de la oferta agregadas conllevan resultados macroeconómicos de reducción del nivel de producción y de las posibilidades de crecimiento futuras, la conseguida reducción del nivel de empleo, y un aumento del nivel de precios. La situación es aún más grave si se tiene en cuenta que, como se ha relatado, el fenómeno de la corrupción afecta a las funciones relativas al comportamiento y resultados de la actuación del sector público, de forma que toda medida de política económica que éste pudiera poner en marcha con el objetivo de luchar contra aquel fenómeno vería mermada en buena medida su efectividad al desarrollarse ella misma en un contexto de corrupción”.

de un cierto número de personas, en el sentido de prestar los servicios públicos necesarios a la población. Este conjunto de personas, llamados de agentes públicos, que actúan en los órganos que integran la estructura administrativa del Estado, compone lo que se denomina, genéricamente, de Administración Pública.

Verificamos aún en aquellos tópicos relativos a la Administración Pública, que ésta experimentó un extraordinario período evolutivo, con sus formas de organización, las funciones, las actividades y su legitimación variando con el tiempo y la cultura de cada época. Así, independientemente del modelo organizacional adoptado – tanto en el ámbito funcional como de estructura administrativa – por determinado país, las funciones y los objetivos de la Administración fueron se modificando de modo substancial.

De esa forma, la Administración pública evolucionó extraordinariamente tanto en el aspecto cuantitativo como en el cualitativo, implicando en intensas modificaciones que propiciaron la construcción o la reconstrucción de organismos y agencias gubernamentales<sup>909</sup>. En el ejercicio de sus actividades, los *cagatintas* no aplican las normas jurídicas o las directrices políticas de manera mecánica, en ese sentido gozan de una buena dosis de discrecionalidad para realizar su función de cumplir con los objetivos establecidos por el poder político.

Así, como destaca Jorge Malem Seña, todos los actos de los funcionarios públicos deben poder ser discutidos y exigen justificación pública, ya que suya acción está respaldada por el uso de la fuerza coactiva del Estado, requiriendo legitimidad. Por tal situación, debe el funcionario tener un comportamiento de apego a las normas constitucionales básicas y una obediencia permanente a las leyes, con cumplimiento de los principios de la imparcialidad, objetividad y honestidad<sup>910</sup>.

En decurso de ese estatus adquirido por los funcionarios

---

<sup>909</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, *“La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*, op. cit. pág. 86. El autor menciona que esta evolución se dio sea *“porque el Estado asume nuevas competencias, como cuando se pasa de un Estado mínimo a uno social o por el contrario cuando el Estado de bienestar es sustituido por un Estado privatizador, lo cierto es que los cambios que se han producido y se no producen no han ido acompañados en la mayoría de los casos por una preocupación genuina, o por ninguna preocupación, por los aspectos éticos que han de regir a los funcionarios públicos”*.

<sup>910</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, *“La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*, op. cit. pág. 87.



públicos, dándoles capacidad de influencia sobre los derechos de los ciudadanos, legal o ilegalmente, los mismos se ponen situados en una posición privilegiada para cometer distintos tipos de actos de corrupción.

Por esto, Susan-Ackerman defiende la importancia del funcionario ser políticamente neutro, tener seguridad y remuneración decente, con criterios de admisión y promoción con base en el mérito, en el sentido de reducir la posibilidad de corrupción<sup>911</sup>.

En ese contexto, son varias las propuestas con vista a reducir la posibilidad de corrupción en el ámbito Administrativo. Algunos defienden la reducción del número de servidores públicos, alegando que el Estado cuanto menor y menos intervencionista mejor<sup>912</sup>. Del mismo modo, el establecimiento de normas para evitar el conflicto de intereses, fijando niveles de incompatibilidades que deben perdurar, por un cierto tiempo, después el funcionario desligarse de la Administración<sup>913</sup>. Otro factor muy referido para combatir la corrupción en la Administración Pública, es el establecimiento de obligatoriedad de los funcionarios de alto nivel, en conjunto con los políticos, de que presenten declaración de bienes, patrimonio y de actividades que desarrollan en su vida profesional; implantación de los llamados a códigos de ética; y seguir aplicando medios tradicionales de represión para ciertos tipos de corrupción, con sanciones específicas para ciertos delitos nuevos como el tráfico de influencias, el manoseo de informaciones privilegiadas, etc.<sup>914</sup>.

Sin embargo, la reforma de la administración es costosa y políticamente difícil, pudiendo parecer estar muy además de la capacidad de muchos países pobres<sup>915</sup>.

---

<sup>911</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, *“La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma”*, op. cit., pág. 96. En ese sentido a autora comenta: *“Tradicionalmente, un funcionario profesional es políticamente neutral, tiene seguridad en su puesto de trabajo, se le paga un sueldo decente, es reclutado y promovido en base al mérito y no tiene propiedades ni intereses comerciales que entren en conflicto con el cumplimiento honrado de sus obligaciones (Adamolekun 1993)”*.

<sup>912</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, *“La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*, op. cit. pág. 87.

<sup>913</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, *“La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*, op. cit., pág. 88.

<sup>914</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, *“La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*, op. cit., pág. 89.

<sup>915</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, *“La corrupción y los gobiernos – Causas, consecuencias y reforma”*, op. cit., pág. 121. *“la corrupción arraigada tiene que combatirse mediante la reforma de la Administración y cambios en la naturaleza de la labor del gobierno”*.

Sin embargo, como bien recuerda Jorge Malem Seña, conviene nunca olvidar que la decisión de realizar un acto de corrupción es una decisión individual y, por esto, según la Comisión Nolan, siempre existirán desvíos de comportamiento humano buscando nuevas formas de burlar el sistema, circunstancia indicadora del que hay la necesidad de ser mantenidos controles adecuados para comprobar y evaluar las conductas individuales<sup>916</sup>.

## **1 – Comercio internacional, globalización, delincuencia organizada y corrupción**

Al final del siglo XX se consolidó la globalización como un fenómeno de mundialización, especialmente de la economía. Este factor proporcionó un amplio desarrollo del comercio internacional, hasta entonces nunca experimentado en cualquier período de la historia de la humanidad. Por esto, empezó a ocurrir una desaparición progresiva de las fronteras económicas, con incremento de un libre comercio<sup>917</sup>. Tanto que empresas de grande porte desarrollan políticas de desarrollo de sus negocios más en el extranjero del que en sus propios países, transformando la conquista de mercados internacionales, en imperativos de máxima prioridad<sup>918</sup>.

La esa situación de mundialización, en que el sistema de economía de mercado es prácticamente aceptado de forma universal, se desaparezca la caída del bloque soviético, en decurso de la se caída del muro de Berlín, con acceso de todos los países que un día pertenecieron al pacto de Varsovia al sistema de economía de mercado, ocurriendo una acelerada privatización de las principales industrias, medios de producción y servicios

---

<sup>916</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, “La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”, op. cit., pág. 91. A Comissão Nolan citada pelo autor refere-se a “Normas de Conduta en las Instituciones Públicas. Primer Informe de la Comisión de Normas de Conductas en las Instituciones Públicas. Presidente Lord Nolan. Instituto Vasco de Administración Públicas, 1995”, realizando el siguiente comentario: “ninguna de nuestras recomendaciones garantiza una conducta ejemplar. Siempre existirán las debilidades y los errores humanos, y los corruptos seguirán buscando nuevas formas de burlar al sistema. Pero con medidas de control adecuadas se minimiza el riesgo de que dichos comportamientos deshonestos se produzcan o queden impunes. Dentro de estas medidas se incluyen claras expectativas de una conducta personal íntegra, controles internos adecuados para comprobar y evaluar conductas individuales irregulares, y supervisión externa para que la organización tenga que rendir cuentas. Por encima de todo, estas medidas de control contribuyen a crear un clima y una cultura en la que se valore la honestidad”.

<sup>917</sup> FERNÁNDEZ, Carlos Castresana, “corrupción, globalización y delincuencia organizada”, em “La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez García y Eduardo Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004, pág. 213.

<sup>918</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, “La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”, op. cit., pág. 173.

públicos que eran de propiedad estatal, dejando separados los Estados que no adoptaron este tipo de sistema económico.

Del mismo modo, para fortalecimiento y aumento de las relaciones mercantiles a nivel internacional, hubo contribución de la mejora y abaratamiento de medios de transportes que garantizaron un traslado fácil y rápido de los bienes y productos; los sistemas financieros fueron perfeccionados, facilitando los modos y seguridad de los pagos efectuados; el desarrollo de medios de comunicación permitió el conocimiento de culturas distantes y la adopción de conductas internacionales con respeto a determinados bienes; así como posibilitó la realización de alianzas empresariales, dando lugar a asociaciones privadas con un poderío económico y financiero sin paradigmas, superiores a muchos Estados, tornando factible su operatividad en todos los cuadrantes del globo terráqueo<sup>919</sup>.

El incremento de esa actividad mercantil internacional, sostenida por un sistema de economía de mercado, de forma globalizada, pasó a dar visibilidad a diversas prácticas corruptas, con el involucramiento de grandes sumas de dinero<sup>920</sup>.

Se destaque, en el caso, al buscarse la aclaración de los efectos consecuentes de la globalización y del consecuente comercio internacional, no se quiere establecer que los ámbitos comerciales son más propensos a la corrupción o que los Estados son más corruptos, pero fijar que hay una corrupción asociada al comercio internacional<sup>921</sup>.

En ese contexto, Carlos Castresana Fernández, identifica el surgimiento de una nueva delincuencia y elabora un análisis sobre los cambios de esas actividades delictuosas, destacando: en primer lugar, esas actividades

---

<sup>919</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, “La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”, op. cit., pág. 173/174.

<sup>920</sup> SEÑA, Jorge F. Malem, “La corrupción – aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”, op. cit., pág. 175. Sobre esta nueva situación de comercio internacional, el autor comenta: “De ahí la preocupación creciente de organismos internacionales como Naciones Unidas o el Banco Mundial en el sentido de que si existe una enorme dosis de corrupción ocasionada por los negocios internacionales sea de prever que un aumento de estos negocios en un contexto de globalización incrementa aún más este problema. Se podría concluir entonces que el siglo XXI certificará que la corrupción alcanzará niveles sin precedentes en las operaciones transfronterizas”.

<sup>921</sup> FERNÁNDEZ, Carlos Castresana, “corrupción, globalización y delincuencia organizada”, op.cit., pág. 214. Es lo que observa Carlos Castresana Fernández, Fiscal de La Fiscalía Especial Anticorrupción España: “Como se ha señalado, la libre circulación de capitales, la progresiva liberalización de la circulación de mercancías y, en menor medida, de personas, ha supuesto grandes avances para el bienestar de la sociedad pero también ha conllevado un incremento de la corrupción y una facilitación de la actividad de los grupos de delincuencia organizada”.

delictuosas se internacionalizaron. Como los sistemas económicos estatales son interdependientes, las actividades delictuosas que se desarrollan en su interior también pasaron a actuar de forma interdependiente; por según, se han profesionalizado. Aprendieron las características de las instituciones financieras, de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, adaptando sus actividades a tales características legales, buscando optimizar los rendimientos y minimizar los riesgos; por tercero, los grupos de delincuencia organizada y los operadores jurídicos y económicos vinculados a la corrupción pasaron a desarrollar estructuras formales de carácter empresarial; finalmente, los grupos de delincuencia organizada pasaron macizamente para los mercados lícitos, pero sin abandonar sus tradicionales actividades ilícitas<sup>922</sup>.

Así, fija aún aquel miembro del Ministerio Público español, que la nueva delincuencia, aunque no haya abandonado actividades ilícitas como el tráfico de drogas y el contrabando, pasó a desarrollar actividades violentas, envolviendo el tráfico de armas u otros materiales peligrosos, nucleares y bacteriológicos, cuyas actividades son identificables con otras actividades como la del delito de terrorismo, produciendo, en consecuencia de su introducción en los mercados lícitos, una notable cantidad y gravedad de casos de corrupción<sup>923</sup>.

Esas circunstancias de actuación internacional de la llamada nueva delincuencia, su entrada en los mercados lícitos, con su capacidad de amenaza y al mismo tiempo de corrupción, elimina la base de la libre competencia, cuya confluencia de esa actividad económica con la actividad política institucional se vuelve inevitable e inevitable se vuelve la corrupción<sup>924</sup>, con involucramiento de factores que propician el lavado de dinero. Según fuentes del Fondo Monetario Internacional, la incidencia de lavado de dinero sucio es muy grande, revelando cifras en torno a 590.000

---

<sup>922</sup> FERNÁNDEZ, Carlos Castresana, “*corrupción, globalización y delincuencia organizada*”, op.cit., pág. 214/215.

<sup>923</sup> FERNÁNDEZ, Carlos Castresana, “*corrupción, globalización y delincuencia organizada*”, op.cit., pág. 215. El autor refiere en ese aspecto que: “*Entre las actividades <<modernas>> de la delincuencia organizada, las instituciones internacionales señalan el tráfico de mujeres y de niños, el tráfico y transporte ilegal de inmigrantes, la fabricación y tráfico de armas, municiones y explosivos, el tráfico de recursos naturales (flora y fauna, hidrocarburos, minerales, joyas y metales preciosos) el control de las entidades financieras y de crédito, el control de las compañías de seguros, las obras públicas y demás contratos de las Administraciones públicas, el control de las privatizaciones de bienes y servicios públicos. Según la ONU, los grupos más importantes de delincuencia organizada transnacional tendrían una creciente presencia en la financiación de grupos armados, movimientos de insurgencia y organizaciones terroristas*”.

<sup>924</sup> FERNÁNDEZ, Carlos Castresana, “*corrupción, globalización y delincuencia organizada*”, op.cit., pág. 215.

millones 1,5 mil millones de dólares, significando entre 2% y 5% del Producto Interno Bruto Mundial, computándose únicamente la cifra de negocio ilícito en cada ejercicio, sin contar lo capital acumulado en dinero sucio.

En ese sentido, la evolución de los mercados financieros a nivel global ha contribuido con la presencia de empresas multinacionales, produciendo un volumen importante de transacciones que transitan por medio de los paraísos fiscales<sup>925</sup>. Como ejemplo de la ligazón entre los paraísos fiscales, la corrupción y el crimen organizado, Carlos Fernández cita las minúsculas Islas Caimán, situadas en el mar del Caribe, con apenas 35.000 habitantes, pero que constituyen lo domicilio de 40.000 sociedades mercantiles, constituyéndose en la quinta plaza financiera del mundo, contando con 548 bancos (entre ellos, cuarenta seis de los cincuenta más importantes del mundo), en cuyas agencias bancarias se encuentran depositados 600.000 millones de dólares norte americanos y 2.200 fondos especulativos<sup>926</sup>.

Así, como muy bien posiciona Carlos Castresana Fernández, la corrupción, como venía siendo entendida tradicionalmente, alteró también sus características esenciales, cuyo fenómeno, en los países desarrollados, evolucionó también como consecuencia de la globalización, aprovechamiento las facilidades que ciertas actividades económicas y financieras propician su utilización. Por esto, destaca que la corrupción tradicional tenía carácter individual, centrando sus actividades en conductas que correspondían con la descripción de los tipos penales clásicos de malversación de recetas públicas y de soborno, pero que, ahora, corrupción moderna opera mucho más en los mercados financieros, correspondiendo a conductas de tipos penales más modernos como el tráfico de influencias y de abuso de información privilegiada. Que la corrupción se convirtió en un fenómeno sistémico, yendo además de la esfera personal<sup>927</sup>.

---

<sup>925</sup> FERNÁNDEZ, Carlos Castresana, *“corrupción, globalización y delincuencia organizada”*, op.cit., pág. 219. sobre los paraísos fiscales, el autor dice: *“A pesar de los esfuerzos de los Estados y de las organizaciones internacionales, en especial, de la ONU y de la OCDE por arbitrar medidas e instrumentos jurídicos capaces de combatir eficazmente el lavado de dinero de procedencia ilícita, es cada vez más evidente que los paraísos fiscales constituyen un instrumento esencial de la actividad delictiva transnacional vinculada a la corrupción y al crimen organizado”*.

<sup>926</sup> FERNÁNDEZ, Carlos Castresana, *“corrupción, globalización y delincuencia organizada”*, op.cit., págs. 219/220. Hay todavía, sobre esta situación, el siguiente comentario: *“Se trata del terreno abonado para la corrupción. La liberación del mercado de capitais ha permitido la fuga sistemática de los recursos de los países emergentes. Así, por ejemplo, Rusia recibió en 1998 préstamos por importe de cuarenta billones de dólares, el 80% de cuyo importe fue casi inmediatamente transferido al paraíso fiscal de Jersey”*.

<sup>927</sup> FERNÁNDEZ, Carlos Castresana, *“corrupción, globalización y delincuencia organizada”*, op.cit., pág. 217.

Por todas esas características de evolución experimentadas por la corrupción en consecuencia de la globalización, aunque los varios convenios, convenciones, procedimientos de control de los Estados como el “GRECO – Grupo de Estados contra la corrupción, del Consejo de Europa”, permanecen importantes resistencias, motivadas fundamentalmente por intereses económicos y políticos muy importantes, que impiden las instituciones encargadas de precaver y perseguir las actividades ilícitas de alcanzar el nivel de eficacia que sería necesario para dotar las sociedades humanas de la protección que merecen<sup>928</sup>.

En tales tenemos, conforme bien concluye Carlos Castresana Fernández, “Solo una reacción decidida y suficiente de la sociedad civil, y la asunción por parte del poder judicial de su responsabilidad para imponer el efectivo respeto al ordenamiento jurídico y garantizar a los ciudadanos la tutela judicial efectiva a la que tienen derecho podrá enderezar la tendencia al progresivo deterioro del Estado de derecho que caracteriza a la globalización y que, mientras no se demuestre lo contrario, ha resultado ser el mejor sistema, o el menos malo, para articular la convivencia en las sociedades humanas”<sup>929</sup>.

## 2 – Derecho Sancionador como freno a la corrupción

De inicio, en lo que tañe el análisis de la tema propuesta, derecho sancionador como freno a la corrupción, debe se ser recordado que el sistema normativo, fijado concretamente en un determinado momento, es resultado de un largo proceso de evolución previa, en cuyo curso de evolución son realizados numerosos ajustes, impulsados por deseos de cambios y de acuerdo con las preferencias sociales. Por esto, según advierte Fernando Rodrigues Lopes, para alcance de tal objetivo, deben ser confrontados encargos de tipo instrumental,<sup>930</sup>.

---

<sup>928</sup> FERNÁNDEZ, Carlos Castresana, “corrupción, globalización y delincuencia organizada”, op.cit., págs. 224/225.

<sup>929</sup> FERNÁNDEZ, Carlos Castresana, “corrupción, globalización y delincuencia organizada”, op.cit., pág. 226.

<sup>930</sup> LÓPEZ, Fernando Rodríguez, “Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho”. Op. cit., pág. 15. En su visión evolutiva de la norma, el autor destaca encargos del tipo instrumental, como los de “predecir los efectos que cabe esperar de la aplicación de una determinada norma, revisar la coherencia entre los objetivos que la ley declara y los incentivos que genera en los agentes y explicar por qué fueron creadas y subsisten ciertas normas”, circunstancia en la que, “aplicado al estudio de la corrupción, la perspectiva del análisis económico del derecho puede contribuir a

En esa visión temática, el citado autor producen un estudio apurado sobre **análisis económico y derecho sancionador**, lo cual utilizaremos como línea orientadora para comprensión de la tema. En ese sentido, según definición presentada por el autor, en el análisis económico del Derecho se estudia, entre otras cuestiones, como deben configurarse las normas jurídicas, una vez configuradas las conductas lícitas e ilícitas, y puedan ser creados incentivos adecuados para que influyeran en el comportamiento de los miembros de la sociedad<sup>931</sup>.

Por tanto, teniendo en cuenta la racionalidad del individuo, en que éste en la evaluación de la elección de la acción a ser adoptada producen una relación entre el ganado y su coste, realizando una valoración de las variables que se presentan, pueden ser establecidas normas jurídicas para la protección de lo bien jurídico que se quiere tutelar. Por esto, teniendo en cuenta la clasificación que aparece en Calabresi y Melamed (1972), Fernando Rodríguez Lopes menciona que existen tres tipos de normas jurídicas que pueden proteger el ejercicio de derechos: 1 – en primer lugar, normas de propiedad que definan la titularidad nominal de los derechos y eviten la vulneración de los mismos mediante instrumentos también nominales; 2 – por según, hay tipos de instrumentos protectores de derechos que son las normas de responsabilidad. Este tipo de norma asocia a la vulneración de derechos a una sanción igual al valor del daño causado; 3 – por fin, un tercer tipo de normas protectoras que tienen por objetivo la creación de incentivos para que los agentes no vulneren en ninguna circunstancia los derechos ajenos, reservándose para los casos en los que la sociedad reconoce un valor máximo e incuestionable para el ejercicio de un cierto derecho por parte de suyo titular. Son las llamadas a normas de inalienabilidad<sup>932</sup>.

Siguiendo la clasificación de estos tres tipos de normas jurídicas antes referida, el autor producen evaluaciones envolviendo las variables de lucro y severidad de la sanción y gravedad y severidad de la sanción, con consideración del conflicto entre eficacia y proporcionalidad en las sanciones

---

*identificar la naturaleza del problema, reconocer los agentes y evaluar sus incentivos de comportamientos lícito e ilícito ante una determinada normativa”.*

<sup>931</sup> LÓPEZ, Fernando Rodríguez, “Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho”. Op. cit., pág. 16. Aclarando ese posicionamiento, el autor dice que “los argumentos empleados y las conclusiones alcanzadas son válidos únicamente para individuos cuyo comportamiento se asume racional, es decir, agentes que actúan teniendo en cuenta las ganancias y los costes de sus alternativas de elección, y que optan por aquella cuya ganancia neta es mayor”.

<sup>932</sup> LÓPEZ, Fernando Rodríguez, “Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho”. Op.cit., págs. 16/17.

por corrupción<sup>933</sup>, para decir de las dificultades que existen para la utilización del derecho sancionador en la lucha contra la corrupción<sup>934</sup>.

Sin embargo, aunque reconozca las limitaciones del Derecho sancionador para el combate a la corrupción, advierte el autor que no se puede olvidar la existencia de alternativas para superar algunos de los obstáculos descritos en el análisis de las normas sancionadoras. De ellas sería aumentar la educación, tanto por su función socializadora cuanto por mejorar la percepción social del trabajo de los agentes públicos, en la medida que por esta forma aumenta la sanción social y la insatisfacción personal por las conductas corruptas. Así, ambos resultados aumentarían el valor percibido de la sanción por parte del agente público, sin necesidad de cambios legislativos externos que pongan en peligro el principio de la proporcionalidad de la sanción<sup>935</sup>.

Esta posición adoptada por Fernando Rodrigues Lopes, más de lo que lógica, posee fundamentos de calificación verdadera, en la medida que, indudablemente, para la práctica del acto corrupto, el individuo realiza una consideración económica de la situación, evaluando el riesgo en la relación entre sanción y logro que puede ser logrado. Por otro lado, aun cuando ocurra una sanción severa desalentadora del acto corrupto, aún así ésta no produciría efectos sobre todos los individuos. De acuerdo con la teoría de la sanción óptima, leyes que poseen sanción óptima sano aquéllas que producen el impedimento del ilícito, mediante una pequeña sanción cierta. Todavía, aún así, estas sanciones no van a producir eficacia sobre la irracionalidad, puesto que los individuos, como destaca Fernando Rodrigues Lopes, actúan por tres tipos de circunstancia: a) existen los irracionales, que por ser irracionales las sanciones no les afectan; b) hay los que actúan por principios, pero son racionales. Las sanciones alcanzan a éstos y producen

---

<sup>933</sup> LÓPES, Fernando Rodríguez, *“Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho”*. Op.cit., págs 18/24.

<sup>934</sup> LÓPES, Fernando Rodríguez, *“Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho”*. Op.cit., pág. 25. Sobre esas dificultades el autor comenta: *“El posible conflicto entre eficacia y proporcionalidad obliga a tomar decisiones de política legislativa que prioricen entre los distintos objetivos y a reconsiderar el contenido de las normas de inalienabilidad implicadas. La aparición de este conflicto revela algunas de las limitaciones del Derecho sancionador, que resulta incapaz de cumplir adecuadamente el objetivo de protección de derechos para el que fue creado”*.

<sup>935</sup> LÓPES, Fernando Rodríguez, *“Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho”*. Op.cit., págs. 25/26. Por fin, el autor complementa: *“Otra alternativa es aumentar la vigilância y disminuir la probabilidad de concluir con éxito actividades corruptas, puesto que de esta forma se reduce el lucro que puede esperar obtener el agente público y disminuyen sus incentivos a realizar tales conductas. En todo caso debe reconocerse la incapacidad de las medidas del Derecho sancionador para frenar por sí solas el fenómeno de la corrupción”*.



efectos; y c) existen los que actúan por principios. En este caso, las sanciones también no les alcanzan, pues no les importa la norma, sino sus principios.

Así, en este contexto de acción individual, se puede decir que hay los que poseen atracción por el riesgo, preferiendo correr el riesgo en busca del lucro, situación que la sanción no alcanza. Hay los con problemas patológicos (irracionales) y los que actúan por principios, por esto, no cumplen normas. Hay los que se quedan en el balance de la línea divisoria entre el riesgo y la seguridad, ora pendiendo para el riesgo ora para la seguridad; quedando aquéllos que, por ser racionales, las sanciones producen efectos. Por tanto, en tal circunstancia, no es simple, ni fácil, más probable que sea imposible, la fijación de norma que por sí solo sea suficiente en el combate a la corrupción. Son importantes, pero tienen de ser aplicadas en conjunto con otras medidas desalentadoras a la corrupción, en el sentido de que produzcan efecto, como bien fijó el autor.

### **3 – Estrategias de los países en el combate a la corrupción**

Conforme lo hasta aquí expuesto, se constata que la corrupción envilece el desarrollo de los países, mediante el sacrificio de los ciudadanos que tienen de soportar un perjuicio económico y moral que avienen de ese comportamiento deshonesto de algunas autoridades y servidores públicos.

Como bien afirmó el Presidente del Banco Mundial, James D. Wolfensohn, en conferencia realizada en el Foro Global sobre el Combate a la Corrupción, realizado en febrero de 1999, la corrupción dificulta el desarrollo, en la medida que *“la corrupción perjudica el crecimiento económico, onerando los pobres de forma desproporcionada, y disimula la eficacia de inversiones y ayudas financieras”*, por esto, *“las estrategias de combate a la corrupción necesitan ser partes integrantes de un modelo de desarrollo formulado para ayudar los países a erradicar la pobreza”*.

Por tanto, los países tienen de establecer estrategias de combate a la corrupción, dentro de un contexto que es relativo a la buena gobernanza. En ese aspecto, consonante las pesquisas que están siendo desarrolladas en el mundo, especialmente por organismos internacionales como la ONU, Banco Mundial, Comunidad Europea y Transparencia Internacional, decurre la constatación de que la principal innovación dice respeto a la convergencia de

los rigurosos cálculos empíricos y análisis de la corrupción, con el fortalecimiento de la sociedad civil y de acciones reformistas en el gobierno, llevando a coaliciones, para luchar de forma sistemática contra la corrupción, que terminan por encabezar las reformas institucionales y económicas, necesarias al desarrollo y combate a la pobreza.

De acuerdo con las pesquisas y análisis empíricos efectuadas por el Banco Mundial<sup>936</sup>, se descubrió que existen varios tipos de corrupción, con diferentes padrones en cada país y que sus causas institucionales varían, lo que significa que las prioridades de las reformas serían específicas de cada país.

De cualquier suerte, el elemento central de combate a la corrupción está asentado en la transparencia gubernamental, en la responsabilidad de ser prestadas cuentas a la sociedad y fusión de la información con acción, acción por parte de las autoridades públicas, de los ciudadanos, de empresas y de organizaciones no gubernamentales. Como afirmó lo entonces Vicepresidente de Estados Unidos, Al Gore, en su discurso en el Foro Global sobre el Combate a la Corrupción, *“El mayor triunfo que tenemos a nuestro favor, en la lucha contra la corrupción, es el acceso cada vez mayor a la información”*.

En las pesquisas realizadas las evidencias sugieren que un Estado capaz, con instituciones públicas transparentes y de buena calidad, está asociado a una mayor riqueza nacional y un mayor crecimiento de renta, bien como la un progreso conmensurable. De otro lado, también evidencian que la corrupción aumenta cuando los derechos políticos, incluyendo elecciones democráticas, un poder legislativo, y partidos de oposición, son menos numerosos y más débiles, y cuando las libertades civiles, que incluyen derechos a medios de comunicación libres e independientes y libertad de reunión y de palabra, también son débiles. Evidencias empíricas en todo el mundo también sugieren que la inclusión de las mujeres sea ella medida en tenemos de representación parlamentaria o de derechos sociales, está acompañada de una sociedad civil más fuerte. Además, las evidencias apuntan una correlación significativa entre corrupción y un Estado de Derecho flaco.

En tales circunstancias de evaluación empírica, como estrategia de combate a la corrupción, resulta la comprensión de la necesidad de los países emprender una mejora global de la gobernanza, con servicio de

---

<sup>936</sup> [governancewbi@worldbank.org](mailto:governancewbi@worldbank.org)

aspectos imprescindibles: requiere un sistema de pesos y contrapesos en la sociedad que restrinja acciones arbitrarias y la persecución burocrática por parte de políticos y burócratas; sea promovida y estimulada la expresión y la participación de la población; promoción de una economía competitiva de mercado y una sociedad civil activa; sea establecida como estrategia una administración pública con base en el mérito, con profesionalización de la actividad pública y devotada para la prestación de servicios.

Otro factor importante es el relativo al control de la Administración. El control de la Administración Pública por ser propia de los Estados de Derecho y, sobretodo, democráticos, tiene el sentido de proceder verificación, en cuanto al servicio de los principios y normas constitucionales, en toda el forma de actuación administrativa, a cual debe estar siempre vuelta para la satisfacción del interés público, lo que refleja factor de protección no solo para los administrados como también a la propia Administración Pública.

Teniendo en cuenta esos aspectos de pesquisa empírica, de identificación de los factores que llevan a la corrupción y de las estrategias que pueden ser utilizadas para su combate, las organizaciones internacionales y los países, individualmente, pasaron a adoptar medidas efectivas en el combate a la corrupción. La Organización de los Estados Americanos – OEA celebró entre los Estados Miembros una *Convención Interamericana Contra La Corrupción*, con el propósito de promover y fortalecer el desarrollo, por cada un de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.

La Unión Europea, mediante Acto del Consejo, 97/C 195/01, de 26.05.97, estableció Convención relativa a la lucha contra la corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados-Miembros de la Unión Europea. El 15 de Noviembre de 2000, en vigencia desde 29 de septiembre de 2003, en la ciudad de Palermo, fue celebrado Convenio de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, fijando como principal medida a la necesidad de armonización de los tipos penales vigentes en los diferentes Estados y, en particular, a tipificación del delito de participación en grupos de delincuentes organizados.

La comunidad internacional, el 17 de diciembre de 1997, celebró Convenio de la CDE para combate al soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales transnacionales. La

Organización de los Estados Americanos, el 29 de marzo de 1996, celebró Convenio Interamericano contra la corrupción. El 9 de diciembre de 2003, en Mérida – México, La Organización de las Naciones Unidas – ONU, elaboró Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, en el sentido de promover y fortalecer las medidas para precaver y combatir de forma más eficaz y eficientemente la corrupción.

Hubo la formación del Grupo de Estados contra la Corrupción, del Consejo de Europa – GRECO, por el cual son arbitrados procedimientos de control de los Estados, con previsión de asistencia mutua y cooperación internacional, de extradición, de informaciones espontáneas, de comunicación directa entre autoridades centrales y de información sobre mecanismos de cooperación disponibles.

Hubo también la creación de la Rede Judicial Europea. “La Red Judicial Europea fue creada por la <<Acción Común de 29 de junio de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base Del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea concerniente a la creación de una Red Judicial Europea>> (DOCE 191/1998, de 7 de julio), con el fin genérico de facilitar la cooperación judicial penal entre los Estados miembros de la Unión. Su esquema de funcionamiento se basa en la creación de una red de <<puntos de contacto>> judiciales entre los Estados miembros, a fin de desempeñar los cometidos que en la propia acción común se definen”<sup>937</sup>.

La Transparencia Internacional, una organización no gubernamental basada en Berlín, suprapartidaria y sin fines lucrativos, que trabaja para movilizar la sociedad civil, las comunidades empresarial y académica, y el gobierno, para cohibir la corrupción, creó el Índice de Fuentes de Soborno y el Índice de Percepción de la Corrupción de los países, realizado mediante pesquisas efectuadas en el mundo todo.

En Perú, allende otras medidas prácticas, fue creada “La Mesa de Repatriación de Dineros Ilícitos y su Uso Ético”. En Colombia, la Corporación Transparencia para Colombia, elabora Índice de Integridad de las Entidades Públicas – Comparativo de los Poderes del Estado.

---

<sup>937</sup> PECO, Angel Galgo, “La Red Judicial Europea y los nuevos instrumentos de agilizaçãõ y coordinación”, em “La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez García y Eduardo Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004, pág. 279.

En Brasil están siendo criados instrumentos de fortalecimiento de una acción ciudadana en prácticamente todas las áreas sujetas a la acción estatal. Entre los varios instrumentos pueden ser citados: el nuevo código de tránsito; la ley de defensa del consumidor; el estatuto del niño y del adolescente; la ley de patentes; la ley de derecho autoral, la ley de licitaciones y contratos de la Administración Pública; la ley de defensa del medio ambiente; el nuevo código civil la intensificación de las demarcaciones de las áreas bajo ocupación de los pueblos indígenas; la ley de acceso a las informaciones fiscales y bancarias de los envueltos en crímenes contra el sector financiero; elaboración de códigos de ética para autoridades y servidores públicos; Reforma de la Educación, con creación de un fondo financiero para la enseñanza fundamental; Reforma Administrativa buscando a profesionalización del servidor público; la ley de responsabilidad fiscal, factor de ampliación del control sobre la gerencia fiscal, ampliando el grado de exigencia para la transparencia del Poder Público y la participación popular; fortalecimiento de los órganos de control interno y externo, especialmente de los Tribunales de Cuentas; y el fortalecimiento del Ministerio Público, son ejemplos de la preocupación gubernamental brasileña de realizar un fortalecimiento de las instituciones públicas y de la sociedad como un todo, en la medida que esos factores son imprescindibles no solo para el desarrollo nacional, pero también para el combate a la corrupción.

Esos tipos de instrumentos, como bien colocó Mário Falcão Persona, representante brasileño en el Foro Iberoamericano sobre el Combate a la Corrupción<sup>938</sup>, propician el establecimiento de acciones prácticas como: la alteración de la legislación o de las normas producen fortalecimiento de los instrumentos legales puestos a la disposición de los administradores públicos y de la sociedad; posibilita un desarrollo de instrumentos y metodologías de trabajo en las áreas de control constitucional; el perfeccionamiento de los controles interno y de los Tribunales de Cuentas, con utilización de sistemas informatizados generan programas operacionales sobre las actividades de los agentes públicos, fiscalización de los programas de gobierno realizados descentralización por Estados y Municipios, creación de sistema de acompañamiento de gastos y costes, aumento de la capacitación del personal, tanto del control como de los agentes públicos, cambio de una cultura de control posterior para una cultura de acompañamiento, creando un aumento de independencia de las áreas de control, causa aumento de la transparencia de

---

<sup>938</sup> PESSOA, Mário Falcão, in “*O controle interno no Brasil e combate à corrupção administrativa*”, palestra realizada no Fórum Ibero-americano sobre o Combate à Corrupção, na Bolívia, disponibilizado no seguinte endereço eletrônico: <http://www.clad.org.ve/falcaop.html>

las acciones públicas y un fortalecimiento del control social.

Otro factor de relevancia son los resultados prácticos que suceden del sistema de control. El control tiene de ser independiente y rígido en su actuación, buscando aplicar las sanciones admisibles a las ilegalidades encontradas. Por ejemplo, en el ámbito del Estado de Rio Grande do Sul, hay una acción conjunta y coordinada entre los diversos organismos del Estado – Tribunal de Cuentas, Ministerio Público y Poder Judicial – en el sentido de cohibir cualquier especie de malversación de dinero por parte de los gestores públicos. El Tribunal de Cuentas realiza la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial sobre la Administración Pública que, al constatar actos de improbidad administrativa, encamina los documentos al Ministerio Público que, por su vez, ofrece denuncia para juicio del Judicial. El Poder Judicial, en el sentido de agilizar el juicio de tales procesos, creó una Cámara Criminal especializada para ese fin. Ésta acción estatal conjunta, con cada organismo actuando en la órbita de su capacidad, ha dado una lista respuesta a la sociedad sobre el control que efectúa sobre la Administración Pública. En los ejercicios de 1997 a 2002 ya habían sido interpuestos 620 procesos de denuncias, de cuyos procesos resultaron en 75 condenas de autoridades administrativas.

Por fin, en reciente coalición de instituciones lideradas por el Banco Mundial, compuesta por ONGs, organizaciones multilaterales como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, el Centro Internacional para la empresa privada (CIPE), la Transparencia Internacional y varias empresas del Sector Privado, el 19 de junio de 2008, en la ciudad de Londres, teniendo en cuenta que la corrupción a nivel mundial puede incrementar en hasta 20% a 25% los costes de las adquisiciones públicas, el Banco Mundial presentó un guía práctico y creó un portal en el internet, en el sentido de promover una acción colectiva contra la corrupción. se trata del documento intitulado **Fighting Corruption through Collective Action – A Guide sea Business – Acción colectiva contra La corrupción: Una guía para las empresas – Ação coletiva contra a corrupção: um guia para as empresas**<sup>939</sup>.

---

<sup>939</sup>Mais informações sobre o guia prático pode ser encontrado no portal criado pelo Banco Mundial: [www.fightingcorruption.org](http://www.fightingcorruption.org)

## Capítulo VII – Conclusiones

- El Estado, creado, inicialmente, para establecimiento de la política como un ámbito diferenciado del parentesco familiar, de la relación económica, de la creencia religiosa y otras formas de interacción social, con establecimiento de la capacidad de mandar y determinar obediencia, reivindicando a sí la exclusividad de la coacción, produciendo todas las normas de cumplimiento obligatorio y con capacidad de resolver los conflictos en un territorio claramente fijado, pasó, en el transcurrir del tiempo, en razón de las nuevas realidades del mundo y de las necesidades políticas, económicas y sociales de las personas, a vivir un proceso de evolución hirviente y grandioso, culminando con la compaginación del actual Estado Social y Democrático de Derecho.

- De ese modo, aunque sea reciente y aún no si refleje como una solución definitiva a los problemas presentados por la democracia representativa, el Estado Social y Democrático de Derecho del final del siglo XX, reafirmando la importancia de mantenimiento del sistema democrático para el ejercicio del poder gubernamental, optó por estructurar políticamente el Estado de acuerdo con el principio de la transparencia, con vista a la implantación de la democracia participativa o semidirecta, faz el incremento positivo de la participación popular.

- En este inicio de Siglo XXI, después de tantas idas y venidas, cual si vio, se reafirmó el sistema democrático de gobierno. El Estado Social y Democrático de Derecho se confirmó como un Estado plural, que, formalmente, garantiza la libertad, afirma y protege los derechos fundamentales del ciudadano, asegura la realización de un orden económico y social justa, todo dentro del principio de la igualdad ante la ley y estructura de acuerdo con una nueva concepción política de poder, adoptando el principio de la transparencia, con participación popular.

- De esa forma, todo está a indicar que los países continuarán a formar instituciones interestatales con intereses mutuos, pero permaneciendo, de forma individual o colectiva, no solo en la busca del mantenimiento, pero, sobretodo, por el fortalecimiento del Estado Social y Democrático de Derecho en el siglo XXI, en su concepción pluralista, transparente y participativa, sin embargo, con una reformatear y un redimensionamiento de su estructura organizacional y funcional en el ejercicio del poder, en el sentido de ser alcanzadas las soluciones para los emblemáticos problemas del final del siglo

XX, con materialización de las necesidades del ciudadano, consonante los objetivos de realización de las ideas de libertad, igualdad y justicia social.

- En consecuencia de todos los aspectos analizados, con las emblemáticas transformaciones ocurridas en la compaginación del Estado, también la Administración Pública y el Derecho Administrativo sufrieron enormes cambios, pasando a tener influencia del ciudadano en el ámbito del poder decisorio, con obligatoriedad de proceder a todas las acciones administrativas dentro de la más absoluta transparencia.

- Así, como factor completar y consecuente de la participación popular y de la transparencia, el control social debe pasar a ejercer un papel fundamental en el poder de decisión para el establecimiento de todas las políticas públicas, incluso en lo que tañe a la determinación de prioridades para el desarrollo económico, científico y tecnológico, teniendo en consideración las peculiaridades de un mercado globalizado y posiciones internacionales sobre el comportamiento del Estado y de la Administración. Por esto, desde 1990, se inició un proceso de cambio de muchos entendimientos que se encontraban arraigados en el Derecho Administrativo, implantándose nuevos principios de actuación – principios de la eficiencia, de la proporcionalidad, de la razonabilidad, de la subsidiariedad y de la confianza legítima – llevando a una Reforma Administrativa que practicase la adopción de la privatización, de la deslegalización, de la regulación y la creación de Agencias Reguladores.

- En ese contexto, la Administración Pública contemporánea, como estructura organizacional con la finalidad de administrar la cosa pública y prestar los servicios necesarios al servicio de los derechos fundamentales del ciudadano, tuvo de empezar a buscar una nueva compaginación, donde la eficiencia y la eficacia de suya acción estuviese relacionada con el tamaño del estado, procediéndose privatizaciones y transferencia de servicios públicos a la órbita privada, quedándose el Estado en la función reguladora, que sería ejercida por Agencias Reguladores, creadas específicamente para tal fin.

- Siendo así, no queda duda que la Administración pública, por el volumen de reformas para el establecimiento de una Nueva Administración Pública, se encuentra en un momento de intensa transformación de su actuación, buscando sistemas, criterios y estructuras que sean capaces de dar una respuesta eficiente a las crecientes exigencias de la sociedad, obligándola a proceder a una reformulación de los actuales procesos de gestión.



- Dentro de ese contexto renovador, la Administración Pública enfrenta grandes desafíos, buscando alterar el modelo antiguo para implementar un nuevo, pero sin que esto represente un alejamiento de la realidad, razón por la cual busca ser selectiva en determinadas actuaciones o actúa de forma gradual, siguiendo esquemas participativos.

- En esa línea de cambios y de agilización de los propios cambios, se pasó a redefinir el papel del Estado, buscándose un formato de actuación que pudiese atender con mayor eficiencia sobrecarga de demandas a él dirigidas, sobretodo en la área social. Junto a ese factor histórico, se agrega un verdadero descontrol fiscal experimentado por la grande mayoría de los países en el mundo, que pasaron a presentar reducción en las tasas de crecimiento económico, aumento del desempleo y elevados índices de inflación. Por tanto, el Estado pasó a tener dificultades para administrar las crecientes expectativas de la población, consonante su función de promover el bienestar del ciudadano.

- Así, mismo con los varios factores, especialmente el desarrollo tecnológico y la globalización de la economía mundial, que están produciendo alteraciones en el mundo de hoy, el Estado continúa como un organismo esencial para el establecimiento del bienestar del ciudadano y factor de regulación de la economía, con poderes para fijar elementos de protección del hombre a pesar de grupos o corporaciones. Sin embargo, para lo propio Estado se impone una delimitación de suya acción, en el sentido de evitar que la misma extrapole el objetivo de la función estatal y pase a ejecutar acciones en desatención de los intereses colectivos, incluso en lo que tañe la actividad financiera del Estado, propiciando un control sobre la gerencia fiscal.

- En el Estado moderno, logicamente desde que estructurado en bases democráticas y de derecho, un de los principales factores de control de gerencia fiscal es el de la transparencia fiscal. La transparencia motiva a las autoridades públicas para un comportamiento de mayor responsabilidad para los actos de gobierno, resultando en adopción de políticas fiscales más confiables, reduciendo la posibilidad de ocurrencia de crisis o de la gravedad de las crisis.

- Por tanto, la transparencia es lo más nuevo e importante elemento de gobernabilidad del Estado, pasando a constituirse también en

**principio presupuestario**, en la medida que el proceso presupuestario es factor esencial para la gestión fiscal. Es este procedimiento, de reciente incorporación al derecho financiero, que auxilia en la reconstrucción de la administración de todo el sistema fiscal. La transparencia fiscal se volvió factor imprescindible a la planificación y ejecución presupuestaria, bien como su respectiva prestación de cuentas.

- Delante de esa importancia de la transparencia, de la cual decurre un proceso de apertura y la consecuente participación popular, existen varios empujes jurídicos, democráticos y económicos para su consolidación. En el aspecto jurídico-legal, incluso en lo que se refiere a la reforma presupuestaria y fiscal que emerge al final del siglo XX e inicio del siglo XXI, muchos derechos pasaron a ser regulados en textos legales, con vista a asegurar una real transparencia y apertura de la Administración, con participación del ciudadano en las cuestiones decisorias que envuelven el interés público.

- Por la relevancia de ese nuevo instituto de Derecho Financiero - la transparencia -, el examen de la legislación que promueve la regulación de los derechos y deberes relativos a la transparencia presupuestaria y fiscal se vuelve muy importante, razón por la cual se llama atención para los aspectos jurídico-legales relativos a lo que ha sido llamado de responsabilidad presupuestaria y fiscal, teniendo como ejemplo la legislación brasileña (Ley Complementaria n° 101/2000 - Ley de Responsabilidad Fiscal) y española (Ley 18/2001, 12 diciembre – General de Estabilidad Presupuestaria y Ley 47/2003, 26 de noviembre – General Presupuestaria).

- Por tanto, por el estudio hasta aquí efectuado, no queda duda sobre la existencia de un rediseño del Estado contemporáneo, donde está configurado un nuevo formato de naturaleza pluralista, transparente y participativa, haciendo surgir una Nueva Administración Pública, con nuevas concepciones interpretativas de principios administrativos, bien como estableciendo la necesidad de realización de Reforma Presupuestaria y Fiscal, en el sentido de ser alcanzado un equilibrio entre receta y gasto, para implantación de un desarrollo sostenible.

- Estando el Estado contemporáneo formateado en nueva concepción, haciendo surgir una nueva Administración Pública, necesitando una acción más eficiente y eficaz, en la medida que necesita administrar una

grande suma de recursos financieros para servicio de las necesidades del ciudadano, por consecuencia, debe ser estructurado un sistema de control sobre toda esa actuación del Estado y de la Administración Pública, en el sentido de que la aplicación de los recursos financieros ocurra de manera buena y adecuada al interés público.

- Por este motivo, el control está asociado al Poder del Estado y por poder él interferir en los derechos fundamentales del ciudadano, debe tener antipara y compatibilidad normativa constitucional para su ejercicio. Este vínculo del control al Poder, lleva a Roberto Dromi a mencionar que el Poder Político, como atributo esencial de la comunidad política, se refiere a la capacidad del Estado, concebida como medio, para conseguir su objetivo: el bien común.

- De ese modo, considerando los fundamentos presentados por los adoctrinadores, se puede afirmar que la función de control de lo poder fue estructurada en el Estado moderno, cuando se consolidó como una de las principales características del Estado de Derecho. En el Estado de Derecho la Administración está vinculada al cumplimiento de la ley y la atención del interés público – atención a lo principio de la legalidad y a la supremacía del interés público – por eso, para eficacia de esa exigencia, convertise imperativo el establecimiento de condiciones que verifiquen, constaten e impongan el cumplimiento de la ley para la atención del interés colectivo, con la finalidad de ser evitado el abuso de poder. A eso se llama a control de la Administración Pública.

- En el Estado contemporáneo hubo una valorización de los sistemas de control, especialmente en el ámbito público, con una ampliación de las formas de ejercicio del control. se trata de una actividad que envuelve todas las funciones del Estado, estando dirigida para el establecimiento y el mantenimiento de la regularidad y de la legalidad administrativa, que procede a una evaluación en el sentido de evitar errores y distorsiones en la acción estatal, buscando indicar procedimientos de reorientación para los fallos detectados o actuando en la responsabilización de los agentes causadores de esas impropiedades legales que ocasionan perjuicios a la colectividad.

- Así, quien administre tiene el deber prestar cuentas de su administración y de responder por sus actos, circunstancias que traen implícita la idea de control. para que se pueda tener una noción exacta y comprensiva del sistema de control, se vuelve necesario examinar su estructura y

funcionamiento, qué ciertamente no es fácil, teniendo en cuenta que los muchos tipos de sociedades y culturas orientan la formación de las varias formas de constituir el control.

- Consonante Gualazzi, la función control constituye, en la expresión de Gianini, una función complementar. El Control envuelve una función paralela a la de la administración activa. Como la función consultiva consiste en autotutela apriorística complementar a la administración activa, en los aspectos de legitimidad y legalidad, la función control significa supervisión complementar a la de la administración activa, en los aspectos de legalidad y mérito.

- Siendo el control una actividad complementar, que tiene la finalidad de evaluar la actuación administrativa, consonante un conjunto de normas y principios, visando a establecer o mantener la regularidad y la legalidad de la Administración, no puede él, independientemente del tipo o naturaleza del control o órgano que lo ejecuta, hacer a veces del administrador, sustituyendo la Administración en su función activa de realizar las tareas de su finalidad. Control no administra. Su función es fiscalizar, evaluar, detectar errores y fallos y responsabilizar la Administración, pero jamás tomar su lugar. Control que sustituye la Administración practica abuso de poder, con desvío de finalidad en su actuación controladora.

- Teniendo en cuenta los poderes de fiscalización y corrección que el control tiene sobre los órganos de la Administración Pública, conforme su grado de precedencia y amplitud, el mismo es ejercido por medio de varias especies. Así, conforme el control es ejercido – sobre los propios actos; del Legislativo sobre los actos del Ejecutivo; del Judicial sobre los actos de los demás Poderes; de la población sobre los actos del Poder Público en general; sobre los actos de ejecución presupuestaria – él puede ser caracterizado como control administrativo, control legislativo, control judicial, control social o de fiscalización sobre la ejecución presupuestaria.

- El Control es factor preponderante e indispensable para mantener la regularidad de la aplicación de las normas en el Estado Democrático de Derecho, verificar la aplicación de la exigencia de prestación de cuentas de los agentes públicos y ejercer un efectivo combate a la corrupción.

- Corrupción es una tema mucho complejo, revelándose como

un fenómeno social, político y principalmente económico, que alcanza a todos los países del mundo, independientemente de su grado de desarrollo.

- Corrupción, por su naturaleza jurídica, es un medio ilícito de ejercer influencia en las decisiones públicas, envolviendo servidor o autoridad pública, con ganado personal o de tercero, causando serios perjuicios al interés público y desgastando un de los más importantes factores de la estructura del sistema público, su legitimidad.

- Son varias las formas de manifestación de la corrupción, las cuales alcanzan a todos los Poderes del Estado, en todas sus esferas administrativas, envolviendo los tres niveles de la acción administrativa: elaboración, decisión y ejecución, con alcance tanto de los sectores que tratan de la recaudación de la receta cuanto de la ejecución del gasto.

- Por todas las circunstancias de manifestación de la corrupción, con la amplitud que alcanza la estructura estatal, se trata de un mal que arruina y envilece el desarrollo de los países, resultando en un enorme perjuicio que ocasiona el sacrificio de los ciudadanos, en la medida que impone el sustentación de un daño económico y moral que avienen de ese comportamiento deshonesto de algunas autoridades y servidores públicos.

- Teniendo en cuenta la naturaleza compleja de la corrupción, se vuelve necesario, mediante pesquisas y análisis empíricos, identificar las causas básicas de su ocurrencia, en el sentido de ser planteadas estrategias de combate a su continuidad, entre las cuales, invariablemente, deben constar acciones para el establecimiento de una buena gobernanza.

- Como el acontecimiento de la corrupción ocurre de acuerdo con las peculiaridades y cultura de cada país, asumiendo varios tipos y padrones diferentes, variando en sus causas institucionales, las estrategias que envuelven las prioridades de las reformas para obtención de éxito en su combate deben ser específicas para cada país.

- Aunque las prioridades de combate a la corrupción deban ser específicas para cada país, existen factores estratégicos aplicables en cualquier circunstancia local: fortalecimiento del Estado de Derecho; fortalecimiento de la transparencia gubernamental como el elemento central del combate a la corrupción, fortaleciéndose la libertad individual y de prensa, con el establecimiento de la obligatoriedad y responsabilidad de ser prestadas

cuentas a la sociedad, produciéndose fusión de la información con a acción, acción por parte de las autoridades públicas, de los ciudadanos, de empresas y de organizaciones no gubernamentales, en fin de todo el sociedad.

- El combate a la corrupción debe si pautar por una acción integrada de los organismos internacionales y nacionales, envolviendo países, gobiernos, organizaciones públicas y privadas, organizaciones no gubernamentales, empresas y ciudadanos, en un esfuerzo conjunto de combatir no solo el corrupto como también el corruptor, pues quien corrompe es partícipe de la corrosión estatal que perjudica todo el sociedad. Además de lo más, quien corrompa hoy tiene la inclinación de ser el corrompido de mañana, formando un ciclo que desfavorece y denigra cualquier nación.

## Relación Bibliográfica

A. B. COTRIM NETO, “*Código de Processo Administrativo – sua necessidade, no Brasil*”, RDP – Revista de Direito Público nº 97.

AGUIAR DE LUQUE, Luis y TREMP, Pablo Pérez “*Normas Políticas*”, sexta edición. Madrid: Tecnos, 2005.

AGUILLAR, Fernando Herren, “*Controle Social de Serviços Públicos*”. São Paulo: Max Limonad, 1999.

AGUILÓ REGLA, J.: “*Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*”, Barcelona: Ariel, 2000.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “*La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas*”, en Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1982.

\_\_\_\_\_ “*Naturaleza del control financiero en la Administración Pública*”, REDF, nº 36, 1982.

ALFARO, Luis H. Contreras, “*Corrupción y Principio de Oportunidad Penal – alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*”. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2005.

ALFONSO, Luciano Parejo, “*Lecciones de Derecho Administrativo*”, Segunda edición revisada e atualizada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ÁLVAREZ DE MIRANDA GARCÍA, R., “*Ponencia presentada en la Mesa Redonda sobre la Fiscalización del Tribunal de Cuentas*”, RECE, nº12, 2002.

ÁLVAREZ MARTÍN, J.A., “*La responsabilidad en la gestión de los fondos públicos: La doctrina del Tribunal de Cuentas y Supremo. La acción pública*”. Barcelona: Bayer Hnos. S.A., 2006.

ÁLVAREZ TOLCHEFF, E., “*Entidades Fiscalizadoras Superiores, Buen Gobierno y cooperación española en iberoamérica*”, RECE, nº 31, 2009.

ANDRE-NOËL ROTH, “*O Direito em crise: Fim do Estado Moderno?*” pág. 2. Disponible en <<http://br.geocities.com/dcentauros/r/roth.pdf>>.

ARAGÃO, Alexandre Santos; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; ÁVILA, Humberto; SCHIER, Paulo Ricardo. Organizador: Daniel Sarmento. *“Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público”*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

ARAGÃO, Cecília Vescovi de. *“Burocracia, Eficiência e Modelos de Gestão Pública: Um Ensaio”*. Revista do Serviço Público, ano 48, Brasília, nº 3, set/dez 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos de, *“A Supremacia do Interesse Público no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo”*, in *“Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público”*. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

ARAGÓN, M., *“El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”*, REDC, nº 19, 1987.

ARANGUREN, Juan-Cruz Alli, *“Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés”*. Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2008.

\_\_\_\_\_ *“Derecho Administrativo y Globalización”*. Madrid: Civitas Ediciones, SL, 2004.

\_\_\_\_\_ *“La construcción del concepto de Derecho Administrativo Español”*. Navarra (España): Editorial Arazandi, SA, 2006.

ARIAS RODRIGUES, A., *“Resenha de los VII Encuentros Técnicos de Órganos de Control Externo”*, Partida Doble, nº 130, 2002.

\_\_\_\_\_ *“Dos mociones Del Tribunal de Cuentas”*. Observatório contable y financiero, nº 8, 2007.

\_\_\_\_\_ *“Más instrumentos contra la corrupción”*, en <http://www.fiscalizacion.es> (ref. 28 de mayo de 2009), 19 de abril, 2009.

ARNEDO ORBAÑANOS, M.A., *“El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: Posibilidades y limitaciones”*, RECE, nº 3, 1999.



ARTOLA, Miguel, “*Constitucionalismo en la historia*”. Barcelona: Critica, 2005.

ASENSIO Rafael Jiménez, “*El constitucionalismo – Processo de Formação y Fundamentos del Derecho Constitucional*”, terceira edição. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S. A., 2005.

ASSIS, José Carlos de, in “*A dupla face da corrupção*”. Rio de Janeiro: ed. Paz e Terra, 1984.

ATTALI, Jacques, “*Diccionario del Siglo XXI*”. Traducción de Godofredo Gonzáles. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S. A. , 1999.

\_\_\_\_\_ “*Y después de la crisis qué...?Propuestas para una nueva democracia mundial*”, primera edición, Traducción Heber Ostrovieski. Barcelona: Gedisa, 2009.

ATIENZA, M y RUIZ MANERO, J.: “*Sobre principios e reglas*”, Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho, nº 19, 1991.

AUBENAS, Florence; BENASAYAG, Miguel, “*A Fabricação da Informação*”. Tradução: Luiz Roanet. São Paulo: Loyola, 2003.

AUBENAS, Florence; BENASAYAG, Miguel, “*A Fabricação da Informação*”. Tradução: Luiz Roanet. São Paulo: Loyola, 2003.

AUBY, Jean-Bernard, “*Globalización y descentralización*”, Revista de Administración Pública nº 180, septiembre/diciembre de 2009.

ÁVILA, Humberto, “*Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular’*”, in “*Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*”. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

AVRITZER, Leonardo... (et al.), “*Corrupção: ensaios e críticas*”. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

AZAMBUJA, Darcy, “*Teoria Geral do Estado*”, 4ª edição, Porto Alegre: Editora Globo S. A, 1963.

BALLBÉ, Manuel, “*El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización*”, Revista de Administración Pública nº 174, septiembre/diciembre de 2007.

BANCO MUNDIAL: PROGRAMA DE GASTO PÚBLICO Y RENDICIÓN DE CUENTAS – PEFA –, *Gestión de las finanzas públicas: Marco de referència para la medición del desempeño*, <http://www.pefa.org> (ref.16 de diciembre de 2008), junio, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, “*Curso de Direito Administrativo*”, 19ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo, “*El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*”, Revista de Administración Pública nº 165, septiembre/diciembre de 2004.

BAQUER, Sebastian Martin-Retortillo, “*El Derecho Civil en la genesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*”. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

BÁSCONES, Jesús López-Medel, “*El objeto del proceso contencioso-administrativo*”, Revista Española de Derecho Administrativo nº 115, julio/septiembre de 2002.

BASSOLLS COMA, Martin, “*Los principios del Estado de Derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución*”. Revista de Administración Pública, vol. 3, 1978.

BATISTA, Antenor, “*Corrupção: Fator de Progresso? Violento, avaro, corrupto e compulsivo sexual, eis, em tese, a natureza do homem – Repensando a Ética*”, 6ª edição, atualizada. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2005.

BERMEJO VERA, J., “*Aspectos jurídicos Del procedimiento de actuación Del Tribunal de Cuentas*”, en Dirección General de lo Contencioso del Estado, vol. 1, 1982.

\_\_\_\_\_ “*Derecho Administrativo básico*”. Parte general, 7ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

BERTOLDI, Marcelo M., Coordenador; ALVES SOBRINHO, Carlos Augusto F; TOKARS, Fábio; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de; RIBEIRO, Márcia Clara Pereira, colaboradores, *“Reforma da Lei das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001”*, 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BINENBOJM, Gustavo, *“Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo”*, in *“Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público”*. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_ *“O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro”*, in *“Direito Administrativo e seus novos paradigmas”*, Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BLANQUER, David, *“Curso de Derecho Administrativo II – El fin y los medios – Teoría y práctica”*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

\_\_\_\_\_ *“Curso de Derecho Administrativo III – El fundamento y el control – Teoría y práctica”*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BLASCO LANG, J.J., *“El ejercicio del control y la estabilidad presupuestaria”*, PGP, nº 30, 2002.

\_\_\_\_\_ *“El control financiero y la auditoría pública en la nueva Ley General Presupuestaria”*, RECE, nº 18, 2004.

BOBBIO, Norberto, *“Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant”*, Tradução: Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_ *“Estado, Governo, Sociedade”*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

\_\_\_\_\_ *“As ideologias e o poder em crise”*; tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4ª edição, 1999.

\_\_\_\_\_ *“Dalla Struttura allá funzione”*. Milano/Itália: Ed. di Comunità, 1977.

\_\_\_\_\_ “*O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*”. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

\_\_\_\_\_ “*Teoría General de la Política*”, tradução de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello Prado. Edição exclusiva para Espanha. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_ “*Teoria do ordenamento jurídico*”, Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 9ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo, “*Curso de Direito Constitucional*”, 16ª edição atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.. 2005.

\_\_\_\_\_ “*Do Estado Liberal ao Estado Social*”. 5ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

\_\_\_\_\_ “*Teoria Constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por repolitização da legitimidade*”. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_ “*Teoria do Estado*”, 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

BOBBIO, Norberto, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. “*Dicionário de Política*”; tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 12ª edição, 1999, vol. 1 e 2.

BULOS, Uadi Lammêgo, “*Constituição Federal Anotada*”, 3ª Edição revista e atualizada. – São Paulo: Saraiva, 2001.

CACIAGLI, M., “*Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*”, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

CAETANO, Marcelo, “*Princípios fundamentais do Direito Administrativo*”. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CÂMARA MUNICIPAL DE MADRID. GUIA DE BOAS PRÁTICAS PARA A GESTÃO FINANCEIRA LOCAL. Programa URB-AL, de cooperação entre a União Européia e a América Latina.

CAMPO, Tomás Cano, “*La analogia en el Derecho Administrativo Sancionador*”, Revista Española de Derecho Administrativo nº 113, enero/marzo de 2002.

CAMPOS, Anna Maria, “*ACCOUNTABILITY: QUANDO PODEREMOS TRADUZI-LA PARA O PORTUGUÊS?*”. Este trabalho foi realizado em junho de 1987, como contribuição brasileira a uma coletânea de texto: *Public service accountability: a comparative perspective. Jabbra Joseph G&Dwivedi O. P. West Hartfird, Connecticut, Kumarian Press, 1988.*

CAMPS, Jordi López y CARRERA, Albert Gadea, “*Una Nueva Administración Pública – estrategias y métodos para mejorar la calidad y la eficiencia del e-gobierno*”. Bilbao (España): Instituto Vasco de Administración Pública; Osati, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes; VITAL, Moreira, “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”. 1ª Edição brasileira, 4ª edição portuguesa revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_ “*Direito Constitucional e teoria da Constituição*”, 7ª edição. Coimbra: Editora Almeida, 2000.

CAPARRÓS, Eduardo Fabián, “*La corrupción de agente público extranjero e internacional*”. Segunda prova do concurso para professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca. Salamanca, 2002.

\_\_\_\_\_ “*La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (Anotaciones para un Derecho penal globalizado)*”, em “*La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez Garcia y Eduardo Fabián Caparrós*”. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

CASCÓN, Fernando Carbajo, “*Corrupción Pública, Corrupción Privada y Derecho Privado Patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión*”. In “*la Corrupción en un mundo globalizado*”:

*Análisis Interdisciplinar*”, Corredores: Nicolás Rodríguez García e Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

CASSAGNE, Juan Carlos, “*Derecho Administrativo*”, 2 volumes, Buenos Aires, 8ª edição, 2006.

CASSESE, Sabino, “*As transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI*”. Revista INTERESE PÚBLICO – ano 5, nº 24, março/abril de 2004 – Porto Alegre: Notadez.

CASTIELLA, Yñigo Del Grayo, “*La regulación económica como alternativa*”, Revista Española de Derecho Administrativo nº 130, abril/junio de 2006.

CATALÁ, Joan Prats, “*Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*”, in “*Estudios para la Reforma de la Administración Pública*”, Fernando Sáinz Moreno (director) – *Reimpresión* – Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública, 2005.

CAYÓN, José Inacio Solar, “*Política y Derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*”. Madrid: Dykinson, 2002.

CHÂTELET, François, Olivier Duhmel, Evelyne Pisier-Kouchner; tradução de Carlos Nelson Coutinho. “*História das Idéias Políticas*”. Rio de Janeiro: editora Jorge Zahar, 2000.

CENSIO, Jorge Silva, “*El control de la Administración*”, in Revista de Direito Público, nº 39/40, jul.-dez./1976.

CINTRA, Antonio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel, “*Teoria Geral do Processo*”, 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

CITADINI, Antonio Roque. “*O Controle Externo da Administração Pública*”. São Paulo: Max Limonad, 1995, pág. 12.

CONTI, José Maurício, “*Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade*”. São Paulo: Dialética, 1997.

CÓRDOBA, Amador Elena, “Fortalecimiento de la posición del ciudadano”, in “Estudios para la Reforma de la Administración Pública”, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Intituto Nacional de Administração Pública, 2005.

CLÈVE, Clémerson Merlin, “*Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

C.R. Sunstein, “*Free Markts and Social Justice*”, New York: Oxford University Press, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José, “*Tratado de Direito Administrativo*”. Rio de Janeiro: Forense, 1972, vol. 10.

\_\_\_\_\_ “*Prática do processo administrativo*”, 2ª edição. São Paulo: RT, 1998, pág. 20.

DALLARI, Dalmo de Abreu, “*Elementos da Teoria Geral do Estado*”. 21º ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_ “*O futuro do Estado*”, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

DENNINGER, Erhard, y GRIMM, Dieter, “*Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*”, traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

DEODATO, Alberto. “*Manual de Ciência das Finanças*”, oitava edição. São Paulo: Saraiva, 1963.

DÍAS, Andrés Fernández, “*Puede hablarse de una economía del control?*”. Revista Española de Controle Externo, vol. I, nº 1, enero 1999.

DÍAZ, Elías, “*Estado de Derecho y sociedad democrática*”. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1973.

\_\_\_\_\_ “*Legalidad e Legitimidad en el socialismo democrático*”. Madrid: Civitas, 1978.

\_\_\_\_\_ *“De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo XX”*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *“Direito Administrativo Pós-moderno”*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DÍAZ ZURRO, A., *“El control externo visto desde el control interno”*, RECE, nº 12, 2000.

DÍEZ PICAZO, L.M., *“El poder de acusar: Ministerio Fiscal y constitucionalismo”*, Barcelona: Ariel, 2000.

\_\_\_\_\_ *“La criminalidad de los gobernantes”*. Barcelona, Crítica, 2000.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *“Experiencias jurídicas y teoría del derecho”*, 3ª edición corregida y puesta al día. Barcelona:1999.

DICIONÁRIO DE POLÍTICA, Norberto Bobbio, Nicola Mattucci e Gianfranco Pasquino; tradução de Carmen C. Varriale et al.; Coord. Trad. João Ferreira; Rev. Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 12ª edição, 1999.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos, *“Constituição e Hermenêutica Constitucional”*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DIPPEL, Horst, *“Constitucionalismo moderno”*, Traducción de Clara Álvarez Alonso y María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009.

DOORGAL DE ANDRADA, Antonio Carlos, *“Computocracia: o déficit democrático da globalização”*, Belo Horizonte: Armazém de idéias, 2007.

DROMI, Roberto, *“Modernización del Control Público”*. Madrid: Hipania Libros, 2005.

\_\_\_\_\_ *“Prerrogativas y Garantías Administrativas”*, 2ª parte. Católica de Tucuman, 1979.

ERBITI ZABALDA, F., *“Los estudios de opinión sobre las instituciones de control: La experiencia de la Cámara de Navarra”*, APU, ° 37, 2001.



EUBEN, Peter, “*Corruption*”, in T. Ball, I. Farr y R Hanson (comps.), *Political Innovation and Conceptual Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

EURORAI. LAS INSTITUCIONES REGIONALES DE CONTROL EXTERNO DEL SECTOR PÚBLICO EN EUROPA: un estudio comparativo. 2ª edición revisada y ampliada. Valencia: Imprenta Torres, 2007.

FAIREN GUILLÉN, V., “*El Defensor del Pueblo: Ombudsman*”, tomo I, Parte General. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

FALLA, Fernando Garrido, con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda e Herminio Losada Gonzalez, “*Tratado de Derecho Administrativo, vol. I, Parte General, 14ª edición*”. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

\_\_\_\_\_ “*Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo español*”. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1982.

FAGUNDES, Seabra, “*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*”, 1ª edição, 1941.

FARRERES, Germán Fernández, “*los Códigos de buen gobierno de las administraciones públicas*”, Revista Fórum Administrativo – Direito Público – FA. Año 1, nº 1, mar. 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

\_\_\_\_\_ “*Administraciones instrumentales*”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005

\_\_\_\_\_ “*Corporaciones de Derecho Público*”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.

\_\_\_\_\_ “*¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonómico?*”, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

FÉDER, João, comentário realizado in “*Corrupção e Fraudes na Administração Pública*”, Palestra realizada em 4.06.1996, no encerramento da I Jornada Brasileira de Auditoria Governamental, no 49º aniversário do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, com publicação in “*Erário: o dinheiro de ninguém*”, Curitiba: Tribunal de Contas do Paraná, 1997.

FERNÁNDEZ, Carlos Castresana, “*Corrupción, globalización y delincuencia organizada*”, em “*La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez García y Eduardo Fabián Caparrós*”. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

FERNÁNDEZ TORRES, J. R., “*Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*”, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ-VICTORIO I CAMPS, S., “*El controle de la actividad financiera de la Administración Pública*”. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977.

FERLIE, Ewan; ASHBURNER, Lynn; FITZGERALD, Louise; e PETTIGREW, Andrew, “*A nova Administração Pública em ação*”. Título original: “*The new public management in action*”. Tradução de Sara Rejane de Freitas Oliveira; revisão técnica de Tomás de Aquino Guimarães. Brasília: Editora Universidade de Brasília: ENAP, 1999.

FERRAJOLI, Luizi, “*La soberanía en el mundo moderno*”. Traducción de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Luciano de Araújo, “*Controle da Administração Pública – Elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*”. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FERREIRA, Luis Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. ampl. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1974.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, “*A Revisão da Doutrina Democrática*”. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, nº 1, 1992.

FILGUEIRAS, Fernando, “*Corrupção, Democracia e Legitimidade*”. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

\_\_\_\_\_ “*Marcos Teóricos da Corrupção*”, in “*Corrupção: ensaios e críticas*”, Leonardo Avritzer ... (et al.), (org.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

FIORAVANTI, Maurizio, “*Constitución – de la antigüedad a nuestro días*”. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta S. A, 2001.

FLORES PRADA, I., “*El Ministerio Fiscal en España*”. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “*Código de buenas prácticas de transparencia fiscal*”, <http://www.imf.org> (ref. 16 de diciembre de 2008), 2007.

FONT i LLOVET, Tomás, “*Algunas Funciones de la idea de participación*”. Revista Española de Derecho Administrativo nº 45, enero/marzo 1985.

FORSTHOFF, Ernest, “*Stato di diritto in trasformazione*”. Milano: Giufrè, 1973.

FRANÇA, Phillip Gil, “*O Controle da Administração Pública e sua efetividade no Estado Contemporâneo*”. Interesse Público, ano 9, nº 43, maio/jun. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, “*O princípio Constitucional da moralidade administrativa*”, 1ª edição. Curitiba, 1993.

FREITAS, Juarez, “*O Controle Social do Orçamento Público*”, Interesse Público – ano 3, n. 11, julho/setembro de 2001 – Sapucaia do Sul: Notadez, 2001.

\_\_\_\_\_ “*Discrecionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*”. São Paulo: Malheiros Editores Lda., 2007.

\_\_\_\_\_ “*O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*”, 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004.

FUNDACIÓN ALTERNATIVAS. INFORME SOBRE LA DEMOCRACIA EN ESPAÑA/2007. LA ESTRATEGIA DE LA CRISPACIÓN.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, “*Código de Boas Práticas em Transparência fiscal*”.

F.VALLÉS, “*La garantía constitucional del ejercicio independiente del control externo del gasto público*”. Revista de Auditoría Pública. Núm. 28, janeiro 2003.

GABARDO, Emerson, “Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa”. São Paulo: Dialética, 2002.

GALBRAITH, John Kenneth, “*Capitalismo americano – o conceito do poder compensatório*”, tradução Clara A Colotto. Osasco, São Paulo: Novo Século Editora, 2008.

\_\_\_\_\_ “*Una Sociedad mejor*”. Barcelona:Crítica, 1996.

GARCÉS SANAGUSTIN, M., “*La estabilidad presupuestaria en el Derecho español*”, Ministerio de Hacienda: Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.

GARCÍA CRESPO, M., *El control de la gestión pública por el Tribunal de Cuentas*”, RECE, nº 3, 1999.

\_\_\_\_\_ “*El control del gasto público en Europa: La coordinación de la auditoría pública en la Unión Europea*”, Ministerio de Economía y Hacienda: Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005.

GARCIA, Emerson, “*Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*”. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_ “*Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*”. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDES, Tomás-Ramón, “*Curso de Derecho Administrativo*”, vol. I, decimocuarta edición, Navarra: Aranzadi, 2008.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, “*Revolución Francesa y Administración Contemporánea*” . 4ª edición. Madrid: Civitas, 1994, reimpresión, 2005.

\_\_\_\_\_ “*Sobre la forma del Derecho Administrativo Español Contemporáneo*”, Revista de Administración Pública nº 174, septiembre/diciembre de 2007.

\_\_\_\_\_ “*La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva*”, Revista de Administración Pública nº 179, mayo/agosto de 2009.

\_\_\_\_\_ “*Democracia, Jueces y Control de la Administración*”, 5ª edición, Madrid: Civitas, 2000.

\_\_\_\_\_ “*Revolución Francesa y Administración contemporánea*”, 4ª edición-reimpresión. Madrid: Thomson-Civitas, 1994.

\_\_\_\_\_ “*Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho Administrativo, en ‘RAP’, 40, págs. 189 e sigs.; La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”, 4ª edición, Civitas, Madrid, 2006.

GARCIA, José Eugenio Coriano, “*Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*”, Publicaciones del Real Colegio de España. Zaragoza: Cometa S.A., 1993.

GARCIA PELAYO, Manuel, “*Las transformaciones del Estado contemporáneo*”, 3ª ed. Madrid: Alianza, 1987.

GASPARINI, Diogenes, “*Direito Administrativo*”, 10ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

GETTEL, Raymond G., “*História da Idéias Políticas*”. Trad. Eduardo Salgeiro. Coleção Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Alba, 1941.

GIANINI, Massimo Severo, *“Derecho Administrativo”*, primera edición española. Madrid: Ministério para las Administraciones Públicas, 1991.

\_\_\_\_\_ *“Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo”*, primera edición en español. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1980.

GIANOTTI, José Arthur, *“Moralidade pública e moralidade privada”*, in *“Ética”*. São Paulo: Cia. Das Letras, 1992.

GILPIN, Robert, *“Economia Política das relações internacionais”*. Brasília: Editora Brasília, 2002.

GISBERT, Rafael Bustos. *“La Responsabilidad Política del Gobierno: Realidad o Ficción?”* Madrid: Editorial COLEX, 2001.

\_\_\_\_\_ *“La Constitución Red: Un Estudio sobre supraestatalidad y Constitución”*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005, pág.. 188/189.

\_\_\_\_\_ *“La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción de los gobernantes: una tarea pendiente”*, em *“La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez García y Eduardo Fabián Caparrós”*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

GÓMEZ, Carmen Rodríguez, *“La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar”*, em *“La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez García y Eduardo Fabián Caparrós”*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *“El Tribunal de Cuentas: El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español”*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia y Marcial Pons, 2001.

GONÇALVES, Cláudio Cairo, *“O Contrato Administrativo como Fenômeno Atual do Direito Econômico”*. Revista Gestão Pública e Controle, vol. 1, nº 3. Salvador: Tribunal de Contas da Bahia, 2007.

GONZÁLES, Juan Junquera, *“La Reforma y Modernización de la Administración Local Española”*, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.

GONZÁLES, Luis Manuel Alonso, *“Las deudas de la Administración y el principio de estabilidad presupuestaria”*, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 124, octubre/diciembre de 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *“Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas”*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006.

GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *“El Derecho Administrativo Europeo”*, tercera edición. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005.

\_\_\_\_\_ *“Tratado de Derecho Administrativo”*, 6 tomos, Thomson-Civitas, 2008.

GREENSPAN, Alan, *“A Era da Turbulência – aventuras em um mundo novo”*, Traducción de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti, *“O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988”*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

\_\_\_\_\_ *“A participação popular e a consensualidade na Administração Pública”*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, abr. – jun. 2002.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *“Regime Jurídico dos Tribunais de Contas”*. São Paulo: Rt, 1992.

GUIMARÃES, Edgar, *“Controle das Licitações Públicas”*. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_ *“Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho”*, Edgar Guimarães – coordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GUTTMANN, Robert, “*Uma introdução ao capitalismo dirigido pelas finanças*”, Traducción: Hélio Mello Filho. Artículo publicado en “**Novos Estudos 82**” – CEBRAP – novembro 2008.

HÄBERLE, Peter, “*Pluralismo Y Constitución – Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*”. Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2002, p. 257.

HABERMAS, Jürgen, “*Direito e democracia: entre facticidade e validade*”, vol. I, 2ª ed., traducción: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_ “*A Inclusão do outro – estudos de teoria política*”. Edição brasileira. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

\_\_\_\_\_ “*Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*”. Traducción de José Luis Etcheverry. Madrid: Ediciones Cátedra, 1999.

\_\_\_\_\_ “*El Occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*”, traducción de José Luis López de Lizaga. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

HEILBRONER, “*El capitalismo del siglo XXI*”. Barcelona: Península, 1996.

HERMANY, Ricardo, “*(RE) Discutindo o Espaço Local*”. Santa Cruz do Sul: EDUNISC: IPR, 2007.

HERRERO SUAZO, S., “*La ley General Presupuestaria y el control*”, HPE, Nº 44, 1977.

HOLANDA, Sérgio Buarque de, in “*Raízes do Brasil*”, 26ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

HUBER, Bárbara: “*Il sistema tedesco di lotta allá corruzione: una comparazione com quelli di altri paesi europei*”, RTDPE, 1999.



HUESO, Lorenzo Cotino, *“Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa”*, 2003, págs. 68/75, divulgado no site: [www.cotino.net/web/cotino\\_org/publicaciones/DEFINITIVO.PDF](http://www.cotino.net/web/cotino_org/publicaciones/DEFINITIVO.PDF)

HUTTER, Bridget, entrevista concedida a la Revista Época, nº 567, 30 de março de 2009, págs. 82/83, también disponible en ([epocaonline@edglobo.com.br](mailto:epocaonline@edglobo.com.br)).

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *“Por um Ministério público ‘dentro da legalidade’”*, tradução de Eduardo Maia Costa, em Ministério Público II, Democracia. São Paulo: Editora Atlas, 1999, pág. 41. APUD GARCIA, Emerson, op. cit..

IBÁÑEZ, Santiago González-Varas, *“El Derecho Administrativo Europeo”*, 3ª edición. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005.

INTOSAI. CÓDIGO DE ÉTICA E NORMAS DE AUDITORIA. Tradução: Inaldo da Paixão Santos Araujo e Tribunal de Contas da União. Slavador: Tribunal de Contas da Bahia, 2005.

JIMÉNEZ, Luis Arroyo, *“Libre Empresa y Títulos habilitantes”*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

JIMÉNES, Ternes, *“De la Democracia a la Participación: remodelación de instituciones”*. *“Administración y Constitución (Estudios en homenaje al Profesor Mesa Lopes)”*. Madrid: 1979.

JUSTEN FILHO, Marçal, *“Curso de Direito Administrativo”*, São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_ *“O Direito Administrativo de espetáculo”*, in *“Direito Administrativo e seus novos paradigmas”*, coordenadores Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte:Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_ *“Comentários à lei de licitações e Contratos Administrativos, de acordo com a Lei Federal nº 8.883 de 08.06.1994”*, 4ª edição. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1996.

KÄGI, Werner, *“La Constitución como Ordenamiento Jurídico Fundamental del Estado (investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno”*

*Derecho Constitucional*). Trad. Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven. Madrid: Ed. DYKINSON,, 2005.

KAUFMANN, Daniel, The World Bank Institute, in “*Novas Fronteiras impíricas no combate à corrupção e na melhoria da governança – Tópicos escolhidos*”. Conferência realizada no Fórum Econômico 2001 da Organização para a segurança e cooperação na Europa – OSCE, em Bruxelas, 30-31 de janeiro de 2001.

KAZANCIGIL, Ali, “*A regulação social e a governança democrática da mundialização*” in “*Democracia e Governança Mundial – Que regulações para o século XXI*”. Organizadores: Carlos Milani, Carlos Arturi Germán Splinís. Porto Alegre: Ed. Universidade?UFRGS/UNESCO, 2002.

KELLES, Márcio Ferreira, “*Controle da Administração Pública democrática:Tribunal de Contas no controle da LRF*”. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

KELSEN, Hans, “*Esencia y valor de la democracia*”, Traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legas Lacambra. Granada: Editorial Comares, S.L., 2002.

KISSLER, Leo, “*Ética e Participação – Problemas éticos associados à gestão participativa nas empresas*”. Prólogo de Roberto H. Srouf, revisão técnica, compilações e apresentação Francisco G. Heidemann. Florianópolis: Editora da UFSC, 2004, págs. 19 e 20.

KLITGAARD, R., “*Controlando la corrupción: Una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo*”. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1994.

LAPORTA, F. J. “*La corrupción política: introducción general*”. VV.AA. “*La corrupción política*”. Madrid, 1997.

LARENZ, Karl, “*Metodologia de la Ciência Del Derecho*”, edição espanhola. Barcelona: Ariel, 2001.

LASTRES, Helena Maria Martins, e ALBAGLI, Sarita, organizadoras, “*Chaves para o Terceiro Milênio na Era do Conhecimento*”, in “*Informação e Globalização na era do conhecimento*”. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda., 1999.

LECHNER, Norbert, “*Los patios interiores de la democracia: subjetividad y política*”. 2ª edição. México: Fondo de Cultura Económica Carretera Pícaro-Ajusco 227, 2002, p.112/113.

LIMBERGER, Têmis, “TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E NOVAS TECNOLOGIAS: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático”. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul – Brasil, vol. 30, n. 64. Porto Alegre: PGE, jul./dez. 2006.

LOBO, Jorge, coordenador. “*Reforma da lei das sociedades anônimas – Inovações de Questões Controvertidas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001*”. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LONGO, Francisco, “*Introducción. Los directivos públicos ante los retos de la gobernanza contemporánea*”. In Los Escenarios de la gestión pública del siglo XXI, Francisco Longo y Tamyko Ysa (eds.). Barcelona: Escola d’Administració Pública de Catalunya, 2008.

LOPES, Alfredo Cecilio. “*Ensaio sobre o Tribunal de Contas*”. São Paulo, 1947.

LÓPES, Fernando Rodríguez, “*Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho*”. em “*La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez García y Eduardo Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro, “*Ética e Administração Pública*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

LOZANO, Juan; DINARDI, Valeria Merino, compiladores, “*La hora de la transparencia en América Latina – El manual de anticorrupción en la función pública*”. Buenos Aires – Argentina: Ediciones Juan Granica SA/CIEDLA, 1998.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *“La lucha por el Estado de Derecho”*, Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.

LUCCI, Elian Alabi, *“A Era Pós-industrial, a Sociedade do Conhecimento e a Educação para o Pensar”*, divulgado no site <http://www.hottopos.com/vidlib7/e2.htm>

MACHADO, Santiago Muñoz, *“Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I – La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho”*, segunda edición. Madrid: Iustel, 2006.

MACHADO, Santiago Muñoz y PARDO, José Esteves – Directores, *“Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos y instituciones de la regulación”*, 1ª edición. 2009.

M. J. BULL y J. L. NEWELL, *“Introduction”*, no livro coletivo por eles editado, *“Corruption in Contemporary Politics”*, Palgrave MacMillan, Londres, 2003.

MALEN SEÑA, J. , *“El fenómeno de la corrupción”*, VV.AA. *La Corrupción Política*. Madrid, 1997.

---

*“La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*. Barcelona: Editorial GEDISA, S.A., 2002.

MALUF, Sahid. *“Direito Constitucional”*, 16ª edição, São Paulo Saraiva, 1984.

MANIN, Bernard, *“Los principios Del gobierno representativo”*, versión de Fernando Vallespín. Madrid: Editorial Alianza, 1998.

MARAVALL, José Antonio, *“Estado Moderno y mentalidad social”*, Vol. II, Madrid: Alianza, 1986.

MARAVALL, José Maria, *“El Control de los Políticos”*. Madrid – Espanha: SantillanaEdiciones Generales, S.L., 2003.

MARCOU, Gerard; FRESSOZ, Pierre-François; BATTINI, Stefano; CIMINO, Benedetto; ASENSIO, Rafael Jiménez, “*La función Pública Directiva en Francia, Italia y España*”, Miguel Sánchez Morón (Coordinador), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2007.

MARQUES, Maria da Conceição da Costa, “*Alguns aspectos da Gestão Pública na Administração central em Portugal*”. Trabalho apresentado no “*I Encontro Iberoamericano de Contabilidade de Gestão - Valencia – Noviembre 2000*”. Divulgado no site: <http://www.observatorio-iberoamericano.org>

MARTÍN, Araceli Mangas, organizadora, “*Tratado de la Unión Europea, Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas: y otros actos básicos de Derecho Comunitario*”, undécima edición. Madrid: Tecnos, 2005.

MARTÍN MATEO, “*La larga marcha hacia la liberación de la economía española*”, en el libro *Homenaje al Profesor VILLAR PALASÍ*, Madrid: Civitas, 1989.

\_\_\_\_\_ “*Manual de derecho Administrativo*”, 24º edición. Pamplona: Aranzadi, 2005.

MARTÍNEZ PÉREZ, A., “*El Tribunal de Cuentas en España: análisis de sus memorias (1874-1954)*”. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2008.

MARTINEZ, Vinício C., “*Estado moderno ou Estado de Direito capitalista*”, in *Doutrina Jus Navigandi*, elaborado en 05.2006. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8536> , aceso en 18.03.2009.

MARTINS, Osmar Scarparo. Sistema de Controle Interno. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do RS*. v. 7, n 11. Porto Alegre. dez. 1989.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva, “*Transparência Administrativa – publicidade, motivação e participação popular*”. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MATEO, Fabio Pascua, “*Las nuevas Leyes de estabilidad presupuestaria: aspectos formales y materiales*”, *Revista de Administración Pública* nº 158, mayo/agosto de 2003.

MATTEUCCI, Nicola, “*Diccionario de Política*”, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; Trad. Carmen C. Varriale et al. ; coord.trad. João Ferreira; ver. geral João Ferreira e Luiz Guerreiro Pinto Cascais. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 12<sup>a</sup>, 199, vol. 2.

MATIAS PEREIRA, José, “*Finanças Públicas: a política orçamentária no Brasil*”. São Paulo: Atlas, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro, “*Ministério Público e cidadania*”. Revista Jurídica, ano 47 – Outubro de 1999 – nº 264. Sapucaia do Sul: Notadez, pág. 12/14.

M. WEBER, “*Economia y Sociedad*”, *Fondo de Cultura Económica*, 8 ed., Mexico, 1987.

MEDAUAR, Odete, “*O Direito Administrativo em Evolução*”. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_ “*Administração Pública: do ato ao processo*”, in *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*, Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEINECKE, Friedrich, “*La Idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959.

MEIRELLES, Hely Lopes, in “*Direito Administrativo Brasileiro*”, 30<sup>a</sup> edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

MELADO LIROLA, A.I., “*Los instrumentos de control parlamentario de la Ley de Presupuestos Generales Del Estado*”. Teoría y Realidad Constitucional, nº 19, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, “*Curso de Direito Administrativo*”, 18<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros editores ltda., 2005.

MERKL, Adolfo, “*Teoria general Del Derecho administrativo*”, tradução espanhola publicada no México. México: Nacional, 1975.

\_\_\_\_\_ *”Teoria general Del Derecho Administrativo”*, edición al cuidado de José Luis Moreno Pérez. Granada: Editorial Comares, S.L., 2004.

MÉSZÁROS, István, *“Para além do capital: rumo a uma teoria da transição”*. Bom tempo Editorial. Editora da UNICAMP. São Paulo: Campinas, 200

MILESKI, Helio Saul, *“O Controle da Gestão Pública”*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_ Palestra proferida na cidade de Ushuaia, Província de Terra do Fogo, República Argentina, em 27 de novembro de 2002, na Segunda Reunião Anual Internacional da ASUL e Quarta Reunião Anual do Secretariado Permanente dos Tribunais de Contas da República Argentina.

\_\_\_\_\_ *“Parcerias Público-Privadas: fundamentos, aplicação e alcance da lei, elementos definidores, princípios, regras específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, controle e perspectivas de aplicação da Lei nº 11.079 de 30.12.2004”*. Revista Interesse Público. – Ano 6, nº 29, janeiro/fevereiro/2005 – Porto Alegre: Notadez.

MORAES, Reginaldo Carmello Correa de Moraes, *“Estado, desenvolvimento e globalização”*. São Paulo: Editora da UNESP, 2006.

MORALES, Laura, *“Existe una crisis participativa? La evolución política y el asociacionismo en España”*. Revista de Derecho Administrativo, nº 88, octubre e diciembre/1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *“O Parlamento e a Sociedade como Destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas”*, memorável conferência proferida no Encontro Luzo-Brasileiro de Tribunais de Contas, realizado no Estoril, Portugal, realizado de 19 a 21 de março de 2003. Publicada in *“O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais”*. Editora Fórum, 2003.

\_\_\_\_\_ *“Mutações do Direito Público”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_ “*Apontamentos sobre a Reforma Administrativa. Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998*”. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_ “*Mutações nos Serviços Públicos*”, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, número 1 – fevereiro/março/abril de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil, pág. 11.

\_\_\_\_\_ “*Crisis y regulación de mercados financieros. La autoregulación regulada: ¿una respuesta posible?*”, Revista de Administración Pública nº 180, septiembre/diciembre de 2009.

\_\_\_\_\_ “*Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-moderno: legitimidade; finalidade; eficiência; resultados*”. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORENO, Fernando Sáinz, “*Ética Pública Positiva*”, in *Estudios para la reforma de la Administración pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública, 2005.

\_\_\_\_\_ “*El valor de la Administración Pública en la Sociedad Actual*”, in *Estudios para la reforma de la Administración Pública – reimpresión* – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.

MORENO, Pedro T. Nevado-Batalla, “*Notas sobre Derecho Administrativo I*”. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2003.

\_\_\_\_\_ “*Notas sobre Derecho Administrativo II*”. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2003.

MORÓN, Miguel Sánchez, “*Derecho Administrativo – Parte General*”. Madrid: Editorial Tecnos (grupo Anaya, S.A.), 2005.

\_\_\_\_\_ “*Derecho Administrativo – Parte General*”, cuarta edición, Madrid: Editorial Tecnos, 2008.



\_\_\_\_\_ “*La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, capítulo I.

\_\_\_\_\_ “*El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*”, Madrid: Instituto de España/Espasa-Calpe, 1991.

\_\_\_\_\_ “*Discricionalidad administrativa y control judicial*”. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

\_\_\_\_\_ “*La función pública directiva en Francia, Italia y España*, Miguel Sánchez Morón – coordinador, 1ª edición. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2007.

MOREIRA, João Batista Gomes, “*Direito Administrativo (Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática)*”. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.

NAVARRO, Francisco Gonzáles, “*Una renovación del sistema y de la dogmática del Derecho Administrativo: el ‘Tratado’ de Santiago Muñoz Machado*”, Revista Española de Derecho Administrativo nº 122, abril/junio de 2004.

MUÑIZ, José Luis Martínez Lopes, “*Introducción al Derecho Administrativo*”. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. “*El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*”. Navarra: Editorial Aranzadi AS, 2006.

\_\_\_\_\_ “*Sobre las últimas reformas administrativas en España*”, Rev. Trim. Dir. Pub., vol 1, pág. 214, 2000.

MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, “*Fines del Estado y Constitución en los comienzos del Siglo XXI – La conservación*”. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

MUSOLF, Lloyd D. “*O Estado e a economia*”, tradução de Luiz Aparecido Caruso. São Paulo: Atlas, 1968.

NAVARRO, Francisco González, “*El control de la actuación del Tribunal de Cuentas*”, en Instituto de Estudios Fiscales, *El Tribunal de Cuentas en*

España. Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1982, tomo I.

NAVAS VÁZQUEZ, R., “*Transparencia y responsabilidad en la gestión pública*”, *Apu*, nº 37, 2005.

NIETO, Alejandro, “*Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*”. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1986.

\_\_\_\_\_ “*La nueva organización del desgobierno*”. Barcelona: Ariel, 2003.

NIETO, Alejandro y TOMÁS-RAMÓN, Fernández, *El derecho y el revés: diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*”. Barcelona: Ariel, 2004.

NIETO MARTÍN, Adán: “*Ciudadanía europea y Derecho penal*”. Manuales de Formación Continuada, nº 5, CGPJ, Madrid, 1999.

NÓBREGA, Marcos, “*Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias*”, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

NORRIS, Floyd (2008). “*News Analysis: Another Crisis, Another Guarantee*”, The New York Times, November 24, 2008 (<http://www.nytimes.com/2008/11/25/business/25assess.html?hp>).

NÚÑEZ PÉREZ, M., “*La transparência en la gestión pública: La contribución de las instituciones de control*”, reseñado en “*Pamplona acogió el III Congreso de Auditoría en el Sector Público*”, *Apu*, nº 46, 2009.

OBAMA, Barack, “*A audácia da esperança: reflexões sobre a reconquista do sonho americano*”, Traducción Candombá. São Paulo: Larousse do Brasil, 2007.

OCAÑA, Luis Morell, “*La lealtad y otros componentes de la ética institucional de la admnistración*”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 114, abril/junio de 2002.

O'DONNELL, Guillermo, “*Accountability Horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza Política*”. Madrid: “*Revista Española de Ciencia Política*”, número 11, octubre 2004.

OFFE, Claus, *“Problemas Estructurais do Estado Capitalista”*. Trad. Bárbara Feitag. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1984.

OLIVEIRA, Regis Fernandes, *“Curso de Direito Financeiro”*, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OYHANARTE, Julio C., *“El Estado como actor en una Sociedad Dinámica”*, en Recopilación de sus Obras. Buenos Aires: La Ley, 2001.

ORTEGA, Rafael Calvo, *“Estado Socialy participación asociativa”*, primera edición, Navarra: Civitas, 2009.

ORTEGA, Ricardo Rivero, *“Introducción al Derecho Administrativo Económico”*, tercera edición (revisada, corregida y ampliada). Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2005.

\_\_\_\_\_ *“Corrupción y contratos públicos: las respuestas Europea e Latino americana”*, in *“La corrupción en un mundo golbalizado: análisis interdisciplinar, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez Garcia y Eduardo Fabián Caparrós*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, pág. 110.

\_\_\_\_\_ *“Administraciones Públicas y Derecho Privado*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, S.A., 1998.

\_\_\_\_\_ *“Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España?”*, Revista Española de Derecho Administrativo nº 120, octubre/diciembre de 2003.

\_\_\_\_\_ *“El Estado vigilante: Considerações jurídicas sobre la función inspectora de la Administración”*. Madrid: Tecnos, 1999.

\_\_\_\_\_ *“El derecho a la buena administración en Europa y el procedimiento administrativo de la Comunidad Autónoma de Castilla y León”*. Revista de Administración y Función Pública de Castilla y León, nº 1, abril, 2004d.

PARADA, Ramón, *“Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo”*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *“Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la Reforma Administrativa”*. Madrid: Civitas, 1983.

\_\_\_\_\_ *“Constitución y valores del ordenamiento”*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

\_\_\_\_\_ *“Crisis y renovación en el Derecho Público”*, Madrid: CEC (Cuadernos y Debates nº 30), 1991.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría *“Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho”*. Madrid: Tecnos, 1989.

\_\_\_\_\_ *“La Administración como Poder Regular”*, in *Estudios para la reforma de la Administración Pública* – Director: Fernando Sáinz Moreno. Reinpresión. Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública, 2005.

\_\_\_\_\_ *“Principios de Derecho Administrativo General – volumen I y II”*, segunda edición. Madrid: Iustel, 2009.

\_\_\_\_\_ *“Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el ciclo XIX (1812-1845)”*, Schille, 1973.

PATINO, María Victoria Muriel, *“Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción”*, em *“La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez García y Eduardo Fabián Caparrós*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

PECO, Angel Galgo, *“La Red Judicial Europea y los nuevos instrumentos de agilización y coordinación”*, em *“La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar, VV.AA., coordinado por Nicolás Rodríguez García y Eduardo Fabián Caparrós*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

PEIRÓ, Manel, *“Dirección pública y gestión del compromiso de los profesionales”*, in *Estudios para la reforma de la Administración pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres, “*Controle Judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica razoável*”, 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PÉREZ, Jesús González, “*la ética en la Administración Pública*”, segunda edición. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, pág. 33.

PEREZ, Marcos Augusto, “*Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na administração pública*”. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PESSOA, Mário Falcão, in “*O controle interno no Brasil e combate à corrupção administrativa*”, palestra realizada no Fórum Ibero-americano sobre o Combate à Corrupção, na Bolívia, disponibilizado no seguinte endereço eletrônico: <http://www.clad.org.ve/falcaop.html>

PETREI, Humberto, “*Presupuesto y control: pautas de reforma para a América Latina*”. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 1998.

PINO, Eloisa del, *Los ciudadanos y el Estado – Las actitudes de los españoles hacia las Administraciones y las políticas públicas*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

PIRENNE, Henri, “*História Econômica e Social da Idade Média*”, São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1963.

PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

PRATS CATALÁ, Joan, “*Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*”, in *Estudios para la reforma de la Administración Pública*. Reinpressão. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.

PRIETO, Luis Maria Cazorla, “*Crisis Económica y Transformación del Estado*”. Primera edición. Navarra: Aranzadi, 2009.

PRIETO SANCHÍS, L.: “*ley, principios, derechos*”. Madrid: Dykinson, 1998.

PUIG, Manuel Rebollo, *“Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial”*, in Los Escenarios de la gestión pública del siglo XXI, Francisco Longo y Tamyko Ysa (eds.). Barcelona: Escola d’Administració Pública de Catalunya, 2008.

\_\_\_\_\_ *“La presunción de validez”*, Revista Española de Derecho Administrativo nº 128, octubre/diciembre de 2005.

RAINS Luisa C. y Jorge Febres, in *“La Corrupcion en el ambito de la administracion tributaria”*, Washington, D.C., Janeiro de 1998.

RAMOS, Francisco Javier de Ahumada, *“Materiales para el estudio del Derecho Administrativo Económico”*. Madrid: Dykinson, 2001.

R. MUÑOZ ÁLVAREZ. *“Jornadas sobre la intervención y control de los gastos públicos en las Comunidades Autónomas”*. Valladolid, 3-6 de maio de 1994.

REZENDE, Fernando, *“Finanças Públicas”*, colaboradores Edilberto Carlos Pontes Lima e José Oswaldo Cândido Jr.. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

REZENDE, Flávio da Cunha, *“Razões da crise de implementação do Estado Gerencial: desempenho versus ajuste fiscal”*. Revista de Sociologia e Política nº 19 – Curitiba – Nov. 2002. Divulgado no site: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttex&pid=SO104-44782002000200008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=SO104-44782002000200008)

RIUS, Pilar Jiménez, *“El Control de los Fondos Públicos”*. Navarra: Ed. Thomson-CIVITAS, 2007.

REZZOAGLI, Bruno Ariel, *“Corrupción y contratos públicos: una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas”*. Grupo de Estudio contra la corrupción. Salamanca: Ratio Legis, 2005.

ROCA ROCA, Eduardo y FERNÁNDEZ-CASTANYIS, Maria Luisa Roca, organizadores, *“Normas administrativas básica”*. Madrid: Tecnos, 2005.

ROCAMORA, Antoni Bayona, *“Descentralización y Coordinación”*, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Fernando Sáinz

Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *“República e Federação no Brasil – Traços constitucionais da organização política brasileira”*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROCHA NETO, Ivan, *“Gestão estratégica de conhecimentos & competências: administrando incertezas e inovações”*. Brasília: ABIPTI, UCB/Universa, 2003.

RODRÍGUES GARCÍA, Nicolas y CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián, coordinadores, *“La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar”*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

RODRÍGUEZ GARCIA, N., y RIVERO ORTEGA, R., *“El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisdicción contencioso-administrativa: reflexiones a la luz de la STC 20/1999, de 22 de febrero”*. REDA, nº 120, 1999.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.M.: *“Acto político y control jurisdiccional”*, Actualidad Administrativa, nº 5, 1996.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas”*, adaptado a la Ley 5/2006, de 10 de abril. Navarra: Editorial Aranzadi, SA, 2006.

\_\_\_\_\_ *“La modernización del Estado según la OCDE”*, AA, nº 11, 2006.

\_\_\_\_\_ *“El derecho fundamental al buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas”*, REL, nº100, 2007b.

\_\_\_\_\_ *“Ética pública y buena administración de instituciones públicas”*, REL, nº 98, 2007d.

\_\_\_\_\_ *“Sobre la transparencia en la Administración Pública”*, REL, nº 103, 2007s.

RODRÍGUEZ-CAMPOS, Sonia, “*Las reglas del mercado libre y su proyección en la realidad jurídica y económica*”, Revista Española de Derecho Administrativo nº142, abril/junio de 2009.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*”. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1996.

ROJO, Margarita Beladiez, “*Los Principios jurídicos*”, Reimpresión. Madrid: Tecnos, 1997.

ROSA, Joaquim Coelho, “*Ética e Serviço Público: O momento Europeu*”. Ministério do Planeamento, Orçamento e Gestão: Comissão Europeia: Projeto EuroBrasil, 2000.

ROSANVALLON, Pierre, “*La crise de L’État-providence*”, 2ª Ed. Paris: Ed. Du Seuil, 1978.

ROSE-ACKERMAN, Susan, “*La Corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*”, traducción de Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A, 2001.

RUIZ, José Carlos Navarro y PASTOR, Roberto Viciano, “*Constitución Europea: El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa fue firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, por los Jefes de Estado e de Gobierno*”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

RUIZ-HUERTA, Jesús, y VILLORIA, Manuel, Directores, “*Gobernanza democrática y fiscalidad: una reflexión sobre las instituciones*”. Madrid: Tecnos, 2010.

SÁINZ MORENO, Fernando, “*Secreto y transparencia*”, in “*Estudios para la Reforma de la Administração Pública*”. Reimpresão. Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública, 2005.

\_\_\_\_\_  
Director. “*Estudios para la reforma de las Administraciones Públicas*”. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

SANTOLAYA MACHETTI, P.: “*El control de los secretos de Estado. La experiencia en Derecho Comparado*”, en Poder Judicial, nº 40, 1995.



SANTONJA, Aldo Olcese, *“Teoría y Práctica Del Buen Gobierno Corporativo”*, prólogo de Antonio M. Borges. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.. Madrid: 2005.

SARMENTO, Daniel, “Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”, in “Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público”. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

SARMIENTO, Daniel, *“El Soft Law Administrativo – Um estudo de los aspectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración”*. Navarra (España): Editorial Arazandi, AS, 2008.

SARTORI, Giovanni, *“La democracia em treinta lecciones”*, traducción de Alejandro Pradera. Madrid: Santillana Ediciones Generales, S.L., 2009.

\_\_\_\_\_ *“A Política: lógica e método nas ciências sociais”*, 2ª edição, tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo, *“Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais”*, in cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho”. Coord. Edgar Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo, *“Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais”*, in *“Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público”*. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

SCHIMTT, Carl, *“Teoría de la Constitución”*. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

SCHIMIDT-ANSUANN, Eberhard, *“La teoría General del Derecho Administrativo como sistema – objeto y fundamentos de la construcción sistemática”*. Traducción para el español: Mariano Bacigalupo; Xavier Barnés; Javier Garcia Luenco; Ricardo Garcia Macho; José Maria Rodríguez de Santiago; Blanca Rodríguez Ruíz; Germán Valencia; Francisco Velasco e

Alexandro Huergo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, S.A., 2003.

SCHIRATO, Vitor Rhein, “*As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado*”. In “*Direito Administrativo e seus novos paradigmas*”. Coordenadores: Alexandro Santos Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

SCHNEIDER, Hans-Peter, “*La Constitución. Función y estructura*”. In “*Democracia y Constitución*.” Traducción Angela Collado Ais e Manuela Bonanhela Mesa. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SEGADO, Francisco Fernandez, “*El sistema constitucional Español*”. Madrid: Dykinson, 1992.

SEN, Amartya, “*Capitalism Beyon the Crisis*”, [www.nybooks.com/articles/22490](http://www.nybooks.com/articles/22490) - Volume 56, Number 5 – March 26, 2009.

SEÑA, Jorge F. Malem, “*LA CORRUPCIÓN – Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*”. Barcelona: Editorial Gedisa, S/A, 2002.

SERRANO, José Luis Esteve, “*Uma Aproximación a la Política*”. Madrid: Editorial El Arcón, 2005.

SILVA, José Afonso da, in “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, 24ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2005, p. 43.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da, “*Curso de Direito constitucional*”. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SONTHEIMER, Kurt, “*Prediction as the Ain and Problem of Modern Social Science, Law and State*”, vol. I, 1970.

SOROS, George e WOODRUF, Judy, “*The Financial Crisis: Na Interview With Georges Soros*”. New York: The New York Review of Books, Volume 55, nº 8, maio de 2008 (<http://www.nybooks.com/articles/21352>).

SOUZA, Marco Aurélio; e GIACOBBO, Mauro, “*A gestão do conhecimento e o exercício do controle externo dos recursos públicos*” – monografia

colocada em 1º lugar no Prêmio Serzedello Corrêa 2005 – Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2006.

STIGLITZ, Joseph E., “*Os exuberantes anos 90 – uma nova interpretação da década mais prospera da história*”. Tradução: Sylvia Maria S. Cristóvão dos Santos, Dante Mendes Aldrighi, José Francisco de Lima Gonçalves e Roberto Mazzer Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

\_\_\_\_\_, “*Globalização: como dar certo*”, tradução: Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

STIGLITZ, Joseph E.; GREENWALD, Bruce, “*Rumo a um novo paradigma*”, Presentación de Luiz Conzaga Belluzzo. Traducción: Laura Knapp e Cecília Bartalotti. São Paulo: Francis, 2004.

SUBIRATS, Joan, “*Notas acerca del Estado, la Administración y las políticas públicas*”, Revista de Estudios Políticos, nº 59, 1973.

SROUR, Robert Henry, “*Poder, cultura e ética nas organizações*”. Rio de Janeiro: Campus, 1998, capítulos 1 e 2.

TÁCITO, Caio, “*Direito Administrativo*”. São Paulo: Saraiva, 1975.

TORNOS, “*La actividad de regulación*”, en “*El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*”. Libro Homenaje al Prof. Dr. Ramón Martín Mateo, Tomo I, Tirante Lo Blanc, Valencia, 2000.

\_\_\_\_\_, “*Discrecionalidad e intervención administrativa económica*”, en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I. Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Madrid: Civitas, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. “*A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*”. Revista de Direito Administrativo 194/31-45, Rio de Janeiro, out.-dez., 1993.

VALLÈS, Josep M., “*Ciencia Política – Una Introducción*”, 4ª edición. Barcelona: Editorial Ariel S.A, enero 2004.

VASCONCELOS, Walesca de B. de C., “*Pós-modernidade e democracia participativa na Administração Pública Brasileira*”. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 7, nº 76, p.27.

VERA SANTOS, J.M., “*El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas*”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

VILLANUEVA, Luis F. Aguilar, “*Gobernanza y Gestión Pública*”. México: FCE, 2006.

VILLORIA MENDIETA, M., “*La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la democracia*”. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública y Boletín Oficial del Estado, 1996.

\_\_\_\_\_ “*Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*”. Madrid: Tecnos, 2000.

\_\_\_\_\_ “*La corrupción política*”. Madrid: Editorial Síntesis, 2006.

VITORIA, Ximena Lazo, “*El Estatuto de los funcionarios locales con habilitación estatal y algunas reflexiones en torno al control interno económico-financiero en el ámbito local*”, Revista Española de Derecho Administrativo nº 141, enero/marzo de 2009.

VENÂNCIO FILHO, Alberto, in “*A intervenção do Estado no domínio econômico*”. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

WAGNER, Francisco Sosa, “*La construcción del Estado y del Derecho administrativo: ideario jurídico-político de Posada Herrera*”. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2001.

ZATARAÍN DEL VALLE, Reyes, “*Configuración de las grandes Administraciones Públicas*”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Fernando Sáinz Moreno (director) – Reimpresión – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino, “*Ministério Público e Ação Civil Pública*”.  
Revista de Informação Legislativa, ano 29, nº 114, abril a junho/1992.  
Brasília: Senado Federal, págs. 149/156.

ZARZALEJOS, J. A. “*Descripción del fenómeno de la corrupción*”, VV.AA.  
“*Corrupción y ética*”. Cuadernos de Teología Deusto, nº 9, 1996.