

VOLUME 2

CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

ORGANIZADORES

Jaime Rodríguez-Arana

Carlos Delpiazzo

João Antonio da Silva Filho

Rafael Valim

María Rodríguez

**Control Administrativo de la
Actividad de la Administración**

VOLUME 2

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)

C764 Control administrativo de la actividad de la administración: volume 2 / Organizadores Jaime Rodríguez-Arana... [et al.]. – São Paulo, SP: [s. n.], 2019.
581 p. : 16 x 23 cm

XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

ISBN 978-65-81121-01-3

1. Administração pública. 2. Direito financeiro. 3. Finanças públicas. I. Rodríguez-Arana, Jaime. II. Delpiazzo, Carlos. III. Silva Filho, João Antonio da. IV. Valim, Rafael. V. Rodríguez, María.

CDD 336

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Control Administrativo de la Actividad de la Administración

VOLUME 2

Organizadores

Jaime Rodríguez-Arana

Carlos Delpiazzo

João Antonio da Silva Filho

Rafael Valim

María Rodríguez

São Paulo
2019



Sumário

Parte IV

Tipos de Control Administrativo II

(De la Gestión Económico Financiera, De la Ética Pública,
De Otras Materias)

Bases Éticas del Control Judicial de la Administración Pública. Un Confronte (o Coincidencia) con el Derecho Brasileiro <i>Pedro José Jorge Coviello</i>	11
Control Administrativo de la Gestión de la Hacienda Pública <i>Carlos E. Delpiazzo</i>	32
La Estructura de Control de la Gestión Económico Financiera en República Dominicana <i>Rafael R. Dickson Morales</i>	57
Constitución, Eficacia y Gasto Público <i>Manuel Fermín Cabral</i>	81
El Control de la Gestion Recaudatoria de Tributos Locales: De Exigencia Potestativa Vinculada al Urbanismo <i>Almudena Fdez. Carballal</i>	115
O Controle da Ética Pública: Possibilidades e Desafios <i>Rogério Gesta Leal</i>	134
El Control por la Administración de los “Gastos Reservados” (o, ¿Cómo Controlar lo Incontrolable?) <i>Claudio Moraga Klenner</i>	150
Ética, Educación y Gestión Administrativa <i>Carlos R. Ríos Gautier</i>	171

Instrumentos de Ética y Conducta en el Sector Público y su
Vinculación con el Marco Jurídico Administrativo, como Mecanismos
Contemporáneos de Control en México 194
José Iván Sánchez Aldana Morales

Fundamentos Convencionales para el Control de la Arbitrariedad de
la Administración: Instrumento Idóneo en los Países Signatarios de la
Convención Americana de Derechos Humanos 219
Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Parte V

Organización del Control Administrativo

(Interno, Externo e Nuevas Manifestaciones, como Ombudsman etc.)

La Problemática Configuración Jurídica del Tribunal de Cuentas en
Chile 247
Gladys Camacho Cépeda

¿Es el Control de Convencionalidad Aplicable a la Actividad
Administrativa en Sede de la Propias Administraciones Públicas?
Nuevas Dimensiones del Control 270
Pablo Angel Gutiérrez Colantuono

Gestión Pública y Control Interno 289
Miriam Mabel Ivanega

El Ombudsman en Uruguay: la Necesaria Canalización del
Descontento 307
Miguel Pezzutti

El Control Administrativo y su Organización en el Uruguay 342
Felipe Rotondo

La Organización del Control Administrativo en México, como
Mecanismo de Combate a la Corrupción 366
Rodrigo Salazar Muño

La Inconstitucional Designación de los Titulares de los Órganos de Control de la Administración Pública Venezolana y Algunas de sus Consecuencias	383
<i>Miguel Ángel Torrealba Sánchez</i>	

Parte VI

Procedimientos de Control Administrativo

(Desarrollo, Efectos, Incidencia de las Nuevas Tecnologías)

Improcedencia de Subsananar la Motivación del Acto Administrativo en Vía de Recurso. Hacia el Control ex ante de la Decisión	419
<i>María Victoria de Dios Viéitez</i>	
Tribunal de Cuentas: Control Preventivo de Gasto y Pagos	443
<i>Augusto Durán Martínez</i>	
O Controle Social Digital da Administração Pública no Brasil: Alguns Apontamentos	466
<i>Luiz Egon Richter</i>	
Quarta Revolução Industrial: Blockchain e Smart Contracts como Instrumentos da Administração Pública Inteligente	491
<i>Emerson Gabardo e Renata Carvalho Kobus</i>	
Procedimientos de Control Administrativo	512
<i>Enrique Rojas Franco</i>	
Transparencia Activa, Ciudadanía Activa: Nuevas Tecnologías y Control social de la Administración	547
<i>Eneida Desiree Salgado</i>	
Regulación y Control en la Era Digital	555
<i>Cristina Vázquez</i>	

Parte IV
Tipos de Control Administrativo II
(De la Gestión Económico Financiera,
De la Ética Pública, De Otras Materias)

Bases Éticas del Control Judicial de la Administración Pública. Un Confronte (o coincidencia) con el Derecho Brasileiro

Pedro José Jorge Coviello*

“Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely. (...) There is no worse heresy than that the office sanctifies the holder of it, (...) The inflexible integrity of the moral code es, to me, the secret authority, the dignity the utility of history.”
Carta de John Emerich Edward Dalberg, Lord Acton, al Arzobispo Mandell Creighton, 5 de abril de 1887.

El pensamiento de Lord Acton es una muestra más de la historia de la lucha contra la arbitrariedad y el abuso del poder, y, sobre todo, de la necesidad de su control. El poder en sí no es algo malo, ya lo señalaba Guardini¹. Pero es peligroso. El mal ejercicio del poder envanece y enseguece a las personas, en especial cuando están enfermas de soberbia y ambición desmedida. No en vano un gobernante argentino dijo alguna vez que el hombre es bueno, pero si lo vigila es mejor. El control de los gobernantes, sea administrativo, judicial y hasta político está para bajar del pedestal a los infatuados del poder.

La lectura del texto parcialmente transcrito demuestra que hay un sustrato moral en todo esto: la ética pública, que no es en definitiva algo distinto de la ética en general, pero especificada a la relación de las personas o administrados y el Estado.

El control coadyuva a tener embridados a los arbitrarios y malos gobernantes y funcionarios que creen estar exentos de aquel. Pero lo más curioso es que muchas veces – la experiencia me ha permitido advertirlo – el mismo poder parece que tuviera la magia de fagocitar muchas veces a esas

* Abogado y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Juez retirado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Profesor titular ordinario de Derecho Administrativo y Director de la Carrera de Especialización de Derecho Administrativo Económico, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

1 GUARDINI, Romano: *El poder*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1977, p. 18

malas autoridades. En efecto, creen en la cima del poder que nadie puede con ellos, ni siquiera Dios – a quien hasta desafían –, o se creen Dios. Y ello porque “los poseedores del poder ceden ante la tentación de usarlo de manera opresiva o de reservárselo como un bien propio”².

El poder es benefactor³ – ello es para realizar el bien común o, si se quiere, el interés general –, esta es la razón de para qué lo ejerce moralmente el gobernante. Es decir debe ser racional y razonable. Lo que le valió a una gran santa escribir que “una resolución absolutamente arbitraria, sin fundamento de algún género, es impensable”⁴. Entonces, no es posible que se lo utilice para otra cosa que para hacer el bien.

Lo más interesante de todo lo que se refiere al control judicial del poder es que, contradictoriamente, el origen del Derecho Administrativo cifró en evitar que los jueces controlaran a los actos de los poderes públicos. En efecto, por la ley del 16/24 de agosto de 1790⁵, los revolucionarios vedaron a los jueces el control de los actos de los otros poderes, bajo pena de delito. Esa ley sigue vigente en las recopilaciones francesas de leyes administrativas, como por ejemplo el *Code Dalloz*, y puede considerarse el inicio del “contencioso administrativo”. Como se ve, el Derecho Administrativo en su origen tuvo por objeto evitar el control judicial.

Como señaló Moreira Neto, “es misión del Derecho Administrativo siempre avanzar en la proscripción del arbitrio del poder, por el perfeccionamiento constante de los instrumentos que conduzcan a la efectiva sujeción del comportamiento de la Administración Pública a valores jurídicos, claramente definidos. Agregó dicho autor que no es tarea fácil esa lucha ancestral contra los excesos del poder, porque jamás agradó a sus detentadores ser controlados, y mucho menos cuando lo ejercen abusivamente, citando al efecto la frase de Lord Acton⁶.

Por suerte, mucha agua corrió bajo el puente de la inmunidad del control, y ya los jueces no están tan limitados como en aquellos tiempos

2 CALVEZ, Jean-Yves: *Una ética para nuestra sociedad en transformación*, Ciudad Nueva, Buenos Aires, 1993, p. 137.

3 SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Principios de teoría política*, Editora Nacional, 6ª ed., Madrid, 1979, p. 86

4 *De l'État*, trad. fr., Cerf, Friburgo, 1989, p. 66. Esta santa fue discípula preferida de Edmund Husserl y entre su obra filosófica, anterior a su ingreso como monja carmelita descalza —tomando el nombre religioso de Teresa Benedicta de la Cruz— dedicó dicha monografía a estudiar el fenómeno estatal y su relación con el Derecho.

5 Article 13. Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo: *Poder, Direito e Estado*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2011, pp. 99-100.

ocurría, pero no hay que creer que zonas oscuras o grises han desaparecido en el tema.

En la presente exposición actualizo ideas que expresé en otras oportunidades, pero que en aquí, aprovechando este encuentro en nuestra hermana República del Brasil, las adecuareé en algunos aspectos a su Constitución y a su magnífica doctrina.

1 Ética Pública, Estado de Derecho y Derecho Administrativo

La ética es una ciencia práctica que tiende a procurar “el bien puro y simple del hombre”, y no apunta a la perfección de la obra, sino a la “bondad o perfección misma del hombre”⁷; también se la ha llamado “la ciencia de las leyes ideales de la actividad libre del hombre”, que trata del empleo que debe hacer el hombre para conseguir su último fin⁸.

Mas la ética no se limita exclusivamente al ser humano en sí. Abarca también la propia esencia de la actuación estatal en punto a coadyuvar para que la persona pueda lograr sus *finés existenciales*. Esta denominación comprende el fin trascendente y el fin inmanente o secundario del ser humano⁹, y son los que dan su razón a toda ciencia e institución humanas. Al mismo tiempo, fijan el marco de actuación de los poderes públicos, sea en sentido positivo como negativo. Apartarse de ellos significaría quitar toda base ética al ejercicio del poder y a la ciencia que estudia su ejercicio.

Por ello Maritain pudo sostener que “La política es una rama de la ética”¹⁰. De modo que la ética es la que en el orden de las cosas se encuentra presente en la propia naturaleza de la actividad estatal. Si se la deja de lado, la acción política (*lato sensu*) semejaría a una campana sin badajo.

Así, cuando pregonamos la defensa de los valores del Estado de Derecho como resumen modélico y norte al que deben dirigir su rumbo el Estado, de lo que se está hablando es de:

7 MARITAIN Jacques: *Introducción general a la filosofía*, trad. esp. de la 8ª ed. fr., Club de Lectores, Buenos Aires, 1949, pp. 229 y sigs.

8 JOLIVET, Régis: *Tratado de Filosofía. IV Moral*, Lohlé, Buenos Aires, 1962 (trad. de la 5ª ed. francesa), p. 14

9 Se recoge aquí la denominación que da Johannes Messner, en su *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, trad. esp., Rialp, Madrid, 1967, p. 39 y ss.

10 MARITAIN, Jacques: *El hombre y el Estado*, trad. esp., Kraft, Buenos Aires, 1952, p. 77. RIVAROLA, Rodolfo: *La Constitución Argentina y sus principios de ética política*, Editorial Rosario, Rosario, 1944, p. 8 y sigs.

“aquel que sirve a los valores éticos del Derecho mediante técnicas que están íntimamente vinculadas a los valores de justicia y seguridad que el Derecho debe realizar como instrumento de la vida humana en el orden social, o como definidor del orden de la convivencia humana en una comunidad política. Supone, pues, la respuesta al problema del equilibrio de los impulsos del poder y la libertad dentro del orden”¹¹.

Obsérvese que si bien la actividad estatal está enmarcada por el Derecho, puesto que no otra cosa es el Estado de Derecho, de lo que se está hablando es de un *orden ético*, que se exige a quienes actúan y expresan la voluntad estatal. Como señaló Valim, resulta claro que la categoría histórico-jurídica del Estado de Derecho constituye, en verdad, la concretización de un proyecto ideológico que tiene en mira asegurar la libertad e, sobre todo, la seguridad a los individuos, mediante la demarcación de los límites entre el poder y la prepotencia, la discrecionalidad y la arbitrariedad¹².

Por lo tanto *el comportamiento ético estatal será el de las personas que forman parte de la organización de sus poderes y entidades*. Para Bacellar Filho, en un pensamiento que comparto, que la ética es una simiente que, incorporando valores ínsitos, plantada en el hombre desde su infancia, al germinar, produce un individuo ético en la edad madura. Este individuo, continúa, al ejercer una función pública trasladará a su oficio o cargo las reglas aprendidas de comportamiento ético¹³.

Pero debe destacarse que la ética o moralidad del comportamiento de los gobernantes y funcionarios ha sido bien enfatizado por la Constitución del Brasil, cuando en sus arts. 5º, inc. XXXLXXIII, y 37 hace expresa referencia a ellos: el primero al exigir un comportamiento moral¹⁴, y el segundo al legitimar a los ciudadanos a exigir entre otras cosas a la Administración una conducta moral¹⁵.

11 Sánchez Agesta, Luis: *Principios de teoría política*, 6º ed., Editora Nacional, Madrid, 1979, p. 151.

12 VALIM, Rafael: *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, Maleiros, San Pablo, 2010, p. 31.

a13 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe: *Reflexões sobre Direito Administrativo*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 15

14 “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

15 “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Este dispositivo ha instituido el principio de moralidad como basilar del comportamiento estatal, y que en definitiva es el que insufla principios tales como la buena fe, decoro, lealtad o probidad, entre otros¹⁶. Pero, como advirtió Freitas, tal moralidad no se confunde con un revulsivo moralismo, entendido este último en sentido de intolerante, inmoral y carente de universalidad¹⁷.

Como se ha escrito,

“Estado de Derecho es aquel que realiza una determinada concepción de la justicia, a través de una determinada técnica, adecuada a las circunstancias históricas. Esa concepción de la justicia es la *personalista*. No necesita vincularse al orden de ideas del liberalismo, pero comparte con éste el respeto hacia los valores de la personalidad. Por eso el Estado de Derecho es incompatible con cualquier filosofía que no reconozca más valor sustancial al hombre que el que el que le confiere su inserción en una totalidad transpersonal”¹⁸.

El Estado de Derecho, en su concepción vigente (puesto que ha sido una construcción político-jurídica dinámica desde su origen) toma como referencia basilar a la persona, que no se la concibe aislada del resto de la sociedad, ni es sólo un mero individuo, sino que está *integrado* en la sociedad, y ésta le es tan natural como lo es el Estado, que existe para que logre su perfeccionamiento y alcance sus fines existenciales. Como escribió Del Vecchio, “El individuo debe encontrarse a sí mismo en el Estado”¹⁹. Así, hay una visión ética de la persona a través de la fórmula del Estado de Derecho, el cual no es sino la formulación jurídica de la democracia. Y esa visión es integral porque abarca el comportamiento integral del Estado en relación a la persona y la comunidad²⁰.

Hay en consecuencia una evidente vinculación entre la ética pública y el Estado de Derecho, puesto que ella es la manifestación del comportamiento que deben ostentar quienes actúen dentro del aparato estatal

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio: *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed. Maleiros, San Pablo, 1993, p.p. 59-60. MEDAUAR, Odete: *Direito Administrativo moderno*, 16ª ed., Editora Revista dos Tribunais, pp. 138 i sigs. FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luis: *Manual de Direito Administrativo*, Maleiros, San Pablo, 2013, p. 75.

17 FREITAS, Juarez, O control dos atos administrativos e os principios fundamentais, 4ª ed. Maleiros, San Pablo, 2009, p. 87.

18 Legaz y Lacambra, Luis: *Filosofía del Derecho*, 2ª ed. Bosch, Barcelona, 1961, p. 643.

19 Del Vecchio, Giorgio: *Persona, Estado y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, trad. de Manuel Fraga Iribarne, p. 448.

20 La lectura de la obra de Karl Larenz, *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica* (Civitas, Madrid, 1993), constituye una referencia necesaria e insoslayable sobre el tópico.

(comprensivo de los tres poderes máximos), sometidos al orden de la legalidad y legitimidad públicas. El Estado de Derecho:

“debe concebirse como la respuesta a un problema ético general: la necesidad de someter el poder público al Derecho”, lo cual implica, entre otras cosas, “la respuesta al problema del equilibrio de los impulsos del poder y la libertad dentro del orden”²¹.

Al mismo tiempo, una correcta visión del Estado de Derecho contiene la concepción que se tenga – como precedentemente se vio – de la persona humana, habida cuenta que no puede aquél configurarse de no reconocerse y garantizarse los derechos de las personas, que son anteriores al Estado mismo. Como se ha dicho por alguien sabio y santo, en una idea por todos compartida, “Una auténtica democracia es posible solamente en un Estado de derecho y sobre la base de una recta concepción de la persona humana”²².

En ese sentido, Del Vecchio escribió que:

“La divergencia de las doctrinas comenzará cuando se quiere definir en qué consiste precisamente la naturaleza humana, esto es, cuáles son los esenciales factores antropológicos y psicológicos de la sociedad y del Derecho; y luego, de la diversidad de doctrina acerca de este punto, se deducirán otras discrepancias acerca de la mejor forma de gobierno y los *límites naturales de su poder*”²³ (el énfasis me pertenece).

Este autor, señaló que en la evolución del pensamiento de los filósofos del Estado, se erigió al Estado de Derecho “teniendo por supuesto la conciencia del absoluto valor de la persona”²⁴.

La visión señalada es ciertamente ética, que se extrapola también a la visión que se tenga de la ética del gobernante, habida cuenta que la virtud del gobernante no está sólo en reconocer la dignidad de la persona de cada uno de sus súbditos, sino en servir virtuosamente a ellos.

Muchas veces se ha visto al Derecho Administrativo como una estructura jurídica destinada a justificar la “arbitrariedad” estatal. Ésta era entendida como resultado de entenderse que el Estado podía hacer lo que quería, según lo que las situaciones y sus circunstancias exigieran.

21 Sánchez Agesta, *Principios ...*, cit. pp. 150-151.

22 San Juan Pablo II, *Centesimus annus*, N° 46. Ver también Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime: *Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?*, Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 47 y sigs.

23 DEL VECCHIO, *Persona, Estado y Derecho*, cit, p. 26.

24 DEL VECCHIO, *Persona, Estado y Derecho*, cit, p. 35.

Se negaba de tal forma que los jueces pudieran juzgar las “razones de oportunidad, mérito o conveniencia” que determinaban el dictado de los distintos actos de los órganos estatales, salvo la muy restringida “legalidad formal” de ellos.

Esa visión era, a mi juicio, producto de que parte de la dogmática de nuestra disciplina la veía desde el complejo de la Administración Pública en sus relaciones con los administrados, pero con la visión defectuosa de los autores de limitarse muchas veces a un estudio “estructural”, más que una indagación profunda de la razón de las instituciones iusadministrativas, como si no hubiera un contenido ético en la savia que las alimentaba.

La persona del administrado era vista más desde el aspecto formal de su relación con el Estado y, en muchos casos, como alguien “*sometido*” a la decisión estatal, entendida como aquella que involucraba siempre al interés general sobre el interés particular de los “súbditos”. A veces se consideraba que lo ético era algo casi ajeno al estudio de dicha rama jurídica. Tal visión era común tanto en el derecho comparado como en el nacional. A veces se apreciaba el complejo de que lo ético o hasta religioso era algo ajeno al estudio de dicha rama jurídica.

A lo largo de los años, voces críticas se elevaron para postular una distinta formulación expositiva del Derecho Administrativo, *pero a partir de la persona*, no de la mera y fría descripción de la estructura relacional del Estado. Nuestros autores fueron un ejemplo de ello. Para no abundar en detalles y citas, basta mencionar a Rafael Bielsa, al bastante olvidado cordobés Félix Sarría, a Bartolomé Fiorini, a Miguel S. Mariehoff, a Juan Carlos Cassagne, o el siempre recordado Julio Rodolfo Comadira, entre otros clásicos autores de generaciones anteriores, que, cada uno con su impronta ética o religiosa, renegaron de tan estrecha visión, que se abstrayera de la persona y del componente moral de nuestra disciplina.

Esta idea, que he denominado *personalista*²⁵ estaba reflejada en el pensamiento del maestro Jean Rivero, quien hace casi sesenta años había escrito: “*Nuestra disciplina está toda entera al servicio del hombre*”²⁶. Tengamos en cuenta al leer este pensamiento de un gran

25 “El principio de solidaridad en el derecho administrativo. Una visión personalista”, El Derecho-Administrativo, del 2/6/2017.

26 RIVERO, Jean: “L’État moderne peut-il encoré un État de droit?”, publicado en Annales de droit de Liège, , 1957, p. 65. Cabe destacar que Jean Rivero fue un comprometido jurista católico.

maestro, la importancia moral desde donde se enfoca el estudio y práctica del Derecho Administrativo, y no sólo de esta disciplina²⁷.

Una frase que considero que resume el sentido del Derecho Administrativo en la actualidad es la de un distinguido autor español, pleno de humanidad y espíritu indagador, como Francisco González Navarro:

“creo que el derecho es para la libertad. Sobre todo el derecho administrativo que es el derecho del poder y que precisamente en esa finalidad encuentra su justificación”²⁸.

Y allí aparece un componente que muchas veces olvidado por los autores del Derecho Administrativo: *la libertad*. Parecía que ella estaba más situada en la provincia de los constitucionalistas que los administrativistas. Por suerte hoy en día ello no ocurre²⁹.

No se trata de priorizar la libertad sobre cualquier otro valor, al punto de llegar a su exacerbamiento. La libertad es un instrumento ético para que pueda la persona a cumplir sus fines existenciales, más allá de otros enfoques filosóficos o iusfilosóficos que se le asignen. Pero tiene los límites que le fija el Derecho.

2 Algunas de las Manifestaciones Éticas del Derecho Administrativo y su Vinculación con el Control Judicial

Para comprender la visión ética del Derecho Administrativo y, especialmente, el porqué del control judicial del ejercicio del poder debemos detenernos en puntos clave que son mojones que señalan el camino a recorrer en torno a su vínculo con la Moral. Lo dicho, aclaro, no quiere significar que la ética esté ceñida a tales manifestaciones, puesto que

27 “El valor del derecho no es solamente una teoría. Por debajo de todos sus temas está implicado el destino mismo del hombre. La concepción que defendemos, además de testigos, tiene mártires.” Sebastián Soler: *Los valores jurídicos*, Buenos Aires, 1948; separata de la Revista Jurídica de Córdoba, Año 1, Núm. 2. Como escribió Giorgio del VECCHIO: “El hombre es la *sustancia* de todo Derecho, y el individuo y sus connaturales exigencias son la originaria e intrínseca razón de los órdenes sociales. La cualidad de persona jurídica no llega al hombre por una concesión de los órganos del Estado, sino, por el contrario, el Estado tiene por supuesto suyo el Derecho del individuo. El Derecho positivo que se revela mediante formas y datos exteriores, se halla, por lo tanto, subordinado a otro Derecho cuyo fundamento está en la naturaleza humana y es directamente conocido por la razón.” *Persona, Estado y Derecho*, trad. esp. de Manuel FRAGA IRIBARNE, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 26 y 27.

28 GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Derecho Administrativo Español*, t. I, 1a. ed., EUNSA, Pamplona, 1987, p. 40.

29 Basta citar la muy reciente obra del profesor Juan Carlos CASSAGNE: *Los grandes principios del Derecho Público. Constitucional y Administrativo*. La Ley, Buenos Aires, 2015, esp. cap. VI “El principio de libertad”, pp. 231 y sigs.

todo el Derecho Administrativo – como todo el Derecho– está insuflado por la moral.

2.1 La persona

En otro momento³⁰, escribí que tanto el Derecho Administrativo como cualquier otra rama del Derecho, debe partir de la raíz primaria de quien es su destinatario último: *la persona humana*. (Es una visión *personalista* del Derecho Administrativo.) Es a partir de ella que debe erigirse cualquier disciplina jurídica –aunque tratase de aparentes cuestiones técnicas –. Hablé de esta visión personalista más arriba, por lo que no repetiré lo dicho.

Como escribió del Vecchio,

“El pensamiento moderno, abandonándose al mero examen de los datos externos, ha olvidado demasiado los supuestos subjetivos de los mismos, y también ha olvidado demasiado que la naturaleza es sustancialmente una representación del yo. La ciencia se encuentra así en contradicción con la conciencia. Sobre todo, los principios éticos, aún vivos en el alma humana, y que esencialmente están por encima de la experiencia, se hallan abandonados y burlados por el concepto exclusivamente empírico y superficial del mundo. En vano, durante algún tiempo, la mente humana ha intentado superarse a sí misma, hundiéndose de cabeza en lo que sólo era una proyección suya; al fin tuvo que caer en la cuenta de que, procediendo así, iba siempre detrás de su propia sombra, y que el principio de la explicación de todo no estaba fuera sino dentro de sí. *Allí, en el santuario de la conciencia, en la constitución intrínseca del sujeto, debe encontrarse la primera ley del ser y del conocer, y allí también debe estar la fuente del deber y del Derecho*”³¹ (énfasis añadido).

2.2 Servicialidad

“El verdadero poder es el servicio”, dice nuestro Papa Francisco en forma reiterada. Ciertamente, tal expresión la repetía desde que él era nuestro Arzobispo y Gran Canciller de la Universidad Católica ante los presidentes argentinos. Así, en el *Te Deum* del 25 de mayo de 2001, dijo ante el Presidente De La RÚA : “*El poder es servicio. El poder sólo tiene*

³⁰ “Una introducción ...”, cit

³¹ DEL VECCHIO, *Persona, Estado y Derecho*, cit, p. 40.

sentido si está al servicio del bien común". Tal concepto no tiene valor sólo moral, sino político-jurídico.

El Estado no es, en este marco de apreciación, sólo una organización en torno a la cual se estructura el Derecho Administrativo y se formulan las instituciones iusadministrativas. Tal visión sólo en parte es correcta. En sentido profundo, el Estado tiene un carácter *medial* y servicial respecto a la persona y su fin está intrínsecamente vinculado a ella.

El Estado no tiene un fin para sí, *sino que su fin es el de las personas*. De esta manera la persona no aparece, en esta visión, como un "*instrumento*" al servicio del Estado, o un *súbdito* (en el sentido de "sometido" al nudo poder estatal) o alguien que está en una mal entendida "*relación de especial sujeción*". Antes bien, en una correcta visión, el Estado se presenta ante la sociedad como una organización *a su servicio*, lo que permite que en vez de sostener el dualismo (de raíz liberal) y hasta la confusión (de los autoritarismos o populismos) sociedad-Estado, se pueda hablar de *comunidad* en el marco de una relación servicial. (No sé quién fue que dijo que "si el Estado no sirve, no sirve".)

Tal *servicialidad* es la que, al mismo tiempo, determina que el Estado, como uno de los gerentes del bien común, deba velar por su logro, dirima los conflictos que la confrontación entre los distintos intereses comunitarios puedan existir (característica típica de la función judicial, si bien existen notas similares, aunque no sustanciales, en las actividades de los otros dos Poderes), distribuya las cargas sociales conforme principios de justicia y adopte las decisiones políticas (de índole legislativa o administrativa) ordenadas al *bien común*.

2.3 Bien Común o Interés Público

La idea de bien común es de raíz cristiana, toda vez que fue santo Tomás de Aquino quien la acuñó³². Hoy en día la locución ha tenido un efecto expansivo que permitió que se la utilice aun bajo ideas ajenas al catolicismo o al cristianismo, a tal punto que términos aparentemente irreductibles por su raíz individualista como *utilidad general* o *interés general* se los ha considerado equiparables al bien común³³. Con ello

32 SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Los principios cristianos del orden político*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, p. 167.

33 Jean RIVERO, quien fue uno de los grandes administrativistas franceses, e inspirado en el pensamiento católico, sostuvo que la Administración Pública es en su actuación desinteresada porque está al servicio del interés general o bien común: *Droit administratif*, 8^a ed., edit. Dalloz, Paris,

dichos términos han tomado un giro diferente — más solidario, ético y sustancial — que permite su utilización en forma intercambiable con el de bien común.

La doctrina del bien común tiene una dimensión estrictamente *personal*, pero a través de una visión *situada* de la persona; es decir, fuera de la cosmovisión individualista, sino moralmente comprometida con la realidad social. Y si se habla de la persona, se hace referencia de su vida, su dignidad y su libertad. Como lo describió Messner,

“el orden del bien común es, ante todo y fundamentalmente, un orden de libertad, según el criterio de las esferas de responsabilidad del hombre individual y de las sociedades miembros, que se funda en los fines existenciales y en el orden de estos fines”³⁴.

El bien común no constituye un fin en sí mismo. Es un *concepto instrumental* orientado al logro de los fines existenciales del hombre. Conforman un *orden* para que la persona logre esos fines. Como se aprecia, el bien común afirma y favorece la libertad auténtica de la persona, por lo que se encuentra bien distante de las concepciones que subordinaron la persona al Estado o sólo la vieron como instrumento de él (propia, entre otros, de los colectivismos) y de las que negaron la raíz social de la persona, acentuando, en algunos casos, la libertad a extremos radicales.

Se ha entendido que, en concordancia con la visión iusnaturalista, el principio general que domina toda la actividad estatal, ejercida a través de la Administración Pública es el *bien común*, por lo que la existencia de ésta tiene sentido en función de una justa y equitativa distribución entre los ciudadanos de los derechos y las cargas sociales.³⁵

2.4 El Estado de Derecho y el Principio de Legalidad

Al lado del valor que representa la concepción del Estado de Derecho, del que he hablado más arriba, aparece el *principio de legalidad administrativa*, tan caro a nuestra disciplina y, puede decirse, liminar en el ingreso a su estudio. Ese principio de legalidad no es sólo el apego a la norma positiva estricta, sino a un conjunto de componentes de

1977, p. 10. Ver también la 18ª ed. (ediciones Dalloz, París, 2000) escrita con la colaboración de Jean Waline, p. 10.

34 MESSNER, Johannes: Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural, edit. Rialp, Madrid, 1967, p. 208.

35 BACELLAR FILHO, ob. cit. p. 21.

esa legalidad o juridicidad – como gustaba decir Julio Comadira–, que, partiendo de la norma suprema, la Constitución, pasa por las leyes, los tratados, los reglamentos, los actos administrativos, los principios generales del Derecho y la equidad³⁶.

2.5 Subsidiaridad

El principio de subsidiaridad importa el reconocimiento de los distintos roles que en corresponden a la comunidad política, los cuerpos o grupos intermedios y las personas. Significa admitir que existen actividades que deben ser llevadas a cabo libremente o bajo regulación por las personas o grupos intermedios y con el adecuado marco de autonomía, y por otro lado, la comunidad política, al lado del cumplimiento de sus fines específicos, debe intervenir en el medio social -a través de las distintas técnicas de intervención- para favorecer su desarrollo³⁷.

Si volcamos la idea al rol que el Estado debe cumplir se destaca que no importa una postura negativa o abstencionista, sino *atenta y vigilante* a lo que ocurre en la sociedad. Es, por lo tanto, una actitud positiva; importa un rol comprometido con el orden social. En ese contexto, el Estado promueve, ayuda, coordina, controla, vigila y cuando determinadas situaciones así lo exigen por razones de bien común o de justicia distributiva, “suple”, es decir reemplaza o sustituye.

No existen fórmulas determinadas para establecer cuándo debe intervenir el Estado. Sin embargo, aunque es una cuestión de hecho, puede decirse, con fundamento en dicha doctrina, que en la medida que los individuos y el grupo social puedan cumplir eficazmente sus fines y actividades, la intervención estatal en estos campos constituirá un hecho grave e ilegítimo. Sería prácticamente un despojo hacia la sociedad.³⁸

De otra parte, no existe ni puede existir un modelo fijo y definido que nos señale el grado de intervención del Estado en dicho medio. Sólo pueden darse pautas a partir de los principios señalados. La vuelta a

36 Cfr. mi trabajo “La denominada «zona de reserva de la Administración» y el principio de la legalidad administrativa”, cit.

37 En la versión española se tradujo la expresión “*subsidiarii officii principio*” por principio de función subsidiaria. El origen de la palabra subsidiario es militar, “*subsidiarii cohortes*”, cuya traducción es cohortes de reserva, que intervenían cuando las formaciones principales no podían cumplir acabadamente su misión. Con ello se señala que subsidiario no significa “ayuda”, sino servir como reserva cuando no se pueda cumplir con el cometido principal. MESSNER, ob. cit., p. 336.

38 Sobre el rol del Estado en la realidad de los siglos XIX y XX, ver: CASSAGNE, Juan Carlos: *La intervención administrativa*, 2ª ed., edit. Abeledo-Perrot, 1994. ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Economía y Estado*, edit. Marcial Pons, Madrid, 1993.

supuestos abstencionismos propugnados por el liberalismo en su sentido más recalcitrante no es tal. No se vive la realidad del siglo XIX, con las nefastas consecuencias a que dicha ideología llevó. La cuestión social no surgió por obra y gracia de la espontaneidad. Por ello, como bien lo dijo Comadira, “el Estado no puede abandonar el papel de gestor del bien común, y volver al interesado postulado del indiferentismo global”³⁹.

2.6 Los Privilegios o Prerrogativas de la Administración

Tradicionalmente en Argentina se caracterizó al Derecho Administrativo como un “régimen exorbitante” del derecho privado. Esta otrora bastante común en una parte muy importante de la doctrina argentina, hoy está, empero en una faceta crítica.

Uno de los autores que más expuso en su momento sobre ella fue el profesor Juan Carlos Cassagne⁴⁰, quien le dio un perfil muy particular, y jurídico. Esta locución tiene su origen, tal como se desarrolló en nuestro país, a partir de la utilización del término “cláusula exorbitante”, expuesta por el profesor Miguel Santiago Marienhoff, al tratar los contratos administrativos, término acuñado por el derecho administrativo francés⁴¹. Entre otros autores que han seguido utilizando la expresión se encuentran los profesores Rodolfo Carlos Barra Y Julio Rodolfo Comadira.

En nuestro país la sola mención de dicha locución –o de la denominada “zona de reserva de la administración”, formulada por el profesor Marienhoff y seguida por otros autores y aún por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴²– dio lugar a críticas en la doctrina, alguna de ellas desmedida, como si se pretendiera justificar el ejercicio de la arbitrariedad o de la prepotencia estatal. Las palabras asustaron más

39 COMADIRA, Julio Rodolfo: *Los sujetos reguladores en la posprivatización*, Régimen de la Administración Pública, N° 183-26.

40 CASSAGNE, Juan Carlos: “El régimen exorbitante y las garantías del administrado” *El Derecho*, t. 82, año 1979, p. 929 y sigs.

41 Según esa doctrina, había contrato administrativo cuando una de las partes era el Estado, tenía un fin público y contenía explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado. Este modelo fue seguido en nuestra doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El tema lo traté en su momento, entre otros trabajos en “El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, publicado en *El Derecho*, T° 111-845 (1984) “La teoría general del contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, publicado en el número aniversario *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993*, Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, 1994.

42 Desarrollada en mi trabajo *La denominada “Zona de reserva de la administración” y el principio de la legalidad administrativa* en REDA, nro. 21/23, Buenos Aires, Depalma, 1996, pág. 109 y sigs.

que su contenido. Nada de ello merece las letras de calamidad de los críticos. Dicha locución ha sido seguida en nuestro país tanto por la doctrina, como, aún, por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y esa crítica se desvanece en su entidad, a poco que se adviertan los límites que desde el principio se le dio a dicha fórmula dogmática.

En efecto, la idea que siempre ha campeado en sus postuladores es que la fórmula describe la existencia de *prerrogativas* del poder público y del otro lado un *sistema de garantías* para los administrados. Algo así como lo que se describió como la “tensión” que existe en la relación jurídico-administrativa entre *autoridad y libertad*. En un trabajo titulado “El régimen exorbitante y las garantías del administrado”⁴³, el profesor Cassagne describió las características de dicha institución modélica del Derecho Administrativo.

No obstante, en tiempos más recientes se observa un cambio en la utilización del término. En este sentido, el profesor Cassagne en las últimas ediciones de su obra basilar, *Derecho Administrativo* –que a partir de la 10ª edición se titula *Curso de Derecho Administrativo*⁴⁴– ha preferido sustituirla por *régimen administrativo*. Cito al efecto, en una de las ediciones de su obra⁴⁵, donde precisa, concluyendo el capítulo III, del título primero, que

“el régimen exorbitante se configura como el sistema propio y típico del Derecho Administrativo. Por ello resulta, quizás, preferible que reciba la denominación de ‘régimen administrativo’ con las connotaciones que se han indicado [prerrogativas y garantías].”

Es más, últimamente también ha variado la noción dada sobre el acto administrativo, al que caracterizaba por su *régimen exorbitante*, para asignarle la de ostentar un *régimen administrativo*⁴⁶.

Quizás, en opinión personal, en punto a evitar erróneas o distorsionadas interpretaciones, sea mejor el camino citar como “régimen administrativo” la fórmula para describir el “modelo” de la relación jurídica iusadministrativa y sus instituciones. Aunque sigo creyendo que el cambio –motivado, quizás, para no afectar inteligencias bienintencionadas–, en realidad no varía el *contenido esencial* de dicho modelo, centrado,

43 El Derecho, t. 82, año 1979, p. 929 y sigs.

44 La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 122. En la 10ª, p. 77.

45 La 8ª, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006)

46 *Derecho Administrativo*, cit., t. II, 8ª ed., p. 110. *Curso*, cit., t. I, p. 543.

fundamentalmente, en la persona humana, su dignidad y su amparo ante la arbitrariedad de cualquier poder público⁴⁷.

Mi experiencia indica que muchas veces, bajo la invocación de los *privilegios* de la Administración los tribunales argentinos, en especial la Corte Suprema, ha llevado a justificar ciertos excesos o arbitrariedades. El problema es que se considera muchas veces que la mención de palabras mágicas como “régimen exorbitante” o “zona de reserva de la Administración” o los “privilegios de la Administración”, se puede ocultar el control judicial. O, también, se los invoca para justificar doctrinariamente dichos excesos, aunque se los rotule con algún otro eufemismo.

Por ello, insisto, su mera mención nada significa para el juez; que sean conjuros de evitación del ejercicio de la función de control de los poderes públicos por el juez. Desgraciadamente, su mal uso llevó al *self restraint* de los jueces, hoy en día bastante superado.

3 El Control Judicial de los Poderes Públicos como Comienzo, Término y Causa Final del Derecho Administrativo

Firmemente creo que el tema crucial del Derecho Administrativo es el del control judicial de los actos de los poderes públicos. En efecto: se podrán escribir páginas muy eruditas sobre la organización administrativa, sobre los reglamentos o sobre el acto y los contratos administrativos, y otros institutos iusadministrativos, pero si todo ello no concluye en conformar las bases fundamentales para que ante las anomalías jurídicas el administrado encuentre su defensa asegurada por los tribunales, de nada servirá toda esa. Es más, son esas instituciones iusadministrativas las que le permiten al juez verificar, cual chequeo previo a la partida de un avión, verificar si se cumplieron los pasos procedimentales exigidos por el ordenamiento jurídico.

Julio Comadira había escrito, al referirse al control público, que “*la juridicidad y la ética son la savia que corre por las arterias del control, y, sin ellas, éste, en un Estado de derecho, no sólo se vacía de contenido, sino que, además, envenena la República; y que la eficacia y eficiencia sin aquéllas es puro empirismo utilitario, mal consejero a la hora de rescatar los valores perdidos por el país*” (el resaltado me pertenece)⁴⁸.

⁴⁷ Baste citar que, por ejemplo, en Francia el funcionario del Consejo de Estado conocido como “*commissaire du gouvernement*”, pasó a denominarse a partir de 2009 como “*rapporteur public*”, por el simple hecho de que la primera denominación “no caía bien”.

⁴⁸ COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge: *Derecho Administrativo argentino*, Porrúa y

Y en este debate *moral* del control estatal, vale preguntarse: ¿puede admitirse que la acción estatal no pueda ser controlada por los jueces, salvo determinados supuestos menores? Un viejo caudillo político argentino decía, como producto, sobre todo, de su experiencia militar que los hombres son buenos, pero si se los controla son mejores. (Téngase presente que en la vida militar el control es fundamental para verificar el cumplimiento de las órdenes y la eficacia de la actuación de la organización militar.)

Entonces, ¿para qué existe el control, en cualquiera de sus facetas? Pura y simplemente para que las cosas se hagan bien, para que la obra realizada sea buena. No se trata exclusivamente de *eficacia* o de *juridicidad*, sino de *mejor servicio*. Y esto es un *imperativo moral*, no meramente burocrático para complicar la acción del dispositivo estatal.

Y las acciones se llevan a cabo para prestar un mejor servicio al público, con eficiencia y economía de medios y personal, para evitar dispendios innecesarios.

Pero debemos distinguir, en lo que realmente importa para este trabajo, el control técnico orientado a la eficacia en el cumplimiento de las tareas del control jurídico, especialmente el judicial. Me refiero al judicial porque es en él donde, en definitiva, concluye el control. Insisto que si no hay control judicial no es concebible la existencia del Derecho Administrativo.

En este punto debo resaltar, cuanto menos en nuestro país, que el avance en materia de control judicial de la Administración Pública se ha incrementado en forma notable y positiva y también en la admisión de remedios que permitan el acceso a la Justicia de los ciudadanos.

Dentro del control judicial ha sido habitual distinguir en primer término, las denominadas *cuestiones de legalidad*, en las que bastaba simplemente confrontar la decisión estatal con lo dispuesto normativamente; aquí no se presentaban conflictos. En segundo término, estaban las *cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia*, donde campeaban principalmente las denominadas *cuestiones de discrecionalidad*.

Era habitual que hasta en los ordenamientos positivos se vedaran las últimas del control judicial. Valga como ejemplo, lo dispuesto en el viejo “Código de Procedimiento en lo Contencioso-Administrativo” de la Provincia de Buenos Aires, del año 1906 (comúnmente conocido con el nombre de su autor, como “Código Varela”), donde en el art. 29 se consideraban

Universidad Nacional Autónoma de México, México 2006, p. 225 (el texto corresponde al capítulo séptimo, punto VII, que fue íntegramente redactado por el profesor COMADIRA).

demandas improcedentes las que versaren “*Sobre cuestiones en que la autoridad administrativa haya procedido en ejercicio de sus facultades discrecionales.*” Debe quedar claro que ello no era sólo propio de nuestro país, sino tanto en el ámbito del Derecho Administrativo europeo como en el propio derecho norteamericano.

Hay que tener presente que para los defensores de la acción del Ejecutivo, se ha entendido que dicha interferencia judicial llevaba a hollar el umbral de la intimidad del poder y la doctrina de la división de poderes. Valgan ejemplos como los de la aplicación de sanciones administrativas, las decisiones en los concursos universitarios, el proceso de formación de las leyes, los acuerdos para el ascenso a oficiales, el veto a las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación, las mismas sanciones aplicadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (que se consideraba que no podían ser controladas por los jueces; hasta allí llegaba la arbitrariedad), y otros supuestos más que se observan en mi país, constituyen cuestiones hoy en día superadas y los jueces, salvo algunos casos de timoraterz, no han hecho la otrora común “*self restraint*” ante estos casos que –por experiencia lo digo– son críticos para los jueces⁴⁹.

Precisamente, y de acuerdo a las tendencias marcadas en los últimos años, el control a través de la motivación de los actos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales ha sido el instrumento más idóneo para ello⁵⁰.

En tal sentido, la motivación obedece a un principio superior: *la forma republicana de gobierno*, donde de lo que se trata es de que no exista arbitrariedad, secreto o capricho, sino que se den las razones por las que se actúa de determinada manera. La motivación es tan importante como el

49 Estos temas los traté, entre otros, en los siguientes trabajos: “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en AAVV “Control de la Administración Pública”, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003. “Las pautas jurisprudenciales para el control de las potestades discrecionales: el caso ‘Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos’ (Fallos: 315:1361)”, en *El Derecho. Derecho Administrativo*, 2006, pp. 299-301. “Alcance del control judicial de los entes reguladores”, en Juan Carlos Cassagne (Director): *Servicios público y poder de policía*, *El Derecho*, Buenos Aires, 2006, pp. 353-368. “La zona de reserva de la administración: su actualidad y control judicial en el marco de un estado de derecho”, en AAVV: *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, Ediciones Paredes, Caracas, 2009, t. I, pp. 194 y sigs. “El poder de sustitución del juez”, en *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, correspondiente a las jornadas organizadas por la Universidad Austral, los días 13-15 de mayo de 2009. Buenos Aires, 2010.

50 Sobre la motivación de los actos de los poderes públicos, entre otros trabajos los traté en: “La motivación de las decisiones de los órganos colegiados”, en XXXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativos “Persona, procedimiento, proceso y contratos administrativos”, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2013, pág. 41 y sigs., y “Un precedente poco recomendable como doctrina para la motivación de los actos de los órganos colegiados: el caso ‘Caiella’”, en Juan Carlos Cassagne [dir.]: *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2013, t. I, pág. 649 y sigs.)

acceso a documentos públicos. Aquélla, exige que cuando se dicta un acto se den las razones del *porqué* de ello; el acceso permite que el pueblo sepa qué es lo que el gobierno — *lato senso termino* — está haciendo.

Obsérvese que una de las materias que son el culmen son los *decretos de necesidad y urgencia*, contemplados en el art. 99 de la Constitución Nacional (o *decreto-ley*, art. 86 de la Constitución española, *decreto legge*, del art. 77 de la Constitución italiana), peligrosas armas jurídicas de la que gustan los gobiernos poco apegados al cuidado de las formas exigidas por la Constitución. Son típicos instrumentos decisionistas, íntimamente vinculados con la denominada “razón de Estado”. Esta doctrina — de larga (y nefasta) prosapia — pretende escindir la Política de la moral, que, en otros términos más precisos, es la escisión de aquélla con el Derecho⁵¹. Puede ser que espíritus bienintencionados — y a menudo se ve — busquen cubrir con fundamentos rodeados de elocuencia y elevación moral, hasta teológica y alambicadas fundamentaciones jurídicas, lo que no es otra cosa que una tergiversación de lo que es lo jurídicamente correcto y ético a la luz del ordenamiento estatal.

Como un autor escribió al respecto “Surge así, como contrapunto a la razón de Estado, otra figura no menos heredera de la Modernidad: la del Estado de Derecho”, el cual, implica entre otras cosas reconocer que “lejos de concebirse a los derechos como mero resultado de lo establecido por la ley, se entiende que la validez de cualquier ley estará subordinada a que respete aquellos derechos previos. Todo ello invita a asumir con mayor moderación cualquier alusión a presuntas ‘razones’ peculiares. A estas alturas, resultaría suicida descuidar el esfuerzo por hacer entrar en razón a un Estado que, falto de controles, degenera en bárbaro Leviatán”⁵².

A ello agrego el pensamiento del gran jurista belga Jean Dabin, quien escribió que el verdadero bien público — generador de la específica moral pública—,

“no podría jamás emanar de una actitud inmoral o injusta, ya sea de parte de los individuos particulares, o de parte de los gobernantes que actúan en nombre del Estado. El bien público sanamente comprendido

51 SAMPAY, Arturo Enrique: *Introducción a la teoría del Estado*, Politèia, Buenos Aires, 1951, pp. 225 y 466, n. 1. Legón, Faustino J.: *Tratado de Derecho Político general*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1961, pp. 381 y sigs. Friedrich, Carl J.: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, trad. esp., Fondo de Cultura Económica, México, 1946, pp. 385 y sigs.

52 OLLERO, Andrés: *Responsabilidades políticas y razón de Estado*, Fundación para el análisis y los estudios sociales, Madrid, 1996, p. 15. Es importante para estos temas la lectura del trabajo de AGAMDEN, Giorgio: *Estado de excepción*, 3ª ed. de la traducción esp., Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2007, *passim*, esp. cap. 1.

debe necesariamente conciliarse con el bien de la naturaleza humana, lo que excluye todo argumento de ‘razón de Estado’ o de bien público opuesto a la ley humana por excelencia, que es la ley moral”⁵³.

Es este uno de los puntos más delicados de la acción judicial, porque cuando el juez en nuestro país se enfrenta con el enjuiciamiento de una cuestión vinculada a la validez constitucional de un decreto de necesidad y urgencia se le enrostra que su dictado está sujeto a criterios de oportunidad, mérito o conveniencia, o que el Poder Ejecutivo es el que decide, según le parezca si dicta un tal decreto o presenta al Congreso un proyecto de ley. Y hasta siempre se insiste en el tan remanido argumento de la división de poderes (el argumento de los que muchas veces no tienen otra cosa que decir). Por suerte nuestra jurisprudencia hace más *de una década ha ejercido el control de dichos instrumentos constitucionales*⁵⁴.

Es interesante observar que la Constitución de la República Federativa del Brasil establece el principio de la “inevitabilidad” del control judicial en su art. 5º, inc. XXXV ⁵⁵, que se lo ha entendido con un criterio amplio de evitación de que los jueces puedan ver constreñido el ejercicio de su función de control⁵⁶.

4 La Ley de Ética Pública Argentina y la Necesidad de Fundamentación

Las tendencias modernas hacia la transparencia y la ética pública se oponen a ello. Como ejemplo en nuestro país está –aunque aún es ignorada por muchos– la ley 25.188, de ética pública, del año 1999, que en su art. 2º dispone:

“Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético:

(...) e) *Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia* en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan” (el énfasis me pertenece)⁵⁷.

53 Id., pp. 146-147.

54 Ello se aprecia en los siguientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Verrocchi”, Fallos: 322:1726. “Consumidores Argentinos”, Fallos: 333:633, o “Aceval Pollacchi”, Fallos: 334:799 (2011).

55 “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

56 MEDAUAR, Odette: *Controle da administração pública*, Editora Revista dos tribunais, San Pablo, 2012, pp. 202-203.

57 El tema de la ética pública lo traté en “Reflexiones sobre la ética pública”, en la revista *Ius et Veritas*, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 48, julio 2014.

En este sentido es muy interesante observar que es una ley de ética pública la que exige la obligación de fundar o motivar las decisiones, y justamente es tal imperativo moral el que habilita o justifica que los jueces puedan avanzar en el control de los actos de los poderes públicos.

Frente a alguna duda, o avieso argumento, pudiera haber respecto al alcance de la ley nacional de ética pública, lo cierto es que ésta es muy clara en sus alcances, puesto que entre los sujetos obligados incluye al Presidente de la Nación (art. 1º y conchs.). La ley es suficientemente clara al no hacer distinción de los “actos” que deben fundarse o motivarse, por lo que bien podría alguno decir que se trata de los actos administrativos y no de los que no ostenten ese talante.

Voy a poner un ejemplo: el proceso de selección de jueces y de fiscales, cuanto menos en el ámbito nacional. En nuestro país interviene el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial (art. 114 de la Constitución Nacional) que en concurso elige a los candidatos, de los cuales forma una terna entre los mejor ubicados en las calificaciones. De dicha terna el Presidente de la Nación elige a uno de los candidatos. Pero lo elige *sin dar fundamentación alguna*: simplemente, en un siguiente paso, *propone directamente* al Senado de la Nación a uno de los candidatos, que bien puede ser el último de la terna, por más diferencias de puntaje que existieren. Aunque si bien se lee nuestro texto constitucional, el art. 99, inc. 4 establece que en la propuesta del Presidente “se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos”: es decir, si se propone al último, el Presidente tiene que fundar *porqué* lo postula.

En nuestra doctrina, Comadira había estudiado particularmente la situación del Consejo de la Magistratura nacional —del que integró su primera formación, y fue uno de sus más destacados y reconocidos miembros—, y al tratar la motivación de sus actos, escribió algo que es predicable para todo órgano colegiado: “La motivación de todos los actos de todos los actos involucrados asume, por ende, un papel decisivo, porque en ella no sólo cumple el órgano estatal con la obligación republicana de dar debida cuenta de sus decisiones, sino que, además, encuentra el ciudadano la explicación razonada de la valoración que lo afecta. Por eso, la motivación no puede estar ausente ni en la terna, ni en el acto que remite el pliego, ni tampoco en la decisión que implica el acuerdo senatorial”⁵⁸.

58 COMADIRA, Julio Rodolfo: “El control judicial de las decisiones del Consejo de la Magistratura (con particular referencia a los procedimientos de selección de magistrados”, en *Derecho Administrativo. Acto administrativo, Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª. ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, pp. 541- 557, esp. Pp. 553-555.

Desgraciadamente, al momento de escribir estas líneas los tribunales no han sido en modo alguno proclives para ir más allá del proceso que se desarrolla previamente en el Consejo de la Magistratura, antes de elevar la terna al Poder Ejecutivo. Es de esperar que algún día haya algún avance en tan grave tema para las instituciones del Poder Judicial de la Nación.

5 Conclusión

Pocos temas llaman tanto en la actualidad a nuestros países como el grito de la ciudadanía que pide comportamientos morales a sus gobernantes. Se entiende que entre éstos están los jueces que son quienes deben controlar a los poderes, incluido el propio Poder Judicial. Ello lo vemos, cuanto menos a diario en mi país, cuando piden a los jueces, muchas veces desconsoladamente, ¡justicia!

Los jueces, cuando, en actividad, ejercemos nuestras funciones, y sobre todo los de la jurisdicción contencioso administrativa, tenemos una altísima misión, que muchas veces puede exigir coraje al tener que anular o evitar medidas tomadas por gobernantes que manifiestan ante las multitudes su espíritu democrático, pero que el virus autoritario circula por sus venas. Por ello digo constantemente que la función del juez es para el administrado muchas veces el último refugio donde encontrar protección o justicia.

En este campo del control judicial la relación entre el Derecho y la Moral es inescindible. En el Derecho Administrativo cobra particular relevancia en la medida que nos encontramos ante una relación jurídica entre el Estado y los particulares o administrados. Y muchas veces, o en la mayoría de los casos, las decisiones estatales recaen, de diversa forma, sobre el resto de la comunidad.

La ética o moral está ínsita en todas las manifestaciones de las relaciones jurídico administrativas – como en todo nuestro acontecer diario –. Y esto me lleva a sostener que la ética o moral está en la raíz del control judicial – como lo es también el mismo fundamento del Derecho –, puesto que la moral para el juez discurre por dos vías íntimamente vinculadas: la del fundamento jurídico de su función republicana, y, por la otra, en su persona, puesto que debe cumplir dicha misión con decisión, coraje, firmeza, y hasta muchas veces en forma heroica.

Control Administrativo de la Gestión de la Hacienda Pública

Carlos E. Delpiazzo*

1 Los Términos de la Cuestión

La teoría del control — especialmente cuando se trata de los bienes y dineros públicos- es una de las columnas vertebrales del Derecho Administrativo porque “No hay Estado de Derecho sin control ya que la plena vigencia del principio de juridicidad que le es inherente implica que deben existir los medios para que la actividad o inactividad administrativas se ajusten al mismo y, en caso contrario, operen los mecanismos adecuados para hacer valer las responsabilidades comprometidas”¹.

1.1 Noción de Control Administrativo

En orden a la caracterización del control en general, siguiendo la enseñanza de Massimo Severo Giannini, cabe considerarlo como la

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Ex Catedrático de Derecho Administrativo, de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. Autor de 76 libros y más de 500 trabajos publicados en el país y en el exterior. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Miembro del Comité Académico de la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina) y de la Comisión Académica del Programa de Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano liderado por la Universidad de La Coruña (España). Ex Director y miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Centroamericana de Derecho Administrativo, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

1 Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2017), volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 291.

“comprobación de regularidad de una función propia o ajena”². De tal aproximación conceptual surgen con nitidez los dos componentes básicos que la configuran, a saber:

1. una función (entendida ampliamente como comprensiva de toda tarea, trabajo o actividad); y
2. un conjunto de normas (también entendidas éstas en sentido amplio, o sea, cualquiera sea su naturaleza, jurídicas o no) según las cuales aquélla ha de desenvolverse.

Por eso, antes de ahora³, siguiendo a la doctrina clásica uruguaya⁴, he enfatizado que el control de una actividad supone un juicio lógico respecto a si dicha actividad se conforma o no a las reglas que la regulan.

En sentido coincidente, se ha definido al control como aquella “actividad de un órgano que, mediante la formulación de un juicio sobre su objeto -que puede ser la conducta personal, los actos o la gestión de otra persona, órgano o funcionario- culmina en un pronunciamiento cuyos efectos son variados y cuya finalidad es lograr la adecuación de la actividad controlada a las normas jurídicas o a criterios de oportunidad o conveniencia”⁵.

Dicho juicio constituye la exteriorización de esa comprobación de regularidad y como tal hace parte de uno de los tres elementos esenciales del control⁶, a saber:

1. los poderes o medios de información mediante los cuales el órgano de control toma conocimiento de la actividad que desarrolla el órgano o el funcionario controlado;
2. el procedimiento de control en sentido estricto, es decir, el modo o forma como el órgano de control emite un pronunciamiento (favorable o desfavorable) acerca de la actividad controlada; y

2 Massimo Severo GIANNINI – “Control, noción y problemas en el Derecho italiano”, en Anuario de Derecho Administrativo (Santiago de Chile, 1976 – 1976), tomo I, pág. 424 y sigtes.

3 Carlos E. DELPIAZZO - “Tribunal de Cuentas” (A.M.F., Montevideo, 1982), pág. 18; “El Banco Central del Uruguay” (A.M.F., Montevideo, 1998), segunda edición actualizada y ampliada, pág. 125 y sigtes.; y “Contralor de la banca pública y privada”, en Rev. de Derecho Comercial y de la Empresa (Montevideo, 1986), Año IX, N° 37-40, págs. 58 y 59.

4 Enrique SAYAGUES LASO - “Tratado de Derecho Administrativo” (Montevideo, 1959), tomo II, pág. 437, nota 3; Héctor BARBE PEREZ - “Consideraciones generales sobre la coordinación de la acción de la Administración Pública y sus instrumentos jurídicos”, en Estudios jurídicos sobre la Administración Pública que surge en el Uruguay (C.E.N., Montevideo, 1970), pág. 14; y Julio A. PRAT - “Derecho Administrativo” (Acalí, Montevideo, 1982), tomo 5, vol. 2, pág. 113 y sigtes.

5 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO – Exposición en A.A.V.V. – “Congreso Internacional de Derecho Administrativo” (Montevideo, 1984), pág. 209 y sigtes.

6 Enrique SAYAGUES LASO - “Tratado de Derecho Administrativo” cit., tomo II, pág. 441 y sigtes.

3. los efectos y la eventual ejecución del juicio de comprobación en cuanto el mismo esté dirigido a la eliminación de la irregularidad detectada.

Dentro de la amplia gama de especies de control -todos los cuales participan de la finalidad común de comprobar la regularidad de la actividad controlada- el *control administrativo en particular* puede definirse en atención a la naturaleza del órgano y la índole de sus actos⁷.

Consecuentemente, según la *naturaleza del órgano de control*, cabe distinguir entre:

1. control parlamentario, que es el ejercido por los órganos legislativos;
2. control administrativo, que es el confiado a los órganos administrativos; y
3. control jurisdiccional, que es el atribuido a los órganos jurisdiccionales en su más amplio sentido.

A su vez, de acuerdo a la índole del acto del control, corresponde diferenciar entre:

1. control legislativo, que es aquel que se manifiesta mediante el dictado de leyes;
2. control administrativo, que es aquel que se expresa a través de actos administrativos; y
3. control jurisdiccional, que es aquel que culmina con una sentencia.

Obviamente, a partir de la consideración de otros criterios, el control administrativo puede ser interno o externo, vertical u horizontal, previo, concomitante o posterior, de juridicidad o de mérito, y sobre las personas o la gestión, entre otras posibilidades⁸.

El control administrativo discurre a través de un procedimiento que, si bien es cierto que puede presentar diversidad de regulaciones según los casos, responde a una estructura que se desenvuelve ordinariamente a través de tres momentos o fases⁹, a saber:

1. un momento preparatorio o de toma de información;

7 Carlos E. DELPIAZZO – “Desafíos actuales del control” (F.C.U., Montevideo, 2001), pág. 11 y sigtes.

8 Carlos E. DELPIAZZO – “Los sistemas de control de la actividad administrativa en el Derecho comparado”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “El control de la actividad administrativa” (Temis, Bogotá, 2018), pág. 525 y sigtes.

9 José Aníbal CAGNONI - “Introducción a la teoría del control” (Editorial Universidad, Montevideo, 1996), pág. 28 y sigtes.

2. un momento lógico o nuclear en el cual se emite el juicio o manifestación de conocimiento acerca de si la actividad controlada se ajusta o no a las reglas que la regulan; y
3. un momento conminatorio de carácter eventual ya que sólo se dará cuando el juicio haya sido desfavorable o negativo y, por ende, deba ser seguido de una medida que corrija o elimine la irregularidad constatada por cuanto, en caso contrario, o sea, cuando el juicio haya resultado favorable o positivo, la actuación del órgano de control quedará terminada con el momento lógico.

En suma, de lo dicho se desprende que el control administrativo en su diversa variedad, puede agotarse con la emisión del juicio como acto autónomo -lo que ocurrirá siempre que el mismo sea favorable a la actividad examinada- o inscribirse en un procedimiento mayor que continuará con la adopción de medidas de muy distinto orden, en cuyo caso el juicio y las medidas posteriores aparecerán estrechamente vinculados.

2 Dimensiones de la Hacienda Pública

La expresión “Hacienda Pública” ha recibido distintas acepciones a lo largo del tiempo, asociadas principalmente a la evolución del Estado de Derecho¹⁰, y al presente es más frecuente que tal denominación en singular la referencia en plural a “Haciendas públicas” o denominaciones equivalentes.

Desde el punto de vista técnico, la doctrina especializada ha postulado un concepto sumamente amplio de Hacienda Pública, caracterizándola por las siguientes notas¹¹:

1. es perdurable;
2. es dependiente;
3. es necesaria;
4. debe producir cierto tipo de bienes;
5. es diferente de cualquier hacienda privada;
6. es predominantemente de erogación;
7. es divisa y compuesta;
8. sus fines son múltiples;
9. sus recursos son de distinto origen;

¹⁰ Maurice DUVERGER – “Hacienda Pública” (Bosch, Barcelona, 1968), pág. 7 y sigtes.

¹¹ Martha VIDAL - “La gestión financiera del Estado” (F.C.U., Montevideo, 2009), pág. 36 y sigtes.

10. es solemne;
11. se rige por el Derecho público;
12. se atiende según reglas de competencia; y
13. su sistema de información es diferente al de la hacienda privada.

Más acotadamente, se ha dicho que la Hacienda Pública refiere a “la coordinación económica activa de personas y de bienes económicos, establecida por los habitantes afincados en un territorio, con la finalidad de satisfacer las necesidades de orden colectivo o común que los individuos no podrían atender aisladamente”¹².

Desde el punto de vista jurídico, corresponde compartir la constatación de que el concepto de Hacienda Pública se usa habitualmente en una triple acepción¹³:

1. en su sentido natural, como conjunto de bienes, muebles e inmuebles, corporales e incorporeales que constituyen el patrimonio estatal en sentido amplio;
2. también se utiliza para referir a la denominada actividad financiera estatal, comprensiva de la obtención, administración y empleo de los recursos necesarios para satisfacer las necesidades públicas; y
3. todavía, en una tercera acepción, alude al Fisco, es decir, al Estado mismo en cuanto ejerce derechos y obligaciones referentes a la vida económica, atendiendo a sus gastos, administrando sus bienes, recibiendo sus ingresos, comprando y vendiendo, contrayendo deudas y realizando créditos.

Desde el punto de vista evolutivo, a partir de la consideración jurídica señalada y sin prescindir del enfoque técnico, parece claro que se asiste en nuestros días a una expansión de la significación de la noción de Hacienda Pública.

En efecto, no es igual la realidad de un Estado liberal de tamaño reducido con una sola Hacienda Pública, que era la del Estado (de ahí que se llegara a su personificación), que la situación emergente de las autonomías regionales y locales y de la irrupción de nuevos entes con el advenimiento del Estado intervencionista en lo económico y social, determinante de la aparición no sólo de Haciendas Provinciales o Departamentales y Locales, sino de otras Haciendas Autónomas, determinadas

12 Adolfo ATCHABAHIAN - “Régimen jurídico de la gestión y del control en la Hacienda Pública” (Depalma, Buenos Aires, 1996), pág. 24.

13 Héctor FRUGONE SCHIAVONE - “La actividad financiera del Estado” (F.C.U., Montevideo, 1982), pág. 18.

por la creación de Entes descentralizados y también de otras figuras organizativas¹⁴.

En suma, puede concluirse que la Hacienda Pública es hoy una expresión dotada de gran amplitud, que resulta abarcativa de lo público y de lo estatal sin identificación entre estas dos últimas nociones¹⁵.

2 Proyección del Control Hacendístico en la Organización Actual

Frente a las categorías señaladas, la observación de la realidad permite comprobar que la organización administrativa tradicional resulta hoy desbordada por otra organización que ha dado en llamarse “Administración paralela” o “parasistema administrativo”¹⁶, con proyecciones indudables sobre el alcance y contenido del control administrativo de la gestión de las Haciendas Públicas (o como se las denomine en los diversos ordenamientos).

2.1 La Administración Tradicional

Con carácter general, entiendo por Administración tradicional aquella que, de conformidad con los textos constitucionales, configura la estructura organizativa del Estado (en sentido amplio) como organización jurídica de la colectividad.

Desde la perspectiva del control administrativo de la Hacienda Pública, los distintos componentes de dicha Administración tradicional se encuentran sometidos a la fiscalización de órganos y organismos especializados, muchas veces previstos en las propias Cartas políticas de los países, como es el caso de los Tribunales de Cuentas¹⁷.

En el Derecho uruguayo, la organización administrativa que resulta de la Constitución es relativamente cerrada y sencilla, contemplando la existencia del Estado (persona jurídica pública estatal mayor) y de un conjunto de Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos

14 Héctor FRUGONE SCHIAVONE - “La actividad financiera del Estado” cit., pág. 23.

15 Carlos E. DELPIAZZO - “Alcance de la noción de Hacienda Pública”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Comentarios al TOCAF sobre la Hacienda Pública” (U.M., Montevideo, 2012), pág. 26 y sigtes.

16 Agustín A. GORDILLO – “La Administración paralela” (Civitas, Madrid, 1997), págs.. 29 y sigters. Y 35 y sigtes.

17 Carlos E. DELPIAZZO - “Tribunal de Cuentas” cit., pág. 25 y sigtes.

Departamentales (personas jurídicas públicas estatales menores), así como la viabilidad de sociedades de economía mixta¹⁸.

Tales entidades personificadas expresan su voluntad a través de órganos y sistemas orgánicos, cuyo análisis es objeto de la Teoría de la Organización¹⁹.

Comenzando por *el Estado*, la Carta establece que su voluntad se manifiesta, en el ámbito de sus respectivas competencias, por el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, y los órganos de creación constitucional Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas y Corte Electoral²⁰.

En cuanto a los *Entes Autónomos y Servicios Descentralizados*, expresivos de la llamada descentralización funcional o por servicios, es necesario realizar una precisión respecto a las denominaciones que les da la Constitución.

En efecto, como bien se ha destacado²¹, en las mismas aparecen dos conceptos teóricos -el de autonomía (que es la potestad de dictar su propio ordenamiento jurídico) y el de descentralización (que implica la ruptura del vínculo jerárquico)- y dos conceptos de Derecho positivo -Ente Autónomo y Servicio Descentralizado- pero esos conceptos no se corresponden sino que se cruzan ya que tanto los Entes Autónomos como los Servicios Descentralizados son autónomos y son descentralizados, aunque los primeros poseen mayor grado de autonomía y de descentralización que los segundos.

Respecto a los *Gobiernos Departamentales*, son entidades públicas estatales personificadas que expresan la descentralización de base territorial²².

18 Carlos E. DELPIAZZO - "Bases conceptuales de la organización administrativa uruguaya", en Rev. de Administración Pública Uruguaya (Montevideo, 1998), N° 22, pág. 61 y sigtes.

19 Carlos E. DELPIAZZO - "Bases de la organización administrativa", en "Retos de la Organización Administrativa Contemporánea. X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo" (San Salvador, 2011), pág. 819 y sigtes.; y "Derecho Administrativo General" (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, capítulos 12 a 14.

20 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo Especial" (A.M.F., Montevideo, 2009), segunda edición actualizada y ampliada, volumen 1, capítulos 2 a 4; y "Estructura del Estado Uruguayo", en Carlos DE CORES HELGUERA (Coordinador) - "El Derecho en Uruguay" (Reus, Madrid, 2017), pág. 67 y sigtes.

21 Horacio CASSINELLI MUÑOZ - "Derecho Público" (F.C.U., Montevideo, 1999), pág. 246.

22 Carlos E. DELPIAZZO - "Autoridades departamentales y locales" (A.M.F., Montevideo, 2010), capítulos 2 a 6; "Organización territorial uruguaya", en Carlos DE CORES HELGUERA (Coordinador) - "El Derecho en Uruguay" (Reus, Madrid, 2017), pág. 107 y sigtes.; y "Estado actual de la descentralización territorial en Uruguay", en Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Local (IJ Editores, 2018), N° 1.

El punto de partida para la caracterización de los mismos lo aporta el art. 262 de la Constitución, a cuyo tenor el gobierno y la administración de los Departamentos “serán ejercidos por una Junta Departamental y un Intendente” (inc. 1º), sin perjuicio de que “podrá haber una autoridad local en toda población que tenga las condiciones mínimas que fijará la ley” (inc. 2º) y de que “habrá un Congreso de Intendentes” (inc. final).

Invocando expresamente el citado art. 262 de la Carta, el art. 1º de la ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009 dispone que dicha autoridad local “se denominará Municipio, configurando un tercer nivel de gobierno y administración” (lo que implica entender que el primero es el nacional y el segundo es el departamental).

Con relación a las *sociedades de economía mixta*, el art. 188 de la Carta contempla dos especies, a saber²³:

1. las de Derecho público, incorporadas en la reforma constitucional de 1934 (art. 184) en los términos de los dos primeros párrafos del actual art. 188: “Para que la ley pueda admitir capitales privados en la constitución o ampliación del patrimonio de los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, así como para reglamentar la intervención que en tales casos pueda corresponder a los respectivos accionistas en los Directorios, se requerirán los tres quintos de votos del total de los componentes de cada Cámara” (inc. 1º), añadiendo que “El aporte de los capitales particulares y la representación de los mismos en los Consejos o Directorios nunca serán superiores a los del Estado” (inc. 2º); y
2. las de Derecho privado, agregadas en dos nuevos párrafos adicionados al art. 188 en la reforma constitucional plebiscitada en 1966 con el siguiente texto: “El Estado podrá, asimismo, participar en actividades industriales, agropecuarias o comerciales, de empresas formadas por aportes obreros, cooperativos o capitales privados,

23 Carlos E. DELPIAZZO - “Las sociedades de economía mixta en el marco de nuestro Derecho público”, en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1978), Año II, N° 2, pág. 17 y sigtes.; “Contratación Administrativa” (U.M., Montevideo, 1999, reedición 2005), capítulo 13; y “Derecho Administrativo Especial” cit., segunda edición actualizada y ampliada, volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, capítulo 8.

cuando concurra para ello el libre consentimiento de la empresa y bajo las condiciones que se convengan previamente entre las partes” (inc. 3º). “La ley por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara, autorizará en cada caso esa participación, asegurando la intervención del Estado en la dirección de la empresa. Sus representantes se regirán por las mismas normas que los Directores de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados” (inc. 4º).

2.2 La Administración Paralela

Con carácter general, la realidad muestra la proliferación de entidades públicas no estatales y de entidades privadas pertenecientes a organismos estatales cuya creación está motivada muchas veces en marginar su actuación de los controles constitucionales por no hacer parte de la Administración tradicional que viene de describirse.

Se trata de un fenómeno relativamente generalizado que se materializa a través de lo que antes de ahora he llamado “fugas regulatorias” (con respecto a las actividades comprendidas en su competencia) o “fugas organizativas” (con respecto a su institucionalidad)²⁴.

En lo que aquí interesa, dichas “fugas organizativas” merecen un juicio de censura²⁵ porque se traducen en la creación de entidades instrumentales del obrar de la Administración tendientes a evadir las normas de Derecho público, especialmente en materia de control y responsabilidades²⁶.

Por lo que refiere a las *personas públicas no estatales*, su categorización como personas jurídicas reguladas primordialmente por el Derecho público pero no estatales en el sentido de que su patrimonio no pertenece en todo o en parte al Estado fue realizada por la doctrina a partir de la constatación de la creación legislativa de entes que respondían

24 Carlos E. DELPIAZZO y Graciela RUOCCO – “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Actos y Contratos de la Administración” (La Ley Uruguay, Montevideo, 2013), tomo I, pág. 323 y sigtes.

25 Gabriel DELPIAZZO ANTON – “Censura de la huida del Derecho Administrativo a través de sociedades comerciales”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VII (2008), N° 13, pág. 125 y sigtes.

26 Carlos E. DELPIAZZO - “La responsabilidad estatal ante la huída del Derecho Administrativo”, en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública (Buenos Aires, 2009), Año XXXI, N° 370, pág. 157 y sigtes.; y en Rev. de Direito Administrativo e Constitucional (Belo Horizonte, 2009), Año 9, N° 35, pág. 13 y sigtes.

a esas características que impedían su encuadramiento en las figuras organizativas clásicas²⁷.

En cuanto a las *sociedades anónimas de propiedad estatal*, suele hablarse de “Administración instrumental” para referir al “conjunto de personas jurídicas que una Administración Pública como competencias propias crea, para la mejor consecución de sus fines y sobre la que ejerce una posición superior de dependencia”²⁸.

Por lo tanto, dos son las notas esenciales que caracterizan a este fenómeno de “*instrumentalización*”, a saber:

1. la personalidad jurídica propia de los entes instrumentales; y
2. su relación de instrumentalidad o dependencia con la Administración que los crea y a cuyos fines sirven.

Por ende, se trata de diferentes personas jurídicas, pero que sirven instrumentalmente a un mismo interés, que no puede ser otro que el interés general de la Administración²⁹. La personalidad jurídica de los entes instrumentales los convierte en centros de imputación de situaciones y relaciones jurídicas, pero esto no evita que el ente y el órgano estatal del cual depende constituyan un “complejo orgánico unitario”. La relación de dependencia con respecto al órgano estatal es entonces, y precisamente por esto, muy estrecha.

Al respecto, partiendo de que la distinción entre personas estatales y no estatales está dada por su pertenencia o no a la organización jurídica de la colectividad (o sea, al Estado en sentido amplio por oposición al Estado en sentido estricto, entendido como persona pública mayor), he sostenido que la estatalidad de las empresas reguladas por el Derecho privado pero en las que participa alguna entidad estatal, está dada precisamente por esa pertenencia -total o parcial, cualquiera sea su proporción- a la colectividad organizada³⁰.

En el Derecho uruguayo, este fenómeno se ha manifestado de diversas formas.

27 Enrique SAYAGUES LASO - “Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas”, en Rev. de Derecho Público y Privado (Montevideo, 1945), Año VIII, N° 83, págs. 284 y 285.

28 José ORTIZ MALLOL - “La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas”, en A.A.V.V. - “La Administración Instrumental. VIII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía” (Sevilla, 2005), pág. 192.

29 José Luis MEILAN GIL - “La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica”, en A.A.V.V. - “Administración instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo” (Civitas, Madrid, 1994), tomo II, pág. 988.

30 Carlos E. DELPIAZZO - “Actividad empresarial del Estado” en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1999), tomo VII, N° 39, pág. 229; y Mariano R. BRITO y Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo de la Regulación Económica” (U.M., Montevideo, 1998), pág. 60.

En primer lugar, por orden de aparición, cabe destacar la proliferación de *personas públicas no estatales* a los más diversos fines³¹.

En segundo lugar, especialmente, en los últimos años, se han multiplicado exponencialmente las *sociedades anónimas de propiedad estatal* cuya actividad se desarrolla fundamentalmente en base a recursos provenientes del Erario público, ha significado una huída del control³².

Frente a ellas, bien ha dicho la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en su sentencia N° 1006 de 6 de abril de 2011 que:

“la circunstancia de que un ente estatal (en el caso, el Banco Hipotecario del Uruguay) acuda a la creación de una sociedad comercial (entidad instrumental) para el cumplimiento de sus cometidos, no puede aparejar la irresponsabilidad del ente matriz ni ocultar su estatalidad consecuente con la pertenencia al ente estatal”.

En tercer lugar, la gravedad de la proliferación de entidades instrumentales privadas con fines públicos se ha agudizado con la aparición de *sociedades anónimas de segundo grado* -se las ha llamado “nietas” frente a las calificadas como “hijas” de organismos del Estado- creadas por otras sociedades anónimas estatales o por personas públicas no estatales³³.

De todos modos, los problemas jurídicos derivados de la generación de entidades de Derecho privado para vehiculizar un cambio de régimen de las actividades asignadas a Administraciones públicas son múltiples y diversos, destacándose la inviabilidad de interponer recursos administrativos contra sus actos, la inaplicabilidad de las normas relativas a la contratación administrativa y la ausencia de control presupuestal y en el uso de fondos públicos, entre otros³⁴.

En cuarto lugar, en nuestro país participan de esta situación de escape de la Administración tradicional los *fideicomisos públicos*, cuyas

31 Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial” (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 199 y sigtes.

32 Carlos E. DELPIAZZO – “Acerca de las sociedades del Estado”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Comentarios al TOCAF sobre la Contratación Pública” (U.M., Montevideo, 2015), tomo II, pág. 335 y sigtes.

33 Carlos E. DELPIAZZO - “Sociedades anónimas de capital estatal”, en Ricardo OLIVERA GARCÍA (Director) – “Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia” (La Ley Uruguay, Montevideo, 2015), tomo I, págs. 253 y sigtes.

34 José Luis ECHEVARRIA PETIT - “Actuación del Estado a través de personas de Derecho privado: la huída del Derecho público”, en Rev. de Derecho y Tribunales (Montevideo, 2007), N° 5, pág. 121 y sigtes.

particularidades también han aparejado una marginación del control propio de la Hacienda Pública³⁵.

3 Necesaria Reformulación

Ante la realidad señalada, es necesario profundizar en lo que más arriba he calificado como el enfoque evolutivo de la noción de Hacienda Pública en orden a su adecuado control frente a las nuevas manifestaciones organizativas que involucran el manejo de fondos y bienes públicos.

3.1 Bases Conceptuales

Con carácter general, hoy nadie duda de la superación actual de la postura clásica según la cual existía “una perfecta coincidencia de los conceptos de persona pública y entidad estatal. En otras palabras: toda entidad estatal era pública y toda persona pública era necesariamente estatal. Como corolario, si una entidad no era estatal, forzosamente se regulaba por el Derecho privado; no podía ser pública. En definitiva: público y estatal venía a ser la misma cosa”. No obstante, dicha identificación de lo público con lo estatal ha sido revisada por la doctrina moderna, acudiéndose a distintos criterios para distinguir entre entidades públicas y privadas por una parte, y estatales y no estatales por otra³⁶.

La distinción entre entidades públicas y privadas no puede hacerse sobre la base de su calidad estatal o no, sino en razón del régimen jurídico que las rige: si se regulan primordialmente por el Derecho público serán públicas y si se regulan principalmente por el Derecho privado serán privadas.

A su vez, *la distinción entre entidades estatales y no estatales* está dada por su pertenencia o no a la organización jurídica de la colectividad, o sea, al Estado en sentido amplio por oposición al Estado en sentido estricto (que es la persona pública mayor, integrada normalmente por los tres Poderes de Gobierno y excepcionalmente por otros órganos de creación constitucional).

35 Carlos E. DELPIAZZO - “Algunas preocupaciones que plantea el fideicomiso público”, en Rev. Crítica de Derecho Privado (Montevideo, 2013), N° 10, pág. 137 y sigtes.; y “Acerca del fideicomiso público”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Comentarios al TOCAF sobre la Contratación Pública” (U.M, Montevideo, 2015), tomo II, pág. 269 y sigtes.

36 Enrique SAYAGUES LASO – “Tratado de Derecho Administrativo” cit., tomo I, pág. 175.

Siendo las precedentes dos clasificaciones diferentes que obedecen a dos criterios diversos, desde el punto de vista lógico será posible considerar cuatro categorías resultantes³⁷:

1. entidades públicas estatales (como son el Estado en sentido estricto y cada uno de los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales);
2. entidades públicas no estatales (como son las así definidas por el legislador);
3. entidades privadas no estatales (como son las asociaciones civiles y sociedades comerciales constituidas por particulares); y
4. entidades privadas estatales (como son las empresas nacionalizadas y las sociedades comerciales creadas o participadas por entidades estatales).

En el Derecho uruguayo, la realidad exhibe al presente ejemplos de las cuatro categorías: la primera responde a la organización constitucional y las demás desbordan los esquemas tradicionales, obligando a profundizar en su análisis jurídico, especialmente desde la óptica del control.

3.2 Desafíos de la Realidad

Con carácter general, más allá de la superación teórica de la identificación de lo público con lo estatal, en la práctica no siempre ello es así.

Un caso es precisamente el del concepto de Hacienda Pública, vinculada estrechamente por sus orígenes a los bienes y fondos de las entidades estatales.

De ahí la necesidad de una interpretación evolutiva de los ordenamientos jurídicos, a partir de la cual parece razonable admitir que la noción de Hacienda Pública tiene aptitud para dar cobertura también a las personas públicas no estatales y a las personas privadas estatales.

Ello es posible a partir del indicado carácter expansivo de la misma y la extensión con que se define desde el punto de vista técnico.

Sobre el particular, es importante volver sobre las nociones de público (por oposición a privado) y de estatal (por oposición a no estatal) ya que, superada la identidad entre ambos conceptos, es posible sostener que la Hacienda Pública alcanza a las manifestaciones de lo público

³⁷ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Uruguayo” (Porrúa – UNAM, México, 2005), pág. 123 y sigtes.

estatal pero también a aquellos casos en que las dos notas se presentan por separado, es decir, donde hay presencia de lo público (aunque no de lo estatal) y donde lo estatal se conjuga con lo privado (como ocurre en las denominadas sociedades instrumentales).

En el Derecho uruguayo, la Sección XIV de la Constitución se titula “De la Hacienda Pública” y dentro de la misma figura el art. 228, a cuyo tenor “la vigilancia en la ejecución de los presupuestos y la función de contralor de toda gestión relativa a la Hacienda Pública, será de cargo del Tribunal de Cuentas”, definiendo así el alcance de la competencia de dicho órgano constitucional³⁸.

Entiendo que tal amplitud permite encartar en su competencia las organizaciones que forman parte del “parasistema”.

Así, respecto a las *personas públicas no estatales*, no es difícil sostener que constituyen “administraciones autónomas con patrimonio propio” en el sentido del art. 191 de la Constitución ni tampoco que configuren “Haciendas públicas” a fines especiales en el marco del citado art. 228³⁹.

Por otra parte, con relación a las *entidades instrumentales*, la jurisprudencia administrativa del Tribunal de Cuentas ya ha hecho tímida reivindicación de su competencia en algunos casos de disociación de lo público y lo estatal. Tal es el caso de la Ordenanza N° 78 de 25 de abril de 2001, a cuyo tenor:

“Los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado, deberán someter al control directo del Tribunal de Cuentas todo proyecto de asociación con entidades públicas o privadas nacionales o extranjeras y la creación de sociedades comerciales con participación estatal”⁴⁰.

Asimismo, en cuanto al funcionamiento de la entidad instrumental en sus relaciones contractuales con terceros, la tendencia que exhibe el Derecho comparado se orienta, mediante el empleo de la noción de “poderes adjudicadores” a introducir un concepto eminentemente funcional (y

38 Enrique SAYAGUES LASO – “Tribunales de Cuentas”, en Rev. De Derecho Público y Privado (Montevideo, 1940), Año III, pág. 320; y Carlos E. DELPIAZZO – “Tribunal de Cuentas” cit., pág. 55.

39 Horacio CASSINELLI MUÑOZ - “Una nueva categoría jurisprudencial: el organismo descentralizado especial del art. 190”, en Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración (Montevideo, 1964), tomo 62, pág. 129.

40 Carlos E. DELPIAZZO - “Control externo de las figuras asociativas con participación estatal”, en “Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Juan Pablo Cajarville Peluffo” (F.C.U., Montevideo, 2011), pág. 729 y sigtes.

no orgánico) de quienes quedan alcanzados por la normativa respectiva, que ya no son sólo las Administraciones públicas sino también otras entidades del sector público no estatal o privadas creadas para satisfacer necesidades de interés general⁴¹.

En efecto, frente al abuso de las técnicas jurídicas privadas por las Administraciones públicas, debe estarse al dato de la “influencia dominante” del poder público sobre el ente adjudicador y la índole de la actividad de que se trate ya que, cuando se atiende a la satisfacción de necesidades de interés general, los contratos respectivos deberán sujetarse a los procedimientos y controles generales. Ello debe ser así porque la búsqueda de la eficacia (entendida desde una perspectiva económica y no social) en ningún caso puede legitimar la trasgresión de previsiones normativas so pretexto de que éstas imponen trámites formales cuya observancia es larga o costosa para resolver la cuestión de que se trate⁴², máxime cuando las figuras instrumentales manejan fondos que provienen de la Administración matriz, en cuyo presupuesto fueron previstos⁴³.

4 Perspectiva desde la Buena Administración

Aboga a favor de una interpretación evolutiva del alcance conceptual de la Hacienda Pública o, más precisamente, de las Haciendas Públicas, en orden a su control administrativo sin exclusiones, el principio de buena administración.

4.1 Enfoque Conceptual

Con carácter general, la buena administración es, a la vez, un principio general de Derecho, un deber de la Administración y un derecho de los administrados⁴⁴ y, como tal, encierra no sólo una dimensión jurídica (en tanto regla de Derecho con máximo valor y fuerza) y ética (pautada

41 Carlos E. DELPIAZZO - “Tránsito de la contratación administrativa a la contratación pública”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - “Nuevos aspectos de las relaciones administrativas” (F.C.U., Montevideo, 2011), pág. 337 y sigtes.

42 José María GIMENO FELIU - “El control de la contratación pública” (Civitas, Madrid, 1995), pág. 115 y sigtes.

43 Ximena PINTO y Pablo ZAK - “Sociedades privadas estatales y paraestatales y su control por el Tribunal de Cuentas”, en Anuario de Derecho Administrativo, tomo XVI, pág. 47 y sigtes.

44 Carlos E. DELPIAZZO - “La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados”, en Rev. de Derecho. Publicación arbitrada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2014), N° 10, pág. 41 y sigtes.

por su ser buena) sino también una dimensión tecnológica (en la medida que las TICs operan como factor de facilitación y colaboración⁴⁵).

En primer lugar, que *la buena administración es un principio* resulta con evidencia de que constituye uno de los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo, al que todos los principios prestan su contenido. Ello es así porque “en todo sistema jurídico hay cantidad de reglas de gran generalidad, verdaderamente fundamentales, en el sentido de que a ellas pueden vincularse, de un modo directo o indirecto, una serie de soluciones expresas del Derecho positivo a la vez que pueden resolverse, mediante su aplicación, casos no previstos, que dichas normas regulan implícitamente”⁴⁶.

La propia designación de “principios” alude a lo primero, o sea, lo que antecede plenamente a cuanto le sigue. Por eso,

“Háblase de principios habitualmente para referirse a aquellos primeros criterios o fundamentos que expresan el asiento -piedras sillares- de un ordenamiento (jurídico, en la especie que nos ocupa). Criterios de verdad que se procura hallar. Su noción de base alude entonces, a un sentido no sólo ontológico sino también lógico, en cuanto atendemos con ellos a unos soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento jurídico, al que prestan todo su sentido”⁴⁷.

En efecto,

“Cuando se habla de principio, lo primero que viene a la mente es la idea de inicio, de comienzo, de lo que se parte, y que se refiere a una acción, a una actividad, a un procedimiento o iter o camino, que se desarrolla y lleva a un término, a un fin. La idea de principio lleva en sí la de aquello que origina, que es origen o fuente de algo”⁴⁸.

En segundo lugar, que *la buena administración es general* deriva de que trasciende un precepto concreto y no se confunde con apreciaciones singulares o particulares.

45 Carlos E. DELPIAZZO - “Dimensión tecnológica de la buena administración”, en Anuario “Derecho Informático” (F.C.U., Montevideo, 2015), tomo XV, pág. 166 y sigtes.

46 Alberto Ramón REAL - “Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya” (Montevideo, 1965), pág. 16, y en A.A.V.V. - “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” (F.C.U., Montevideo, 2001), pág. 87 y sigtes.

47 Mariano R. BRITO - “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” (U.M., Montevideo, 2004), pág. 37 y sigtes.

48 Eduardo SOTO KLOSS - “Derecho Administrativo” (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo II, pág. 20.

En rigor, lo general se opone a lo particular, de modo que no equivale a vaguedad sino que resulta abarcativo en su supuesto de la categoría o clase de sujetos abstractamente comprendidos sin individualizarlos. Es más: en la medida que refieren a las verdades supremas del Derecho, resultan virtualmente comunes a todos los sistemas ya que la afirmación de que los principios generales son válidos solamente para un sistema, es una contradicción con su “ratio juris” de carácter universal que, desde los romanos, ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica⁴⁹.

En tercer lugar, que *la buena administración es una regla de Derecho* queda fuera de toda duda en la medida que constituye una fórmula técnica del mundo jurídico y no de un simple criterio moral, de una buena intención o de una vaga directiva, más allá de la dimensión ética que encierra y que, por cierto, debe presidir todo el obrar administrativo.

A pesar de que los principios no se presentan habitualmente con la estructura típica de una regla de Derecho, ninguna duda puede existir acerca de que revisten el carácter de tal⁵⁰.

Siendo así, todos los principios constituyen fuente directa y principal de Derecho⁵¹ porque

“sería ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios generales sólo se apliquen si no hay texto, sino que los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas”⁵².

En cuanto a su significación específica, en la medida que administrar quiere decir servir⁵³, el principio de buena administración es inherente a la función administrativa en el Estado constitucional de Derecho y

49 Giorgio DEL VECCHIO - “Los principios generales del Derecho” (Bosch, Barcelona, 1979), pág. 49.

50 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - “Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 173 y sigtes., y en A.A.V.V. - “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” cit., pág. 137 y sigtes.

51 Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 127 y sigtes.; “Reconocimiento de los principios generales de Derecho en el Derecho Administrativo uruguayo”, en Jaime ARANCIBIA y José Ignacio MARTINEZ (Coordinadores) - “La primacía de la persona. Estudios en homenaje al Prof. Eduardo Soto Kloss” (Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009), pág. 229 y sigtes.; y “Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo”, en A.A.V.V. - “Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo” (Netbiblo, La Coruña, 2008), pág. 607 y sigtes.

52 Héctor BARBE PEREZ - “Los principios generales de Derecho como fuente de Derecho administrativo en el Derecho positivo uruguayo”, en Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézagua (Montevideo, 1958), pág. 37 y sigtes., y en A.A.V.V. - “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” cit., pág. 19 y sigtes.

53 Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Uruguayo” cit., pág. 7.

refiere al servicio debido al bien común, que supone que todos y cada uno los componentes del cuerpo social puedan alcanzar plenamente los fines propios de su dignidad⁵⁴. Como bien se ha dicho,

“Existen instituciones públicas porque, con antelación, existen intereses comunes que atender convenientemente. Y existen intereses comunes porque las personas en conjunto e individualmente consideradas, precisan de ellos. Por tanto, es la persona y sus necesidades colectivas quienes explican la existencia de instituciones supraindividuales ordenadas y dirigidas a la mejor satisfacción de esos intereses comunitarios, de forma y manera que su gestión y dirección se realicen al servicio del bienestar general, de todos, no de una parte, por importante y relevante que ésta sea”⁵⁵.

En el Derecho uruguayo, la noción de buena administración aparece recogida en la propia Constitución, cuyo art. 311 establece que cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad de un acto administrativo “en interés de la regla de Derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos”.

Quiere decir que el constituyente ha conceptualizado a la buena administración como una regla de Derecho con el contenido previsto en el art. 23, lit. a) del decreto ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984, a cuyo tenor se considera tal “todo principio de Derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”. De lo contrario, el Tribunal carecería de jurisdicción para pronunciarse acerca de la contrariedad de cualquier acto a la buena administración ya que fue creado precisamente para conocer “de las demandas de nulidad de los actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder”, según reza el art. 309.

Como bien se ha dicho, la referencia del art. 311 a la buena administración vale como consagración expresa, a nivel constitucional, de una regla de Derecho que se impone siempre a la Administración, por efecto de dicha mención, y es la de que las autoridades administrativas

54 Carlos E. DELPIAZZO - “Bien común, sociedad y Estado”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2012), Año XI N° 21, pág. 81 y sigtes.

55 Jaime RODRIGUEZ ARANA – “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública”, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (La Coruña, 2012), N° 16, pág. 260.

deben siempre ejercer sus potestades con el designio de perseguir el interés del servicio⁵⁶.

Queda así de manifiesto que la buena administración no hace al mérito sino a la legitimidad del quehacer administrativo, el cual no sólo debe ajustarse al principio de juridicidad sino que debe actuar de acuerdo con las exigencias de la buena administración ya que “administrar bien es algo más que respetar el principio de legalidad”⁵⁷.

4. 2 Enfoque Aplicativo

Con carácter general, a la luz de lo antedicho, el control administrativo de toda Hacienda Pública debe alcanzar a su gestión, tanto en cuanto organización como en cuanto actividad, en orden al logro del fin debido en cada caso mediante la aplicación de los medios idóneos.

Desde el punto de vista de la auditoría integral a la que se apunta en el Derecho comparado, cabe constatar que ella ha tenido significativo desarrollo en el control gubernamental. La misma consiste en el examen crítico, sistemático y detallado de los sistemas de información financiero, de gestión y jurídico, realizado con independencia y con el fin de valorar la razonabilidad de la información financiera, la eficiencia en el manejo de los recursos y el ajuste a la normativa aplicable.

Al respecto, no puede sino compartirse la afirmación de que la auditoría gubernamental “tiene por objeto realizar un examen constructivo y un diagnóstico amplio de las políticas, organización y operación de una entidad gubernamental. Comprende la evaluación de una organización a fin de comparar los logros con los planes, los resultados con las normas y la práctica con la política. Tiene por objeto establecer un fundamento desapasionado y verificable para comparar lo que se ha hecho (y cuán bien se lo ha hecho) con los planes, políticas y normas y, lo que es mucho más importante, comprender las razones de las variaciones positivas o negativas en relación con dichos planes, políticas y normas”⁵⁸.

56 Horacio CASSINELLI MUÑOZ – “El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX* (Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969), tomo III, pág. 281 y sigtes., y en Horacio CASSINELLI MUÑOZ – “Derecho Constitucional y Administrativo” (La Ley Uruguay, Montevideo, 2010), pág. 324 y sigtes.

57 Graciela RUOCCO – “La buena administración y el interés general”, en Augusto DURAN MARTINEZ y Marta HANNA DE ROSA (Coordinadores) – “Ética, Estado de Derecho y buena administración” (U.C.U., Montevideo, 2013), pág. 97.

58 María Esther MUÑOZ DE HAM - “Normas de Ordenamiento Financiero” (F.C.U., Montevideo, 1988), págs. 75 y 76; y Manrique EGUREN - “El Tribunal de Cuentas” (F.C.U., Montevideo, 2009),

Significa que juridicidad y buena administración no son conceptos antagónicos en el ámbito del control, en tanto esta última no se confunde con el mérito.

En el Derecho uruguayo, si la buena administración como “mandato de optimización”⁵⁹ no hiciera parte del concepto de regla de Derecho, se desvirtuaría el control jurisdiccional de juridicidad a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, facultado por el art. 311, inc. 2º de la Constitución para anular actos administrativos con efectos generales y absolutos en interés de la buena administración.

Es que, como bien se ha dicho, “la Administración no puede ser sino buena; si no lo es, resulta ilegítima. Esa ilegitimidad radica en no hacer bien las cosas, es decir, en un actuar ineficaz. Esta conducta implica un desconocimiento del principio de eficacia en sentido sustantivo”, de modo que un acto contrario a la buena administración es un acto ilegítimo por violatorio del principio de eficacia⁶⁰.

Siendo así, no hay oposición entre juridicidad y eficiencia ya que la buena administración es no sólo un parámetro jurídico del obrar administrativo⁶¹ sino también un derecho de los habitantes⁶² requerido del debido control por los órganos competentes.

Lo que suele estar exiliado del control administrativo de la gestión de la Hacienda Pública es apreciar la oportunidad y conveniencia, es decir, el mérito de la actividad confiada a la Administración controlada. Ello es así porque mientras la legitimidad implica el ajuste a la regla de Derecho, el mérito supone el ajuste a máximas de orientación política no cristalizadas en reglas de Derecho⁶³. Por lo tanto, la diferencia entre los aspectos de legitimidad y los de mérito no deriva de la materia de que se trate sino de la circunstancia -variable en el tiempo y de una parcela a otra del ordenamiento administrativo- de que tal o cual aspecto se encuentre regulado por normas jurídicas o librado a la discrecionalidad de la Administración. Es que el juicio de mérito apunta a la satisfacción

pág. 44 y sigtes.

59 Robert ALEXY - “Teoría de los derechos fundamentales” (Madrid, 2007), pág. 86 y sigtes.

60 Augusto DURAN MARTINEZ - “Principio de eficacia y Estado subsidiario”, en “Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni” (F.C.U., Montevideo, 2005), pág. 154.

61 Jaime RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ - “El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas” (Thomson Aranzadi, Navarra, 2006), pág. 34 y sigtes.

62 Beatriz TOMAS MALLÉN - “El derecho fundamental a una buena administración” (INAP; Madrid, 2004), pág. 302 y sigtes.

63 Horacio CASSINELLI MUÑOZ - “El mérito y el fondo”, en Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración (Montevideo, 1970), tomo 69, pág. 254.

de los valores de oportunidad, conveniencia, utilidad y justicia en la realización de los fines públicos⁶⁴.

Durante mucho tiempo se consideró que la eficiencia era una cuestión vinculada al mérito y no a la juridicidad pero la evolución doctrinaria puso de manifiesto que si la Administración no escoge los medios idóneos o aptos para el fin debido, compromete la regularidad jurídica de su actuación, lo cual constituye una cuestión de legitimidad y no de mérito⁶⁵ requerida del adecuado control.

5 Imperativo Ético

Que no queden aspectos de gestión referidos a las Haciendas Públicas ajenos al control administrativo es también un imperativo ético⁶⁶.

5.1 Enfoque Conceptual

Con carácter general, la ética refiere con vocación de universalidad⁶⁷ a lo que está objetivamente bien u objetivamente mal por encima de las opiniones subjetivas de cada persona. Tal calificación debe tener en cuenta siempre tres elementos: el objeto, el fin y las circunstancias⁶⁸. Por lo tanto, no basta la buena intención y el fin no justifica los medios. Es en la universalidad de las reglas a aplicar que uno puede medir si las conductas son objetivamente buenas o malas; dicho en términos negativos: “*no hagas a los demás lo que no quieres que hagan contigo*”, y dicho en términos positivos: “*trata a los otros como te gustaría ser tratado*”.

64 Bartolomé A. FIORINI - “Teoría jurídica del acto administrativo” (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969), pág. 213.

65 Mariano R. BRITO - “De la razonabilidad del acto administrativo”, en Rev. de la Facultad de Derecho y C.S., Año XXIII, N° 3-4, pág. 173 y sigtes., y “La aptitud del acto administrativo para el fin debido”, en Estudios de Derecho Administrativo. Publicación en homenaje al centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo (Montevideo, 1979), tomo II, pág. 29 y sigtes.; Héctor FRUGONE SCHIAVONE - “La discrecionalidad administrativa”, en Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1982), Año XXVI, N° 1, pág. 104; y Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - “El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya”, en Estudios de Derecho Administrativo. Publicación en homenaje al centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo (Montevideo, 1979), tomo II, pág. 102 y sigtes.

66 Carlos E. DELPIAZZO – “Proyección ética del control de la Hacienda Pública”, en Felipe ROTONDO (Coordinador) – “Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de Derecho privado” (F.C.U., Montevideo, 2017), pág. 435 y sigtes.

67 Tomás TRIGO (Editor) – “En busca de una ética universal: un nuevo modo de ver la ley natural” (EUNSA, Pamplona, 2010), pág. 53 y sigtes.

68 Carlos E. DELPIAZZO – “De la ética individual a la ética pública”, en Congreso Internacional de Derecho Administrativo (San Salvador, 2011), pág. 787 y sigtes.

La ausencia o insuficiencia de control, máxime cuando se trata de vigilar la gestión de la Hacienda Pública como patrimonio de la colectividad, no sólo es contraria a la Etica sino que constituye fuente de corrupción.

En el Derecho uruguayo, *la norma* del art. 3° de la ley N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998 define a la corrupción como “el uso indebido del poder público o de la función pública, para obtener un provecho económico para sí o para otro, se haya consumado o no un daño al Estado”.

Sin embargo, *en la realidad*, muchas veces la corrupción no pasa por el provecho de tipo económico sino que, más ampliamente, se configura toda vez que se verifique “la utilización de potestades públicas para intereses particulares, cualquiera que sea la forma de manifestarse, sea en beneficio propio o de un tercero o del partido político, sea por razón de amistad o por dinero o por otras prestaciones”⁶⁹.

Por eso, *desde el punto de vista conceptual*, cabe coincidir con Augusto Duran Martinez cuando define a la corrupción como “la utilización de una determinada posición, sea cual sea, para procurar obtener para sí o para otro, un beneficio indebido cualquiera sea su naturaleza”. Agrega dicho autor:

“No interesa que el beneficio sea económico para que haya corrupción. No interesa que haya daño al Estado o a la organización a la cual el corrupto pertenece. No interesa tampoco que el sujeto sea funcionario público o no. Lo que importa son dos cosas: a) que un sujeto, en virtud de ocupar una determinada posición, sea cual sea y donde sea, ejerza sus poderes para procurar obtener un beneficio de cualquier naturaleza para sí o para otro, que de no tener esa posición no lo habría podido obtener; y b) que ese beneficio sea ilegítimo”⁷⁰.

5.2 Enfoque Aplicativo

Con carácter general, las reformas que se exigen hoy en el ámbito administrativo en general y en el del control de la gestión de la Hacienda Pública en particular, deben estar sometidas al tamiz de su valoración

69 Jesús GONZALEZ PEREZ – “La ética en la Administración pública” (Civitas, Madrid, 1996), pág. 53.

70 Augusto DURAN MARTINEZ – “Corrupción. Mecanismos sociales y jurídicos para su control”, en La Justicia Uruguaya, tomo 134, sección Doctrina, págs. 7 y 8; y “Corrupción y derechos humanos. Aspectos de Derecho Administrativo”, en Estudios sobre Derechos Humanos (Ingranusi, Montevideo, 1999), pág. 138; y en Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone (A.M.F., Montevideo, 2000), págs. 155 y 156.

ética al menos desde un triple enfoque: la servicialidad, la juridización y la garantía⁷¹, según se desarrollará seguidamente.

En primer lugar, en sede de control administrativo de la Hacienda Pública, la extensión de su alcance debe estar pautada por la *servicialidad* que es connatural a la función administrativa en sentido amplio⁷². Así resulta por ejemplo del art. 103 de la Constitución española cuando dice que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”⁷³. En la misma línea, la Constitución uruguaya proclama en su art. 59 que “el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario”⁷⁴.

De ahí que, en la función pública, las consideraciones éticas constituyan algo connatural en orden a la consecución del bien común, entendido como el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman el logro más pleno de su perfección⁷⁵.

En palabras de José Luis Meilan Gil, “el ejercicio del poder público se justifica por y para la procura del bien común, el *vivere bene* de los miembros de la sociedad política en expresiones clásicas de Aristóteles y Tomás de Aquino, la felicidad de los súbditos y el bienestar en la época de la ilustración y el despotismo ilustrado, el reconocimiento de los derechos individuales de los ciudadanos en la onda de la revolución francesa, y la conservación del orden público en la concepción liberal burguesa, en garantizar los derechos fundamentales de la persona, servicios esenciales y la calidad de vida en el constitucionalismo contemporáneo”⁷⁶.

En segundo lugar, lo que he llamado *juridización de la ética pública*⁷⁷, se está traduciendo en una suerte de codificación de reglas éticas

71 Carlos E. DELPIAZZO – “Exigencias éticas del nuevo Derecho Administrativo”, en Jaime Orlando SANTOFIMIO, Javier BARNES y Mónica IBAGON (Editores) – “Perspectivas de una reforma. Estudios de Derecho Administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt Assmann (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016), pág. 247 y sigtes.

72 Jaime RODRIGUEZ ARANA - “La dimensión ética” (Dykinson, Madrid, 2001), pág. 30 y sigtes.

73 Jaime RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ - “El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones públicas”, en Rev. de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 2010), N° 8, pág. 16 y sigtes.; e “Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar” (Iustel, 2012), pág. 29 y sigtes.

74 Carlos E. DELPIAZZO - “La servicialidad administrativa y el sometimiento pleno al Derecho como bases de un Estado de Derecho de calidad. Influencia de la Constitución española en el Derecho uruguayo”, en Santiago A. BELLO PAREDES (Director) – “40 años de la Constitución española: un análisis desde España e Iberoamérica” (Thomson Reuters, Madrid, 2018).

75 Carlos E. DELPIAZZO – “Bien común, sociedad y Estado”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2012), Año XI, N° 21, pág. 81 y sigtes.

76 José Luis MEILAN GIL - “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español”, en Rev. de Direito Administrativo & Constitucional (Belo Horizonte, 2010), Año 10, N° 40, pág. 171 y sigtes.

77 Carlos E. DELPIAZZO - “Juridización de la ética pública. A propósito del Decreto N° 30/003 de 23

(y su enseñanza a los funcionarios), así como la configuración de las conductas reñidas con la ética como faltas o delitos.

En cuanto a la *codificación de las reglas éticas*, el control de la Hacienda Pública ha sido a nivel comparado uno de los ámbitos en los que se han desarrollado códigos de conducta como “guías mínimas que tienen como fin prevenir los conflictos de intereses, dirimir los dilemas éticos, a la vez que prever principios y valores básicos que informen la actividad del servidor público”⁷⁸.

Quizás podría pensarse que la simple enunciación de principios, prohibiciones y reglas de conducta en el desenvolvimiento de la función pública tiene un carácter meramente indicativo de lo deseable, sin valor y fuerza jurídicos.

Sin embargo, nada más alejado de la verdad ya que la juridización de la ética pública se viene traduciendo en reprimir la violación de las prohibiciones y el incumplimiento de los deberes éticos como *faltas disciplinarias* susceptibles de ser castigadas con sanciones proporcionadas a su gravedad, previa sustanciación del procedimiento disciplinario respectivo, sin perjuicio de la responsabilidad por los *delitos penales* que se puedan cometer⁷⁹.

En tercer lugar, la actualización del enfoque del control de la Hacienda Pública desde la perspectiva del nuevo Derecho Administrativo debe serlo desde su consideración como “*garantía del comportamiento ético*”⁸⁰.

A nivel continental, con la aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 y aprobada por ley N° 17.008 de 25 de setiembre de 1998), se han propiciado medidas en tal sentido desarrolladas por los ordenamientos internos⁸¹.

En el Derecho uruguayo, sin perjuicio de un amplio conjunto de medidas represivas de conductas reprochables, con específica referencia

de enero de 2003”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2004), Año III, N° 6, pág. 7 y sigtes.

78 Exposición de Motivos sobre la necesidad de un Código de Ética para el desempeño del auditor público que acompaña al Código de Ética del Tribunal de Cuentas adoptado en sesión de fecha 19 de febrero de 2015, publicado en el Diario Oficial de 16 de julio de 2015.

79 Carlos E. DELPIAZZO – “El Derecho Administrativo como garante de la ética pública”, en Suplemento de Derecho Administrativo de Rev- El Derecho (Buenos Aires, 2011), Año XLIX, N° 12.737, pág. 1 y sigtes.

80 Jesús GONZALEZ PEREZ - “La ética en la Administración pública” cit., pág. 65 y sigtes.

81 Carlos E. DELPIAZZO - “Marco regulatorio de la ética pública y del control de la corrupción en Uruguay”, en Carlos E. DELPIAZZO y Rogerio GESTA LEAL (Coordinadores) – “Ética pública y patologías corruptivas” (U.M., Montevideo, 2014), pág. 15 y sigtes.

al control administrativo de la Hacienda Pública, interesa destacar la aprobación del Código de Ética para funcionarios y auditores del Tribunal de Cuentas de la República Oriental del Uruguay adoptado por éste en sesión de 19 de febrero de 2015.

6 Conclusiones

Para terminar, vale la pena enfatizar en la trascendencia de un control administrativo de la Hacienda Pública abarcativo de todas sus dimensiones, para la mejora de la calidad del Estado de Derecho, tanto en perspectiva jurídica como ética.

Desde el punto de vista jurídico, donde no hay control o el control es insuficiente o carente de recursos (humanos, materiales o tecnológicos), el riesgo de la corrupción aumenta y la calidad del Estado de Derecho disminuye⁸².

A su vez, *desde el punto de vista ético*, también el control es relevante ya que la ética refiere a la conducta humana considerada en su conformidad o disconformidad con la recta razón, juzgando los actos humanos en tanto buenos o malos. Consecuentemente, la ética pública encuentra su eje en la idea del servicio a la colectividad, esto es, en la realización del bien común en tanto conducta exigible al funcionario y a los colaboradores de la Administración⁸³.

Ese bien común debe ser especialmente preservado cuando están en juego los bienes y recursos de la sociedad organizada en el Estado.

82 Carlos E. DELPIAZZO - "Marco regulatorio de la ética pública y del control de la corrupción en Uruguay", en Carlos E. DELPIAZZO y Rogerio GESTA LEAL (Coordinadores) - "Ética pública y patologías corruptivas" (U.M., Montevideo, 2014), pág. 15 y sigtes.

83 Julio R. COMADIRA - "Derecho Administrativo" (Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003), 2ª edición, págs. 577 y 578.

La Estructura de Control de la Gestión Económico Financiera en República Dominicana

Rafael R. Dickson Morales*

Introducción

Los mecanismos de control constituyen, a mi entender, el elemento más importante de contrapeso en un sistema democrático. Sin estos mecanismos se pudiera sostener que no existiría democracia. Existen diversos tipos de control, entre los que se resaltan el control de la convencionalidad, constitucionalidad, administrativo, legislativo, jurisdiccional, social, de los recursos públicos, entre otros. En el presente trabajo me limitaré a realizar precisiones respecto del control administrativo en la gestión económico financiera, en especial sobre el control de los recursos públicos.

Como afirmaba Kelsen¹, la democracia es la única forma de organización del poder político que permite reconducir la voluntad del Estado a la mayoría generada a partir de la propia sociedad civil. Por ello, se indicaba que los mecanismos de control sirven para lograr un equilibrio entre las distintas fuerzas políticas y sociales, esto hace que los textos constitucionales deban tener presentes, en la medida de lo posible, los distintos tipos de control².

En la República Dominicana la falta efectiva de controles respecto a los recursos públicos ha sido, quizás el principal elemento que ha

* Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Iberoamericana (UNIBE) de la asignatura Derecho Administrativo I y II. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma, Santo Domingo (UASD) y de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) de Contratación Pública. Abogado en ejercicio socio de DMAC | Despacho Jurídico.

1 KELSEN, Hans. *Foundations of Democracy*. Ethics, LXVI, 1955 en Escrito sobre la democracia y el socialismo. Traducción Juan Ruiz Manero. Debate. Madrid, 1988, págs. 207 y siguientes.

2 GÓMEZ ARELLANO, A. y PORTELA González, C. *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*. Tomo II. Directores Pedro González-Trevijano y Enrique Arnaldo Alcubilla. La Ley, Madrid, 2012, pág.1247.

impedido grandes avances contra la lucha de la corrupción. Por ello, los distintos tipos de control sobre los recursos públicos que se encuentra configurado en el capítulo III del título XI sobre el régimen económico y financiero y de la Cámara de Cuentas en la Constitución Dominicana constituyen el más importante medio para dar un salto exponencial en la eficacia, transparencia y buena administración en la gestión de los recursos públicos. De lo que se trata en definitiva, es que los gobiernos actúen con absoluta transparencia mediante la rendición de cuentas, promoviendo un cambio de conciencia para estar más abiertos a la revisión y control de las actuaciones, en especial aquellas que impliquen manejo de recursos públicos.

Si bien durante los últimos años se han producido diversas leyes con el objetivo de crear un marco normativo de control, así como estandarización en ciertos procedimientos administrativos, principalmente relativos a los libramientos de pago con cargo a fondos públicos, lo cierto es que en la práctica sus órganos ejecutores no presentan avances significativos en beneficio del control de los recursos públicos, para evitar la mala administración y la corrupción.

La construcción institucional, además de las tradicionales definiciones del poder público, ha diseñado otras instancias que constituyen mecanismos de control del Estado. Entre estas instituciones las entidades fiscalizadoras en sus diversas denominaciones: Tribunales de Cuentas, Contralorías, Cámaras de Cuentas, entre otras, se constituyen en mecanismos apropiados para combatir la corrupción, dada su misión de asegurar la correcta utilización de los recursos públicos. El objetivo del presente trabajo es presentar la estructura vigente en República Dominicana sobre el control de los recursos públicos, haciendo especial énfasis en la Cámara de Cuentas.

Me parece que no sería muy controvertido que en la actualidad, el elemento más cuestionado por la ciudadanía que requiere una acción y solución por parte de los gobernantes es la corrupción. Este flagelo no solo afecta al sector público sino a toda la nación, deteriorando principios éticos y morales, que lesionan profundamente la legitimidad institucional. Otro elemento fundamental de los mecanismos de control es determinar y verificar que los recursos públicos cumplan con los cometidos de satisfacer las necesidades de la comunidad, y que no sean despilfarrados en actividades que no beneficien a la colectividad.

Para mayor claridad en el análisis dividiré el presente trabajo de la siguiente manera: iniciaré presentando las principales disposiciones constitucionales de control (1); luego haré referencias sobre el control interno, específicamente sobre la Contraloría General de la República; (2) para luego analizar el control externo, iniciando con los orígenes y antecedentes de la Cámara de Cuentas (3); continuando con el funcionamiento y atribuciones de la Cámara de Cuentas (4); para luego pasar a realizar algunas referencias sobre la fiscalización, rendición de cuentas, las auditorías y sobre el Sistema Nacional de Control y Auditoría (5); por último, realizaré algunas reflexiones finales (6).

1 Disposiciones Constitucionales de Control en República Dominicana

En términos contables, el control se traduce en el proceso y el efecto de fiscalización y de revisión de la actividad realizada por los entes económicos. Es decir, que el control implica la supervisión de la actividad administrativa económica, en este caso se tratará la del Estado. También puede ser señalado, tal y como ha indicado el profesor Fernández Ajenjo “como una capacidad, una actividad y un juicio que establece una relación entre un sujeto controlante y un sujeto controlado con la finalidad de contrastar el cumplimiento de las reglas del sistema normativo de referencia”³.

La Constitución dominicana de fecha 26 de enero de 2010⁴ (en lo adelante “CD”) establece directrices concretas respecto al control y fiscalización de los recursos públicos. En ese sentido, el artículo 246 de la CD dispone que:

“El control y fiscalización sobre el patrimonio, los ingresos, gastos y uso de los fondos públicos se llevará a cabo por el Congreso Nacional, la Cámara de Cuentas, la Contraloría General de la República, en el marco de sus respectivas competencias, y por la sociedad a través de los mecanismos establecidos en las leyes”.

Como se puede notar, de esta disposición, no solo se hace referencia a las distintas formas de control sobre los fondos públicos, sino que

³ FERNANDEZ AJENJO, J. A. El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción. Thomson Reuters. Primera edición, España, 2011, p. 197.

⁴ Constitución Política de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero. Publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010.

indica que se establecerían competencias específicas para controlar el uso de los fondos públicos a diversas instituciones tanto de control interno como externo. Igualmente, habilita un control social derivado de los mecanismos que se puedan establecer en las leyes. En definitiva, esta disposición, se recoge los distintos tipos de control que recaen sobre la gestión económica del Estado.

Asimismo, el artículo 246 de la CD ha dado respuesta a una de las preocupaciones principales en el debate sobre la necesidad de transparencia en la gestión del gasto público. De lo que se trata es del establecimiento de un mecanismo que permita ejercer el principio de transparencia. En ese mismo artículo, se establece la necesidad de que exista un sistema de control y fiscalización sobre el patrimonio, los ingresos, gastos y uso de los fondos públicos.

Por otro lado, el artículo 245 de la CD establece un sistema único de contabilidad al indicar que:

“El Estado dominicano y todas sus instituciones, sean autónomas, descentralizadas o no, estarán regidos por un sistema único, uniforme, integrado y armonizado de contabilidad, cuyos criterios fijará la ley”.

Así pues, que esta disposición contiene un mandato expreso y categórico para que todas las instituciones del Estado dominicano estén regidas por un sistema único, uniforme, integrado y armonizado de contabilidad.

Se ha sostenido que de la redacción del artículo 246 de la CD el constituyente ha apostado por un sistema de control del uso y gestión de los fondos públicos que implica una interacción con los distintos mecanismos de control señalados en dicho artículo, con el objetivo principal de “eliminar cualquier posible desviación, voluntaria o no, en la aplicación del dinero público y en la ejecución de los presupuestos⁵.”

Las disposiciones más concretas y directa sobre órganos de control se encuentran en los artículos 247 y 248. El primero estableciendo el control interno, que es cuando el sujeto que lo ejerce depende del ente cuyos actos supervisa, es decir, pertenece a su estructura. En este caso, recae en la Contraloría General de la República ejerciendo la fiscalización interna y la evaluación del debido recaudo, manejo, uso e inversión de los recursos públicos y autorizando las órdenes de pago, previa

⁵ Gómez ARELLANO, A. y PORTELA González, C. *Comentarios...* Ob. Cit., pág.1251.

comprobación del cumplimiento de los trámites legales y administrativos, de las instituciones bajo su ámbito, de conformidad con la ley.

Por su parte, el artículo 248 establece el control externo, que es cuando el órgano supervisor no depende del ente fiscalizado, es decir, que no pertenece a la jurisdicción del fiscalizado. En este caso, recae en la Cámara de Cuentas, que es el órgano superior externo de control fiscal de los recursos públicos, de los procesos administrativos y del patrimonio del Estado.

El constituyente dominicano ha optado por un sistema extra poder para establecer el órgano de control externo. Como ha indicado la doctrina de que se puede constatar que existe una posición mayoritaria tanto en mayor número de países como de tratadistas, para situar a los Tribunales de Cuentas y Contralorías como autónomos al lado del Parlamento, con competencia de fiscalización definida y propia, y con sus miembros gozando de las garantías de la Magistratura. Pocos son los países donde el control esta subordinado al Ejecutivo, menos aun como integrante del Poder Judicial, prevaleciendo la ubicación del órgano junto al Parlamento sin que por ello, se subordine la gestión administrativa o el ejercicio de su competencia al Legislativo⁶.

También es control externo el llevado a cabo por el poder legislativo sobre los actos del poder administrador, con la diferencia de que este control es originario, en tanto el desempeñado por la Cámara de Cuentas es delegado por el Congreso. Existen también otros tipos de controles establecidos por la Constitución Dominicana, pero como he señalado previamente no serán objeto de análisis en este trabajo.

En definitiva, comparto lo expresado por el profesor Fernández Ajenjo de que “el control externo en las democracias constitucionales contemporáneas es el resultado, de la evolución del principio de separación de poderes hacia la dependencia política del Gobierno ante los parlamentos, el sometimiento jurídico a la revisión de los tribunales de justicia y el balance constante del juicio de la opinión pública”⁷. A continuación, presentaré la configuración normativa del control interno y externo.

6 ROQUE CITADINI, Antonio. El control externo de la Administración Pública. Editora Max Limonad, Sao Paulo, Brasil, 1995. Editado por la Contraloría General de la República de Venezuela, 1999, p. 32.

7 FERNANDEZ AJENJO, J. A. El control de las..., Ob. Cit., p. 183.

2 Del Control Interno: La Contraloría General de la República

El control interno es el proceso bajo rectoría y evaluación permanente de la Contraloría General de la República, de conformidad con lo establecido en la CD y la Ley 10-07⁸. En sentido general, este órgano busca proporcionar seguridad razonable de la adecuada recaudación y el debido manejo e inversión de los recursos públicos. La finalidad principal de la ley 10-07 es instituir un Sistema Nacional de Control Interno, estableciendo las atribuciones y facultades de la Contraloría General de la República, y regulando el control interno de los fondos y recursos públicos y de la gestión pública institucional, entre otras atribuciones.

La Contraloría General tiene bajo su competencia un control interno mediante la realización de auditorías y revisiones de los registros de contabilidad de las entidades y organismos que se establecen en el artículo 2⁹ de la Ley 10-07, así como aquellas sociedades o empresas en cuyo capital el Estado tenga participación minoritaria; y aquellas personas físicas o jurídicas privadas y las organizaciones no gubernamentales que recauden, reciban o administren, a cualquier título, recursos públicos, o se beneficien de exenciones o cualquier otro privilegio, o presten servicios públicos no sujetos a la libre competencia, estarán obligadas a establecer procesos de control interno y rendición de cuentas, así como otras obligaciones indicadas en el párrafo II del mismo artículo 2.

De conformidad con el artículo 11 de la Ley 10-07, la Contraloría General es un organismo del Poder Ejecutivo, rector del control interno. Ejerce la fiscalización interna y evaluación del debido recaudo, manejo, uso e inversión de los recursos públicos por las entidades y organismos bajo el ámbito de la ley.

Las principales atribuciones del órgano rector del control interno son las siguientes:

1. Inspeccionar y evaluar de acuerdo con normas de auditoría interna gubernamental que en el marco de estándares internacionales aplicables al sector público, emita la Contraloría General de

8 Ley No. 10-07 que instituye el Sistema Nacional de Control Interno y de la Contraloría General de la República de fecha ocho (8) del mes de enero del año dos mil siete (2007).

9 Artículo 2.- Ámbito de aplicación. La presente ley rige para las siguientes entidades y organismos:

1. El Gobierno Central
2. Las Instituciones Descentralizadas y Autónomas
3. Las Instituciones Públicas de la Seguridad Social
4. Las Empresas Públicas con participación Estatal mayoritaria
5. Los Ayuntamientos de los Municipios y del Distrito Nacional

- la República y, en función de los programas, objetivos, metas y resultados previstos en el Presupuesto, los siguientes aspectos:
2. La efectividad del control interno de las entidades y organismos bajo el ámbito de esta ley e informar a la respectiva institución y al Poder Ejecutivo, sus resultados.
 3. La efectividad y calidad de los procedimientos de captación, revisión, verificación y registro que deberán aplicar las entidades y organismos públicos correspondientes, de los ingresos tributarios y no tributarios y de capital.
 4. La revisión previa, a su envío a la Cámara de Cuentas, del estado anual de recaudación e inversión de las rentas que elabora la Dirección General de Contabilidad Gubernamental.
 5. El cumplimiento de las recomendaciones formuladas por las Unidades de Auditoría Interna y el órgano de control externo.
 6. La efectividad de los demás aspectos especiales de carácter financiero, operacional o de cumplimiento, que considere necesarios para velar por la adecuada recaudación, manejo e inversión de los recursos públicos.
 7. Coordinar, orientar y evaluar el trabajo de las Unidades de Auditoría Interna.
 8. Efectuar el seguimiento y control de calidad de las labores de Auditoría Interna.
 9. Evaluar periódicamente la calidad técnica de los procedimientos y proceso ejecutados por las Unidades de la Auditoría Interna.

El proceso de control interno se encuentra sujeto a los siguientes principios: autorregulación, auto control, auto evaluación y evaluación independiente, los cuales serán desarrollados por la Contraloría General de la República. Por otro lado, conforme al artículo 24 de la Ley 10-07 se establece que el proceso de control interno está integrado por los siguientes componentes: 1. Ambiente de Control. 2. Valoración y Administración de Riesgos. 3. Actividades de Control. 4. Información y Comunicación. 5. Monitoreo y Evaluación.

Las auditorías en los procesos de control adquieren una relevancia particular. Por ello, las auditorías internas forman parte integral del control interno y serán practicada por personal profesional interdisciplinario de una unidad técnica especializada e independiente de las operaciones que audita, que se establecerá en cada entidad u organismo bajo el ámbito de esta ley y bajo la responsabilidad de un director de la unidad.

Las unidades de auditoría interna (UAI) son las dependencias subordinadas, normativa, administrativa y financieramente de la Contraloría General de la República. Estas unidades tienen la atribución de autorizar los órdenes de pago, previa verificación del cumplimiento de los controles previos aplicados por la administración de cada entidad pública, conforme lo establecen los artículos 25 y 26 de la Ley No. 10-07 y su reglamento de aplicación. Dichos controles previos, deben estar respaldados por la documentación que los sustenten como evidencia de la solicitud de autorización de los órdenes de pago.

La Contraloría al evidenciar el cumplimiento de los controles previos o autocontroles aplicados a los órdenes de pago generados por las instituciones bajo su ámbito, no realiza los mismos procesos que llevaron a la institución a ordenar el pago; es decir, la CGR ni participa, ni interviene en los procesos administrativos de las instituciones, solamente revisa aspectos considerados esenciales del proceso de autorización de los órdenes de pago, como son la revisión documental de los trámites legales y administrativos aplicados posteriormente a la operación que los generó.

Por último, es importante destacar que recientemente, mediante la Resolución No. 001-19 de fecha 12 de abril del año 2019, la Contraloría emitió una actualización de las normas básicas de control interno (NOBACI) del sector público dominicano. A través de esta resolución lo que se ha realizado es actualizar las normas básicas de control interno que tenían su origen en la primera versión dentro del marco de control interno COSO (1992) por su versión actualizada del año 2013. Así pues que, en lo adelante, las normas básicas de control interno del sector público dominicano serán las de COSO en su versión 2013, las que conjuntamente con los principios y preceptos de control internos creados a través de la Ley 10-07 y su reglamento, constituyen el marco regulatorio para el control interno en la República Dominicana.

A continuación, analizaré la configuración del control externo, específicamente la Cámara de Cuentas.

3 El Control Externo: Orígenes y Antecedentes de la Cámara de Cuentas

Los órganos de control externo son de vital importancia en toda democracia. Más en aquellas jurisdicciones en donde se producen desviaciones de poder habituales y pocos ejemplos de envergadura contra la corrupción. No obstante lo anterior, se ha señalado que en la mayoría de países de América Latina las facultades de estos órganos de control externo no suelen ser muy amplias, aunque se les suele garantizar autonomía funcional y administrativa, aun cuando desde lo práctico no sean reales o no sean ejercidas oportunamente por los órganos de control externo.

Antes de analizar el funcionamiento y las atribuciones de la Cámara de Cuentas, me parece oportuno presentar los principales antecedentes históricos de este órgano. La primera Constitución de la República aunque no establecía propiamente una Cámara de Cuentas, creaba un Consejo Administrativo compuesto por funcionarios públicos, encargados de verificar anualmente las cuentas generales e informar de ello al Congreso Nacional. En ese sentido, se pudiera sostener que ese organismo sería el antecedente de lo que hoy conocemos como la Cámara de Cuentas.

Posteriormente, en la Constitución de fecha 27 de febrero de 1854, se consagra por primera vez en su artículo 127, el establecimiento de una Cámara de Cuentas permanente, con ciertas características que se han mantenido hasta el día de hoy.

La primera ley específica sobre la Cámara de Cuentas data del 22 de mayo de 1855, cuando mediante la Ley No. 388 se crea la Cámara de Cuenta. Posteriormente el 1ro. de octubre de 1858 se emite el Decreto No. 568, mediante el cual declara en vigor la citada Ley No. 388 que crea el mecanismo de control y fiscalización de los fondos y patrimonios públicos¹⁰.

La Ley No. 3659 de fecha 27 de junio de 1896, modifica la ley anterior, lo que supone que durante el período histórico político que se inicia con la anexión a España en 1861, no propició el funcionamiento de la Cámara de Cuentas. Esta Ley No. 3659 se mantiene vigente hasta el

¹⁰ Marte de Barrios, L. Discurso "Hacia una Cultura de Excelencia y Alta Productividad" en el Congreso Internacional de Finanzas y Auditoría (VII CIFA) Seminario Latinoamericano de Contadores y Auditores (XII SELATCA), Bávaro, República Dominicana, 2012.

año 1928 cuando se dicta la Ley No. 950, mediante la cual se modifica el artículo 15, que implicó restringir a la Cámara de Cuentas en lo que respecta al poder de perseguir directamente las acciones en contra del erario.

En fecha 2 de diciembre de 1942, se promulga la Ley No. 130 sobre Cámara de Cuentas de la República. Esta Ley orgánica fue modificada cinco años más tarde mediante la Ley No. 1494 que crea la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y deroga los artículos del 16 al 23 de la Ley No. 130, mediante la cual se establece que *“mientras el Poder Ejecutivo no designe los Jueces, el Procurador General y el Secretario del Tribunal Superior Administrativo, la Cámara de Cuentas de la República ejercerá las funciones del Tribunal Superior Administrativo...”*, para conocer todos los recursos contenciosos-administrativos interpuestos ante dicho tribunal, lo que estuvo en vigencia hasta el año 2007, cuando se promulgó la Ley 13-07¹¹.

Como se puede ver, durante ese período la Cámara de Cuentas también ejerció funciones jurisdiccionales, como tribunal superior administrativo. Durante esa época no hubo mayores avances jurisprudenciales en materia administrativa, existiendo unas pocas decisiones de trascendencia.

Finalmente, la Cámara de Cuentas se encuentra regulada por la Ley No. 10-04 de fecha 20 de enero del 2004 y su Reglamento de Aplicación No. 06-04 de fecha 20 septiembre de 2004, la cual fue la última legislación que actualizó la regulación de este órgano de control externo, lo que implicó un cambio y actualizó las funciones de esta importante instancia, adecuándola al desarrollo y crecimiento del Estado y la sociedad. No obstante lo anterior, en la actualidad existen aprestos para revisar y adecuar la Ley No. 10-04 para dotarla de mayores mecanismos de control y fiscalización.

4 Del Funcionamiento y Atribuciones de la Cámara de Cuentas

El artículo 248 de la CD establece que la Cámara de Cuentas es el órgano superior externo de control fiscal de los recursos públicos, de

¹¹ Ley No. 13-07 de fecha 5 de febrero del año 2007 que traspasa la competencia del Tribunal Superior Administrativo que tenía la Cámara de Cuentas en virtud de la Ley No. 14-94 del año 1947, al Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario instituido por la Ley No. 1192 del año 1992, hoy día Tribunal Superior Administrativo.

los procesos administrativos y del patrimonio del Estado. Asimismo, establece que dicho órgano tiene personalidad jurídica, carácter técnico y goza de autonomía administrativa, operativa y presupuestaria.

La Cámara de Cuentas se conforma por cinco miembros, elegidos por el Senado de la República de ternas que presenta la Cámara de Diputados, por un período de cuatro años y permanecerán en sus funciones hasta que sean designados sus sustitutos. Tal y como señala, el profesor Jorge Prats,

“es un órgano autónomo, compuesto de 5 miembros elegidos por el Senado de la República de las ternas que le presenta la Cámara de Diputados e inamovibles durante un período de 4 años y que tiene como atribuciones examinar las cuentas de la República, presentar al Congreso informes sobre la fiscalización del patrimonio estatal, auditar y analizar la ejecución del Presupuesto General del Estado, emitir normas con carácter obligatorio para la coordinación de los órganos responsables del control y auditoría de los recursos del Estado y realizar investigaciones especiales a requerimiento de cualesquiera de las cámaras legislativas”¹².

Se ha señalado que la independencia es la clave del éxito, credibilidad y respeto político y social de cualquier órgano de control externo; aunque orgánicamente son dependientes del poder legislativo, son funcionalmente independientes, características que se traslada al resultado de sus informes de fiscalización¹³. Esta independencia se caracteriza por:

- La irrevocabilidad en los cargos de los miembros que componen el órgano de control.
- Independencia en la dirección, organización y funcionamiento interno de la institución.
- Posibilidad de elaborar su propio programa anual de trabajo.
- Independencia presupuestaria.
- Finalidad de conseguir una Administración pública eficaz, eficiente y saneada, evitando malversaciones del erario público y ofreciendo medidas para mejorar dicha gestión.

De conformidad con el artículo 249 de la CD los requisitos para ser integrante de la Cámara de Cuentas son los siguientes: i) ser dominicano o dominicana en el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos; ii)

12 JORGE PRATS, E. Derecho Constitucional. Volumen II. Ius Novum. Amigo del Hogar, Segunda Edición, Santo Domingo, 2012, p. 713.

13 Gómez ARELLANO, A. y PORTELA González, C. *Comentarios...* Ob. Cit., pág.1271.

ser de reconocida solvencia ética y moral; iii) haber cumplido la edad de treinta años; iv) acreditar título universitario y estar habilitado para el ejercicio profesional, preferiblemente en las áreas de contabilidad, finanzas, economía, derecho o afines; así como aquellas otras condiciones que pueda determinar la ley.

La Ley 10-04 dispone otro requisito adicional para ser integrante de la Cámara de Cuentas, específicamente en su artículo 11, que tengan una experiencia de por lo menos diez (10) años en la dirección de instituciones públicas, privadas, en departamentos importantes de estas, en el ejercicio de la profesión respectiva o en asesorías relacionadas con las mismas, pudiendo ser acumulado el tiempo de desempeño de cada una de las actividades señaladas para la satisfacción del requisito de referencia.

Si la Cámara de Cuentas no tiene el debido respeto, y no se le garantiza una efectiva autonomía e independencia en el ejercicio de sus facultades constitucionales, no existe, ni funciona un verdadero mecanismo de control, y en consecuencia, se perjudica la democracia. Sería un organismo inoperante que no podría ejercer fácticamente un contrapeso y un control a los demás poderes públicos, en especial al Poder Ejecutivo.

Me parece oportuno y comparto lo señalado por quien ex presidente de la Cámara de Cuentas durante el período 1983-1986, el Dr. Barjan Mufdi, que es improcedente “coexistir democráticamente en un estado de Derecho, indiferente al cumplimiento de las formalidades contables que deben ser acatadas con diaphanidad e imperativamente por toda persona física o moral que reciba recursos del Estado.

En consecuencia este organismo superior fiscalizador debe contar con recursos que le permitan hacer cumplir los mandatos de la ley que la organiza y proceder contra los que con indiferencia o desidia o de mala fé irrespetan las obligaciones que tienen frente a la Cámara de Cuentas”¹⁴.

El artículo 9 de la Ley No. 10-04 establece como naturaleza de la Cámara de Cuentas de la República, en su calidad de órgano constitucional, con carácter técnico, que goza de autonomía administrativa, operativa y presupuestaria y, en tal virtud, tiene personalidad jurídica instrumental, correspondiéndole el examen de las cuentas generales y particulares de la República, mediante auditorías, estudios e

14 BARJAN MUFDI, J. La Cámara de cuentas. Historia y Legislación. Editora Amigo del Hogar, Primera edición, Santo Domingo, República Dominicana, 2001, p. 136.

investigaciones especiales para informar a quienes sean de rigor conforme a las normas Constitucionales y la Ley.

Por su parte, el artículo 250 de la CD establece las principales atribuciones de la Cámara de Cuentas, indicando que serán además de las que le confiere la ley, las siguientes:

1. Examinar las cuentas generales y particulares de la República;
2. Presentar al Congreso Nacional los informes sobre la fiscalización del patrimonio del Estado;
3. Auditar y analizar la ejecución del Presupuesto General del Estado que cada año apruebe el Congreso Nacional, tomando como base el estado de recaudación e inversión de las rentas presentado por el Poder Ejecutivo, de conformidad con la Constitución y las leyes, y someter el informe correspondiente a éste a más tardar el 30 de abril del año siguiente, para su conocimiento y decisión;
4. Emitir normas con carácter obligatorio para la coordinación interinstitucional de los órganos y organismos responsables del control y auditoría de los recursos públicos;
5. Realizar investigaciones especiales a requerimiento de una o ambas cámaras legislativas.

Las disposiciones de la Ley 10-04, así como aquellas competencias que tiene la Cámara de Cuentas rigen para:

- Los poderes públicos, órganos constitucionales y sus dependencias;
- Los órganos que conforman la administración pública central;
- Las instituciones autónomas y descentralizadas del Estado y sus dependencias;
- Las entidades de derecho público creadas por Ley o decreto;
- Los ayuntamientos municipales, sus dependencias y otras corporaciones edilicias, así como el organismo regulador de los mismos;
- Las sociedades o empresas cuyo capital esté integrado por aportes del Estado, los municipios o las instituciones autónomas;
- Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, que recauden, reciban o administren, a cualquier título, recursos públicos, o que estén vinculados contractualmente con el Estado, los municipios o las instituciones autónomas.

Por otro lado, la Ley No. 10-04 en su artículo 29 expresa que: “el control externo realizado a través de la auditoría gubernamental es una facultad exclusiva de la Cámara de Cuentas, de conformidad con lo que se estable ce en esta Ley y los reglamentos que emita para su aplicación” y, a seguidas expresa que:

“El examen y evaluación de las evidencias que respaldan las operaciones, registros, informes, estados financieros y presupuestarios elaborados por la Dirección General de Contabilidad Gubernamental y todas la entidades y organismos sujetos a esta Ley.”

El dictamen u opinión profesional correspondiente deberá ser suscrito por un contador público autorizado con capacidad legal para ejercer sus funciones”, de ahí el examen de la legalidad de las operaciones, la evaluación del control interno, la eficiencia, economía y transparencia en el uso de los recursos humanos, ambientales, materiales, financieros y tecnológicos y los resultados de las operaciones y el cumplimiento de los objetivos y metas.

Asimismo, el artículo 30 de la Ley 10-04 dispone que la Cámara de Cuentas realizara el control externo mediante auditorias financiera y de gestión, estudios e investigaciones especiales, debiendo los servidores responsables de su ejecución, en todos los niveles jerárquicos, cumplir las leyes, disposiciones reglamentarias y normativas aplicables. Por esta y otras razones, el elemento fundamental y de importancia en estos mecanismos de control lo constituyen las auditorías, a lo que me referiré más adelante.

Una de las funciones más trascendentales que realiza la Cámara de Cuentas es el informe al Congreso Nacional sobre el análisis y evaluación de la Ley del Presupuesto General del Estado. Este análisis del presupuesto general del Estado ha de indicarse que se efectúa sobre la base del Estado de Recaudación de las Rentas que elabora la Dirección de Contabilidad Gubernamental y es presentado a la Cámara de Cuentas por el Ministerio de Hacienda a fecha determinada, de conformidad con la Ley No. 126-01. Los fundamentos legales del análisis y evaluación del presupuesto por parte de la Cámara de Cuentas se establecen en los artículos 248 y 250 de la CD, así como en la Ley No. 10-04.

Desde la perspectiva del control externo, se ha definido como el examen y evaluación por parte de la Cámara de Cuentas de los diferentes

componentes de este con la finalidad de verificar que en su formulación, discusión, aprobación y ejecución se han cumplido las normas legales que lo regulan, los principios de eficiencia, eficacia y economía, así como la transparencia y rendición de cuentas.

De este modo una importante fuente de control de la actividad estatal radica en el otorgamiento de los recursos presupuestarios, en la aplicación de los mismos a los objetivos determinados por las necesidades públicas a satisfacer. Todo ello por el papel que cabe a la ordenación material de estos recursos en la actividad estatal productora de bienes y servicios para satisfacer necesidades públicas, por esta razón, uno de los principales aspectos de control de la Cámara de Cuentas es el presupuestario o del control fiscal.

Para la elaboración del mandato constitucional y legal, la Cámara de Cuentas se orienta en la guía adoptada al respecto para el análisis y ejecución del Presupuesto General del Estado, que de acuerdo a las palabras de la pasada presidenta de la Cámara de Cuentas, la Dra. Marte de Barrios,

“como tal conduce a su realización agotando principalmente los objetivos específicos que se centran en:

- Análisis del Estado de Ejecución Presupuestaria del Gobierno Central, instituciones descentralizadas, autónomas y empresas públicas;
- Suministrar procedimientos para comprobar la coherencia entre ingresos reales, con las estimaciones realizadas;
- Presentar procedimientos que permitan comprobar los gastos mantenidos dentro de lo aprobado;
- Verificar el cumplimiento de la Constitución y las leyes, los principios y normas presupuestarias y contables, por parte de los administradores públicos;
- Comprobar la ejecución presupuestaria del Tesorero Nacional;
- Verificar la ejecución de la deuda pública interna y externa, directa e indirecta de la Dirección de Crédito Público; y
- Definir los procedimientos de comprobación del cumplimiento de los objetivos y metas asociados a la ejecución presupuestaria”¹⁵.

Otra función importante que realiza la Cámara de Cuentas y que tiene un alto impacto contra la lucha de la corrupción es lo relativo a la declaración jurada de patrimonio y del sistema nacional automatizado y uniforme de declaración jurada de patrimonio, instaurado por la Ley No.

15 Marte de Barrios, L. Discurso “Hacia una Cultura de Excelencia y Alta Productividad”... Ob. Cit.

311-14, así como por su reglamento de aplicación, aprobado mediante el Decreto No. 92-16 de fecha 26 de febrero de 2016.

Me parece que esta es una función de la Cámara de Cuentas, con el sistema de consecuencias derivado de la misma pudiera permitir que las declaraciones juradas efectivamente se conviertan en un elemento no solo de transparencia y lucha contra la corrupción, sino también disuasivo ante este flagelo social. No obstante lo anterior, en la práctica, a partir de su aplicación no ha sido un elemento disuasivo, sino más bien ha servido para comprobar cómo servidores públicos, incluso aquellos por cargos de elección incumplen con la obligación de presentación de esta declaración jurada de patrimonio.

5 La Fiscalización, Rendición de Cuentas y las Auditorías

La fiscalización, es un concepto genérico que comprende la revisión e inspección, vigilancia, seguimiento de auditorías, supervisión, control y cualquier forma de evaluación de la gestión financiera y operativa de aplicación a los recursos públicos. La fiscalización deberá estar regida por los valores de la imparcialidad, objetividad, transparencia, legalidad y profesionalismo.

Se ha señalado que la actividad fiscalizadora que requiere un Estado constitucional, según Harris, no consiste en intensificar el control parlamentario sobre el poder ejecutivo, sino más bien en asegurar aquellos mecanismos mediante los cuales el legislativo pueda ejercer la autoridad que le es propia, sin obstaculizar ni impedir la actuación administrativa ni debilitar al ejecutivo. Se trata de conseguir el equilibrio más adecuado entre la necesidad de asegurar un efectivo control de la actividad administrativa en sede parlamentaria por un lado y la reserva de los valores y principios de flexibilidad y discrecionalidad administrativa por otro¹⁶.

Una de sus principales funciones consiste en conocer, revisar y evaluar el uso y aplicación de estos, que se administran o detentan de conformidad con las disposiciones legales reglamentarias y técnicas, por lo que la revisión, inspección y evaluación de la gestión pública es su objeto.

Dentro de los principales objetivos de la fiscalización se encuentra la función de rendición de cuentas públicas y su vigilancia, en torno

16 Gómez ARELLANO, A. y PORTELA González, C. *Comentarios...* Ob. Cit., pág.1259.

al origen de los ingresos y la asignación del gasto público. Lo cual es realizado a través de las auditorías. La fiscalización no debe calificarse como un malestar, sino como un aliado que ayuda al cumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos contra los detentadores de los recursos presupuestales.

La rendición de cuentas es una obligación de funcionarios y servidores públicos electos o designados, con responsabilidad en el manejo de los recursos públicos y la gestión de los Poderes Públicos, Órganos Autónomos y Descentralizados, Municipalidades y Organismos no Gubernamentales (ONG), conforme a las modalidades establecidas en la Ley No. 10-04. Rendir cuentas es estar obligado básicamente, y entre otras cosas a informar, explicar o justificar sus acciones, ser responsable de sus actos ante alguien. En otras palabras, se podría sostener que la rendición de cuentas permite asegurar que los funcionarios públicos puedan respondan por sus acciones. Los elementos fundamentales, pues, de la fiscalización consisten en la rendición de cuentas, la vigilancia y auditoría, sanciones por acciones irregulares y transparencia en el desarrollo de las operaciones a efectuar.

En ese sentido, todo el tema de la fiscalización y control se encuentra ligado a un Estado constitucional y de derechos, en donde no hay poderes libres ni inmunes al control. Como ha indicado el profesor Cordero Vega, de que:

“el control de la actividad administrativa, por lo tanto, es una exigencia natural de un Estado que se proclama de derecho, porque somete a todos los poderes públicos al orden jurídico, con lo que se proscribe su arbitrariedad y limita estructural y funcionalmente sus posibilidades de actuación”¹⁷.

Asimismo, se ha señalado que el objetivo principal de la fiscalización, realizada por la Cámara de Cuentas, ha de ser la de evaluar los resultados de la gestión financiera llevada a cabo por el Gobierno, esto es, en palabras de Rodríguez Gómez, valorar el nivel de cumplimiento de las disposiciones jurídicas aplicables en materia de contabilidad gubernamental, contratación de obras, servicios y adquisición, arrendamiento, conversión, uso y enajenación de bienes muebles e inmuebles por

¹⁷ CORDERO VEGA, Luis. El control de la Administración del Estado. Legal Publishing, Chile, 2da Edición, 2009, p. 17.

parte del Estado y demás normas aplicables en el ejercicio del gasto público¹⁸.

Finalmente, es importante destacar la constitución ha indicado una cierta colaboración de la Cámara de Cuentas tanto con el Senado de la República como con la Cámara de Diputados para la realización de determinadas investigaciones que aquellas consideren necesarias con el fin de preservar los mecanismos de control y contra pesos de los poderes públicos.

5.1 Del Sistema Nacional de Control y Auditoría

El Sistema Nacional de Control y Auditoría comprende el conjunto de principios, normas y procedimientos que regulan el control interno institucional y el control externo de la gestión de quienes administran o reciben recursos públicos en entidades sujetas al ámbito de acción de la ley, con el propósito de lograr el uso ético, eficiente, eficaz y económico de tales recursos y, además, con el debido cuidado del ambiente.

Así pues, que a la Cámara de Cuentas, a través de este sistema, le corresponde un examen profesional, objetivo, independiente, sistemático y selectivo de las evidencias detectadas con posterioridad a la actuación o gestión de las administraciones públicas, así como aquellas otras personas físicas y jurídicas, públicas o privadas sujetas al control externo de conformidad con la Constitución y la ley.

La auditoría externa es una de las formas más efectivas para ejercer el control externo, de ahí que la auditoría externa o fiscalización externa, ha de ser ejercida por profesionales especializados independientes a la entidad, cuyo producto o informe esta destinado a obtener un dictamen u opinión para darle credibilidad y validez pública a las afirmaciones de la administración de la entidad. Por ello, la profesionalización de los auditores y especialistas en auditoría es fundamental para el ejercicio de una buena práctica.

La auditoría gubernamental es un mecanismo disponible en la actualidad para los diversos órganos de fiscalización y control, así como para las autoridades de las diversas entidades que conforman el sector público, que permiten el ejercicio de las funciones de revisión, control y

18 Gómez ARELLANO, A. y PORTELA González, C. *Comentarios...* Ob. Cit., pág.1271.

fiscalización de manera independiente, profesional y confiable, sin intervención o demora de las funciones administrativas.

Por otro lado, me parece oportuno indicar las principales leyes que toda auditoría gubernamental debe observar. A mi entender, por lo menos debe considerar las siguientes: Ley No. 10-04; Ley No. 10-07 de fecha 8 de enero de 2007, de Contraloría; Ley No. 126-01 del 27 de julio de 2001 de Contabilidad Gubernamental; Ley No. 567-05 del 30 de diciembre de 2005 sobre Tesorería; Ley No. 6-06 del 20 de enero de 2006 sobre Crédito Público; Ley No. 423-06 del 7 de noviembre de 2006 Orgánica de Presupuesto; Ley No. 496-06 del 28 de diciembre de 2006 del Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo; Ley No. 498-06 del 28 de diciembre de 2006 sobre Planificación e Inversión; Ley No. 05-07 del 8 de enero de 2007, que establece el Sistema de Administración Financiera del Estado, entre otras.

La Cámara de Cuentas aprueba un plan, por el pleno de sus integrantes, dando así al inicio al trabajo de campo por un equipo interdisciplinario de auditores técnicos, dependiendo del sujeto y objeto de auditoría en el que nunca deberá faltar, dentro del equipo que conformará la auditoría, dada la naturaleza de la fiscalización gubernamental, la figura de un abogado auditor.

El equipo técnico que realice las auditorías debe contar con las herramientas tecnológicas que faciliten el trabajo, de ahí la importancia que tienen las nuevas tecnologías de la información para proyectos y proceso de esta naturaleza, así como los sistemas informáticos y de contabilidad que utilicen las entidades.

El proceso de auditoría concluye con la revisión y evaluación de las réplicas de los correspondientes informes con las entidades auditadas. Posteriormente, se remite el expediente a la evaluación y análisis del departamento Jurídico, la revisión por la comisión de seguimiento a las auditorías y, la aprobación, mediante resolución del pleno de la Cámara de Cuentas y su posterior publicación, que se hace generalmente a través de la página de internet institucional.

De resultar inobservancias e incumplimientos en los hallazgos, se procede de conformidad con la Ley 10-04¹⁹, a su remisión a la Dirección

19 El artículo 49 de la Ley 10-04 sobre indicios de responsabilidad penal dispone que: "Cuando de los resultados de auditorías, estudios e investigaciones practicados por los auditores de la Cámara de Cuentas se establezcan indicios de responsabilidad penal, se informara a1 Ministerio Público, a los organismos especializados de la prevención e investigación de la corrupción, a las autoridades administrativas y judiciales competentes y a la autoridad nominadora de los funcionarios o

Nacional de Persecución a la Corrupción Administrativa (DPCA), cuando se hayan detectado indicios que pudieran comprometer la responsabilidad penal del auditado. De igual manera, se remite a la Contraloría General de la República, a la Dirección General de Impuestos Internos y a la Dirección General de Contrataciones Públicas, para, de conformidad con la categoría del hallazgo, conjuntamente con la Cámara de Cuentas, dar seguimiento con el fin de que sean implementadas las observaciones y recomendaciones contenidas.

Ha sido indicado por los profesores Gómez Arellano y Portela González²⁰ con acierto que algunas de las características del control externo, son:

- Se trata de un control a posteriori, de comprobación, de adecuación entre el mandato parlamentario y la ejecución administrativo;
- Es un control de legalidad para detectar desviaciones presupuestarias e irregularidades contables;
- Abarca toda la actividad económico-financiera del sector público;
- No se puede modificar el acto administrativo fiscalizado, se trata de poner de manifiesto la infracción, los abusos y las irregulares;
- Es un control objetivo, basado en normas y principios contables, ajustado a la realidad y, en teoría, sin errores;
- No obstante lo anterior, me parece interesante, lo expresado por la profesora Ivanega de que el control previo es la una modalidad efectiva para detectar y corregir las irregularidades en la gestión. El control posterior es inútil y llega tarde. El control previo es una herramienta esencial en términos de prevención, pero no constituye la única especie a dichos efectos²¹.

En relación a estos temas, es importante a los efectos de una fiscalización efectiva y oportuna, que los poderes públicos, así como todos los que reciben y administran recursos públicos se esfuercen en:

- Promover una cultura de transparencia y rendición de cuentas;
- Promover los valores y responsabilidades de los servidores públicos;

empleados involucrados en los hechos punibles, así como de todos aquellos que causen perjuicio a1 patrimonio publico, por acción u omisión del funcionario, empleado publico o de terceros que actúen en calidad de contratistas o receptores de subsidios o reciban asignaciones de fondos públicos, acompañando su denuncia con las evidencias recopiladas que respaldan sus observaciones, disposiciones, conclusiones y recomendaciones, a los fines de que las precitadas autoridades pongan en movimiento la acción publica contra las personas en relación con las cuales hayan surgido indicios de responsabilidad penal.

20 Gómez ARELLANO, A. y PORTELA González, C. *Comentarios...* Ob. Cit., pág.1271.

21 IVANEGA, M. *Control Público. Administración. Gestión. Responsabilidad.* Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2016, p. 67.

- Promover la profesionalización de los auditores y servidores públicos ligados al proceso de fiscalización;
- Fortalecer primordialmente los mecanismos de vigilancia y rendición de cuentas, entre otros.
- Que existan un verdadero régimen de consecuencias oportuno ante conductas ilícitas, y
- La oportunidad de las auditorías constituye un elemento primordial contra la lucha de la corrupción, ya que cuando estos insumos llegan de manera tardía, se dificulta activar los mecanismos de persecución. De las auditorías presentadas en el año 2018 por la Cámara de Cuentas se puede observar que las mismas no ha tenido una oportunidad, ya que generalmente auditan el periodo del año 2014.

6 Reflexiones Finales

La Constitución dominicana establece directrices concretas sobre control de los recursos públicos, estableciendo mecanismos de control y fiscalización sobre el patrimonio, los ingresos, gastos y uso de los fondos públicos que se llevará a cabo por el Congreso Nacional, la Cámara de Cuentas, la Contraloría General de la República, en el marco de sus respectivas competencias. El control interno es ejercido por la Contraloría General de la República mientras que el externo es ejercido por la Cámara de Cuentas. El constituyente dominicano ha optado por un sistema extra poder para establecer el órgano de control externo.

Es de vital importancia que al órgano que ejerce el control externo se le garantice su independencia operativa y presupuestaria, y la inamovilidad de sus miembros durante un periodo suficiente para garantizar el ejercicio de sus funciones, salvo que incurran en causa de responsabilidad grave. La falta de profesionalización y transparencia constituyen dificultades en el proceso de auditorías gubernamentales que son el insumo principal para el ejercicio de los mecanismos de control y fiscalización.

Me parece que debe existir un cambio de consciencia y enfoque hacia los mecanismos de control y fiscalización por parte de los servidores públicos. Es decir, este proceso debe ser visto como una fase natural dentro de sus funciones, que sirve para salvaguardar los recursos públicos, que en definitiva pertenecen a todos, aunque sean administrados

CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

No.	NOMBRE DE LA ENTIDAD	PERÍODO	RESOLUCIÓN	FECHA DE RESOLUCIÓN	ACUSE DE RECIBO PEPCA	ACUSE DE RECIBO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA
1	Ayuntamiento Municipal de Montecristi	2012-2013	AUD-2016-X-004	23/11/2016	25/01/2017	25/01/2017
2	Fundación Se Puede	2012-2015	AUD-2017-001	20/01/2017	10/02/2017	10/02/2017
3	Ayuntamiento Municipal de San Cristóbal	2013-2014	AUD-2016-065	08/12//2016	23/03/2017	23/03/2017
4	Junta de Distrito Municipal de La Canela, Prov. Santiago	2013-2014	AUD-2017-008	30/03/2017	05/06/2017	05/06/2017
5	Oficina Nacional de la Propiedad Industrial (ONAPI)	2010-2013	AUD-2017-012	11/05/2017	28/07/2017	28/07/2017
6	Ayuntamiento Municipal de Guaymate, Provincia La Romana	Según denuncias de fecha 30 de abril y 11 de septiembre de 2013	AUD-2017-014	13/06/2017	23/08/2017	23/08/2017
7	Comisión Nacional de Energía (CNE)	2008-2014	AUD-2017-015	13/06/2017	15/09/2017	15/09/2017
8	Tesorería Nacional (TN)	2011-2014	AUD-2017-016	28/06/2017	26/10/2016	26/10/2016
9	Ministerio de Cultura	2012-2014	AUD-2017-023	01/08/2017	26/10/2017	26/10/2017
10	Fondo Común de Servicios Sociales, Pensiones Y Jubilaciones a los Trabajadores Sindicalizados del Área de la Construcción y todas sus Ramas Afines (FOPETCONS)	2010-2013	AUD-2017-024	15/08/2017	09/11/2017	09/11/2017

temporalmente por quienes ocupen funciones de dirección y administración en la Administración Pública.

La sociedad del presente siglo, exige que la Administración Pública, sus funcionarios y servidores no solo sirvan objetivamente a la comunidad basados en una buena administración, sino que deben demostrar cómo sirven, de manera abierta y transparente, y sujetos a todos los mecanismos de control que puedan existir.

En definitiva, de lo que trata se trata es de seguir construyendo un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual las prácticas de corrupción sean las menos comunes. Para ello, se requiere ineludiblemente un liderazgo político e institucional forjado en valores éticos y morales, con capacidad y que utilice eficazmente las nuevas tecnologías de la información. Si bien, en la República Dominicana se ha avanzado un poco en los procesos de control, no es menos cierto que un verdadero avance cuántico requerirá de una Cámara de Cuentas más comprometida a ejecutar de una vez y por todas su función de control externo.

Notas Bibliográficas

BARJAN MUFDI, Juan. *La Cámara de cuentas. Historia y Legislación.*

Editora Amigo del Hogar, Primera edición, Santo Domingo, República Dominicana, 2001.

CORDERO VEGA, Luis. *El control de la Administración del Estado.* Legal Publishing, Chile, 2da Edición, 2009.

FERNANDEZ AJENJO, J. A. *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción.* Thomson Reuters. Primera edición, España, 2011.

IVANEGA, Miriam Mabel. *Control Público.* Administración. Gestión. Responsabilidad. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2016.

GÓMEZ ARELLANO, A. y PORTELA González, C. *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana.* Tomo II. Directores Pedro González-Trevijano y Enrique Arnaldo Alcubilla. La Ley, Madrid, 2012.

JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho Constitucional.* Volumen II. Ius Novum. Amigo del Hogar, Segunda Edición, Santo Domingo, 2012.

KELSEN, Hans. *Foundations of Democracy.* Ethics, LXVI, 1955 en Escrito sobre la democracia y el socialismo. Traducción Juan Ruiz Manero. Debate. Madrid, 1988.

ROQUE CITADINI, Antonio. *El control externo de la Administración Pública*. Editora Max Limonad, Sao Paulo, Brasil, 1995. Editado por la Contraloría General de la República de Venezuela, 1999.

Constitución, Eficacia y Gasto Público

Manuel Fermín Cabral*

Introducción

Para la República Dominicana, la reforma constitucional del 2010 significó un importantísimo paso de avance en lo que concierne a la limitación del poder. La consagración por vez primera de los más significativos principios del derecho administrativo, así como la regulación y desarrollo de sus principales categorías, resaltan la construcción de un renovado derecho administrativo: un “derecho administrativo constitucionalizado” que pone a las “personas” y la “garantía de sus derechos” como el fiel reflejo del interés general y, consecuentemente, como el eje central de la función administrativa. Así lo prescribe el asambleísta del 2010:

“Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas” (artículo 8).

Y no es para menos: se trata de una depurada concepción germanista del “Estado Social y Democrático de Derecho”, enraizada, por supuesto, en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos. Y es justamente en la “cláusula del Estado Social” en

* Profesor de Derecho Administrativo a nivel de grado y postgrado en la Universidad Iberoamericana (UNIBE), en el Instituto Global de Altos Estudios en Ciencias Sociales (IGLOBAL), la Escuela Nacional del Ministerio Público (ENMP) y en la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA). Secretario de la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Inc. (ADDA).

donde encuentra su fundamento el principio de eficacia, principio que hoy finalmente se ve plasmado en el artículo 138 de la Constitución.

La expresión “Estado Social”, que tiene “su origen en la cultura jurídica alemana: está literalmente tomada de la Ley Fundamental de Bonn” (Santamaría Pastor), pone de relieve el nuevo paradigma derivado del tránsito de la concepción normativista, esto es, de mera protección de la esfera de libertades del “individuo” y del “mercado” — una Administración no interventora en la vida de las personas —, hacia un nuevo Estado cuya intervención tomaría ahora el cauce prestacional como consecuencia del influjo de la filosofía socialdemócrata en los Estados modernos.

Bajo la “cláusula social”, el Estado evoluciona más allá de las fórmulas decimonónicas de absoluto respeto de las “libertades públicas”, o los también denominados derechos fundamentales de primera generación, hacia un modelo de “Estado prestacional”, de un Estado cuyo fin radica también en tratar de hacer eficaz los nuevos derechos subjetivos de contenido social. En palabras de Santamaría Pastor, “una concepción política del Estado según el cual éste no se limita, como propugnaba la teoría liberal, a corregir las disfunciones más graves y ostensibles del mercado y de la sociedad civil, sino que asume la responsabilidad de conformar el orden social en el sentido de promover la progresiva igualdad de todas las clases sociales y de asegurar a todos los ciudadanos el acceso a un cierto nivel de bienestar económico, el disfrute de los bienes culturales y una cobertura de riesgos vitales; en términos jurídicos, equivale a la imposición a todos los poderes públicos de un deber de actuar positivamente sobre la sociedad, en una línea de igualación progresiva de todas las clases sociales y de mejora de sus condiciones de vida.”¹

El constitucionalismo social, cuyos primeros signos aparecen en la Constitución de Querétaro de 1917 (México) — consolidado luego en el constitucionalismo del periodo post-segunda guerra mundial —, parte, primero, del reconocimiento de derechos que para su materialización requieren de la intervención de la “mano visible” — no “invisible”— del Estado. Se trata de derechos (educación, salud, vivienda, entre otros), denominados de “segunda generación”, cuyo deber prestacional recae originariamente en el Estado. Pero no basta, pues, el reconocimiento de tales derechos; de ahí que, en segundo término, la “concreción” de estos

¹ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. (2009). *Principios generales de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid. IUSTEL. 2da. edición. p. 66.

postulados constituya uno de los grandes retos del “Estado Social y Democrático de Derecho”, de cara a la función esencial de éste: la “protección efectiva” de los derechos de las personas. Y es que la inclusión explícita de la palabra “efectiva” no resulta de una visión programática o simplemente “declarativa” de la norma constitucional: la inclusión se erige, más bien, en la consolidación del paradigma del “Estado Social”, que no era nuevo en el constitucionalismo vernáculo — sin dudas el contenido de la Constitución de 1955 sentó los cimientos para el surgimiento de una noción acabada de la ideología social de la Constitución —, pero que no contaba con la consagración expresa de éste, reitero, como arquetipo, ni con lo que vendría a ser la “consecuencia más importante del principio de Estado Social para la Administración” (Parejo Alfonso): el principio de eficacia, ahora plasmado en el artículo 138 de la Constitución, como un principio de actuación para la Administración.

El principio de eficacia, tal y como lo sostiene Parejo Alfonso, “predica, en principio, la producción intencionada de una realidad como resultado de la acción de un agente (cabalmente la Administración) idóneo para obrar en tal sentido y cumplida conforme al programa legal pertinente.”² Y añade: “Como criterio de toda actuación administrativa, la eficacia engloba necesariamente la eficiencia y la economía en la ejecución del gasto público encomendado a la Administración.”³

La Administración, de cara a los postulados constitucionales del Estado Social, orienta el ejercicio de la función administrativa a objetivos delineados normativamente; esto es, a la consecución eficaz de resultados exigidos por el ordenamiento jurídico y que tienen por fin esencial la protección efectiva de los derechos de las personas. Así lo prescribe el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP), No. 247-12, del 9 de agosto de 2012, al delinear lo que ha de denominarse como “objetivo principal de la Administración Pública”:

“La Administración Pública tiene como objetivo principal satisfacer en condiciones de eficacia, objetividad, igualdad, transparencia, publicidad y coordinación y eficiencia el interés general y las necesidades de sus usuarios y/o beneficiarios, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado. Es tarea fundamental de todo integrante de la organización administrativa participar de las funciones esenciales del Estado destinadas a procurar el desarrollo humano pleno a fin de que

2 PAREJO ALFONSO, Luciano. (2008). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid. Tirant Lo Blanch. 2da. edición. p. 64.

3 *Ibid.*, p. 64.

la calidad de vida de toda persona corresponda a los supuestos que exige su dignidad de ser humano.”

En efecto, el Tribunal Constitucional dominicano, en una interesantísima decisión — en la cual se plasman las grandes líneas para el desarrollo de una doctrina que consolida el constitucionalismo social a la luz de la reforma constitucional del 2010 —, la sentencia No. 203/13, referente a un caso que abarcaba concretamente derechos de naturaleza prestacional — un reclamo en torno al derecho a la seguridad social—, estableció lo siguiente:

“Para hablar de desarrollo humano, justicia social, equidad, igualdad de oportunidades y solidaridad, no basta con que el texto supremo consagre su interés de alcanzar esa zona de bienestar y dignidad, ni que establezca las pautas a seguir para lograrlo. Es necesario, más aun, que los mecanismos creados por el constituyente y el legislador sean realmente efectivos, logren realizar los principios sobre los cuales se fundan, tales como los de eficacia, de razonabilidad y de celeridad, todos los cuales quedan vulnerados y, con ellos, la integridad de algunos derechos fundamentales, cuando, como en la especie, la administración no ha sido lo suficientemente proactiva y sensible para atender los reclamos de un trabajador que, por las condiciones propias de su existencia particular, conforman y definen prácticamente su vida.”

Añade el máximo intérprete de la Constitución:

“En un Estado Social y Democrático de Derecho, es función esencial la protección efectiva de los derechos de las personas, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva dentro de un marco tanto de libertad individual como de justicia social que sean compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas, lo cual es posible cuando se cuenta con una administración pública cuya actuación se encuentre sujeta a los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad, coordinación (...) Así, la eficacia en la actuación de la administración es uno de los soportes que garantizan la realización de las personas que conforman un Estado y la protección efectiva de sus derechos fundamentales, por lo que es innegable que la tardanza innecesaria e indebida en la atención a las solicitudes de los particulares pueden constituirse en violaciones a derechos fundamentales, máxime cuando éstos derechos se encuentran íntimamente vinculados con la satisfacción de las necesidades básicas para la subsistencia digna de una persona envejeciente que, sin las atenciones mínimas, se expone

a penurias y enfermedades, por lo que su atención debe ser una prioridad para el Estado.”

De su lado, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia No. 733-09, expresa, en torno al principio de eficacia, que “dentro de los fines esenciales del Estado está “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)”. Con fundamento en esto, la jurisprudencia de esta Corte ha protegido el denominado “principio de eficacia de la administración pública”, según el cual las autoridades administrativas ostentan cargas relativas al desempeño de sus funciones, en orden a implementar y brindar soluciones a problemas de los ciudadanos. Dichos problemas constituyen deficiencias atribuibles a deberes específicos de la administración, y así las mencionadas soluciones han de ser ciertas, eficaces y proporcionales a éstos.” Y es que, como bien lo sostiene Santamaría Pastor:

“si la CE (Constitución) exige a los poderes públicos que realicen una actividad conformadora de la sociedad, de corrección de sus desigualdades y de mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, es obvio que su pretensión era que tales metas se consiguieran efectivamente, en el terreno de los hechos y no solo en el de las grandes declaraciones.”⁴

1 La Eficacia como Principio de Actuación de la Administración y su Alcance en el Ordenamiento Jurídico del Estado

La eficacia, como mandato constitucional, condiciona el accionar de la Administración: su actuación habrá de regirse *ex ante* por parámetros que orienten la función administrativa a resultados que hagan realidad las grandes conquistas constitucionales derivadas de la concepción social del Estado. De ahí que la evaluación de los resultados expuestos en el ordenamiento jurídico, como fin de una determinada política o acción estatal — que no es sino una manifestación *ex post* para la verificación del mandato de eficacia administrativa —, no sea el principal aspecto, ni siquiera enteramente el más relevante para la respuesta definitiva a la pregunta de cuán eficaz ha sido la Administración de cara a sus deberes en el contexto de un Estado Social.

4 SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, ob. cit., p. 68

Día tras día cobran más importancia los condicionamientos que, para un ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico del Estado, se derivan del mandato constitucional de eficacia. Se trata entonces de la vigencia de principios cuyo despliegue y consecuente reflejo como deber a cargo de las Administraciones, conllevan más expeditamente a la verificación de consecuencias jurídicas concretas que impactan *ex ante* en la validez misma del comportamiento administrativo examinado. Y es que la conducta irregular imputable a la Administración, ante la comprobación del incumplimiento de los compromisos resultantes de la naturaleza correctiva de la función administrativa — en lo particular, frente a las disfunciones de sociedades estremecidas por la “desigualdad extrema”—, no desencadena, en principio, la invalidación de dicha conducta. No es éste, pues, el ámbito propio para la expansión de la categoría de la invalidez de los actos administrativos, puesto que el mandato de eficacia, más allá de su impronta como principio, una vez establecido su desconocimiento, asemejaría consecuencias disimiles a las normalmente previstas para aquellos principios enquistados, por ejemplo, en la cláusula del Estado de Derecho (verbigracia: juridicidad y tutela judicial efectiva).

Sin desmedro de las lagunas impuestas en aquellos ordenamientos que, como el nuestro, padecen de un contenido regulador suficiente para garantizar a plenitud la tutela judicial, lo cierto es que la problemática surgida a propósito del control jurisdiccional del cumplimiento o no del mandato de eficacia, pone de relieve, justamente, lo planteado con anterioridad: la directiva de eficacia no comporta, en la mayoría de los casos, las consecuencias propias de los comportamientos administrativos inválidos. Ya lo destacaba Santamaría Pastor al explicar los problemas de aplicación del principio de eficacia:

“Si muchas veces la conclusión acerca de si una decisión administrativa es ilegal es cuestionable y opinable, es literalmente imposible, salvo casos extremos, muy poco frecuentes, decidir de modo objetivo sobre si una actuación administrativa ha resultado o no eficaz (por ejemplo, porque los objetivos no se cuantifican; o porque cuando se hace, la eficacia no es cuestión de sí o no, de blanco o negro, sino de grado) (...) El enjuiciamiento de la eficacia administrativa es una cuestión de valoración puramente política, que solo corresponde a los creadores de opinión y, en última instancia, a los ciudadanos en el momento de depositar su voto.”⁵

5 Ibid., p. 71-72

¿Declarar la nulidad o anulabilidad de una “conducta” omisiva o de inactividad administrativa que no satisfizo las expectativas en términos de eficacia? ¿Acaso es la invalidez la respuesta del ordenamiento jurídico a la ya de por sí entrecomillada obligación prestacional a cargo de la Administración, que debería prevalecer para la garantía de la observancia de los postulados sociales de raigambre constitucionales? No parecería ser ésta la solución más efectiva. Por ello la relevancia, no solamente de los principios de actuación administrativa que se derivan o interactúan con el mandato de eficacia — como el principio de eficiencia, por ejemplo —, sino también de los múltiples instrumentos jurídicos con los que cuenta la Administración para llevar a cabo con efectividad la función administrativa. Las potestades y privilegios de naturaleza administrativa, por un lado, y el deber de buena administración, por el otro, resaltan en este tenor.

1.1 Eficiencia como Principio Constitucional Derivado del Mandato de Eficacia

El caso del principio de eficiencia resulta particularmente importante. Como derivado del mandato de eficacia —que conlleva, como hemos dicho, la consecución de metas fijadas —, el principio de eficiencia propugna porque los resultados obtenidos sean realmente efectivos, pero utilizando la menor cantidad de recursos disponibles para la obtención de dicho resultado. La racionalidad en el uso de las vías o recursos constituye un aspecto fundamental: que la efectividad de una política pública no conlleve sino el uso racional de los recursos estrictamente necesarios para la consecución de la misma. De ahí que la eficacia conlleve, para su concreción, la eficiencia. Como bien afirma Parejo, “dado su contenido, el deber en que se traduce el principio incluye de suyo la exigencia de eficiencia”, en tanto que, “al realizar el interés general conforme a Derecho es, por definición, ejecutora de programas de gasto público, toda actuación administrativa debida-eficaz ha de responder a los criterios de eficiencia y economía establecidos, nada menos que con rango constitucional.”⁶ Y agrega, haciendo énfasis en el gasto público:

⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano Alfonso. (1995). *Eficacia y Administración: tres estudios*. Madrid. INAP-BOE, 1era. edición. p. 106.

“La eficiencia es, pues, un principio diferenciado del de eficacia: ambos tienen contenidos y radios de acción distintos. El primero se circunscribe a los recursos públicos que posibilitan la acción del Estado o gasto público; tiene por destinatario a todos cuantos poderes públicos tengan disposición sobre la determinación, distribución, asignación y aplicación de dichos recursos (...) y predica exclusivamente la mejor gestión posible en los términos que vimos al tratar del significado de la eficiencia en la ciencia económica y la gestión o el *management* públicos.”⁷

Respecto de ambos conceptos, eficacia y eficiencia, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia No. 826/13, hizo un importante abordaje sobre la delimitación de los mismos, destacando en ambos casos su significado y relevancia para un Estado Social y Democrático de Derecho. Decía la citada corte:

“...en lo que atañe al principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a ser limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos – beneficios.”

Añade el referido tribunal:

“...esta Corte ha hecho referencia clara a la implementación del principio de eficacia, afirmando que este principio de la administración impone deberes y obligaciones a las autoridades para garantizar la adopción de medidas de prevención y atención de los ciudadanos del país, para garantizar su dignidad y el goce efectivo de sus derechos, especialmente de aquellos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta (...) de manera que en muchas ocasiones se ha ordenado a la administración pública la adopción de medidas necesarias que sean realmente eficaces para superar las crisis institucionales y humanitarias generadas por dichas situaciones, sin que para ello se presente como óbice argumentos de tipo presupuestal (...) es evidente para esta Corporación que el principio de eficacia impide que las autoridades administrativas permanezcan inertes ante situaciones que involucren a los ciudadanos de manera negativa para

7 Ibid., p. 106-107.

sus derechos e intereses (...) esta Corte ha concluido que el logro de la efectividad de los derechos fundamentales por parte de la administración pública se basa en dos principios esenciales: el de eficacia y el de eficiencia. A este respecto ha señalado que la eficacia, hace relación al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la eficiencia a la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. En este sentido, ha sostenido que estos dos principios se orientan hacia la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho.”

Se trata, al decir de Gimeno Feliu, de un principio “claramente relacionado con la economía, lo que se explica en el hecho del rol que juegan los poderes públicos en el desarrollo de las distintas políticas económicas.”⁸ Y no es para menos: las políticas económicas — entre ellas la fiscal — son diseñadas por las Administraciones públicas en ejercicio de sus prerrogativas y es en dicho contexto que la observancia de los principios de eficacia y eficiencia se erigen en un imperativo de ineludible cumplimiento. El desarrollo de políticas de inversión pública, por ejemplo, estarán siempre incididas por el mandato de eficiencia, dada la relación inquebrantable entre inversión y gasto público. En palabras de Gimeno Feliu:

“debe prestarse atención al análisis económico en la actuación de los poderes públicos, en cuanto nos debe permitir analizar las normas jurídico-administrativas así como las distintas decisiones de los poderes públicos para determinar en qué medida impiden el “despilfarro” de recursos escasos a la vez que posibilita estudiar estas normas en función de las concretas consecuencias socioeconómicas que producen sobre los ciudadanos.”⁹

Lo de las decisiones administrativas encuentra resguardo en las fórmulas de control de la discrecionalidad en la aplicación del gasto público: la norma sustantiva prevé de forma expresa el deber de racionalizar el gasto público como un mandato para las Administraciones; lo que se traduce, pues, en un límite al ejercicio de las potestades discrecionales en la ejecución de las políticas concernientes al gasto público y el presupuesto.

8 GIMENO FELIU, José María. (2010). “El principio de eficiencia.” En Santamaría Pastor, Juan Alfonso (coord.). *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Madrid. La Ley, 1era. edición. p. 1256.

9 *Ibid.*, p. 1258.

1.2 Deber Constitucional de Racionalización del Gasto Público

En el caso de la República Dominicana, el ordenamiento jurídico ha complementado el mandato de eficacia, reconociendo la vigencia de otros principios cuya vinculación a dicho mandato resulta incuestionable. El caso del deber del Estado de racionalizar el gasto público constituye un fiel ejemplo de ello. Y es que el artículo 75.6 de la Constitución del 2010, a pesar de tratarse de la normativa sustantiva reguladora de los deberes de los ciudadanos frente al Estado, establece, en ese sentido — en un acápite referente al deber de tributación de los ciudadanos —, lo siguiente: “Es deber fundamental del Estado garantizar la racionalidad del gasto público y la promoción de una administración pública eficiente.” Mas, el texto constitucional no se limita a plasmar el deber señalado con anterioridad, sino que regula los denominados “criterios para asignación del gasto público”. Al respecto, el artículo 238 de la Constitución dispone:

“Corresponde al Estado realizar una asignación equitativa del gasto público en el territorio. Su planificación, programación, ejecución y evaluación responderán a los principios de subsidiaridad y transparencia, así como a los criterios de eficiencia, prioridad y economía.”

De igual forma, el artículo 218 de la Constitución, al prever y desarrollar el contenido del mandato para un “crecimiento sostenible”, en el marco de los “principios rectores” del régimen económico, es enfático en el señalamiento de la “utilización racional de los recursos disponibles”. Dice, al efecto, el citado texto:

“La iniciativa privada es libre. El Estado procurará, junto al sector privado, un crecimiento equilibrado y sostenido de la economía, con estabilidad de precios, tendente al pleno empleo y al incremento del bienestar social, mediante utilización racional de los recursos disponibles, la formación permanente de los recursos humanos y el desarrollo científico y tecnológico.”

1.2.1 Racionalidad en el Gasto Público, Organización Administrativa y Potestad Organizatoria

Además de establecerse que la racionalización del gasto público es un deber constitucional del Estado, la Ley Orgánica sobre Administración Pública (LOAP), normativa que tiene por objeto plasmar los principios rectores y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, consagra la eficacia, la eficiencia y la racionalización como principios para el desarrollo de la potestad organizatoria en el seno de la Administración. El primero, el principio de eficacia, visto desde la perspectiva de la organización administrativa, encuentra significado — en el artículo 12.6 de la LOAP— en los términos a continuación expuestos:

“La actividad de los entes y órganos de la Administración Pública perseguirá el cumplimiento de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y convenios de gestión, bajo la orientación de las políticas y estrategias establecidas por el o la Presidente de la República. La Administración Pública debe garantizar la efectividad de los servicios públicos y otras actividades de interés general, en especial su cobertura universal, continua y de calidad. Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad y evitar dilaciones indebidas. La actividad de las unidades administrativas sustantivas de los entes y órganos de la Administración Pública del Estado se corresponderá a la misión de éstas, y la actividad desarrollada por las unidades administrativas de apoyo técnico y logístico se adaptará a las de aquellas.”

Asimismo, los principios de eficiencia y racionalidad se ven definidos en los numerales 7 y 8 del referido artículo 12 de la LOAP. El primero, descrito de la manera que sigue:

“La asignación de recursos a los entes y órganos de la Administración Pública se ajustará estrictamente a los requerimientos de su funcionamiento para el logro de sus metas y objetivos. El funcionamiento de la Administración Pública propenderá a la utilización racional de los recursos humanos, materiales y presupuestarios.”

El segundo, en un plano similar, del modo siguiente:

“El tamaño y la estructura organizativa interna de los entes y órganos de la Administración Pública serán proporcionales y consistentes con los fines y propósitos que les han sido asignados. Las formas

organizativas que adopte la Administración Pública serán las necesarias para el cumplimiento de sus metas y objetivos y propenderán a la utilización racional de los recursos del Estado.”

Finalmente, la LOAP también contempla otro principio vinculado al mandato de eficacia: el principio de responsabilidad fiscal de la organización. Conforme lo expresa la LOAP:

“no podrán crearse nuevos entes y órganos en la Administración Pública que impliquen un aumento en el gasto corriente o endeudamiento del Estado y de las entidades descentralizadas territorialmente, sin que se creen o prevean nuevas fuentes de ingresos ordinarios de igual o mayor magnitud a la necesaria para permitir su funcionamiento.”

La potestad organizatoria, esto es, la prerrogativa “conferida a los distintos poderes públicos para intervenir en el diseño de la organización” (Sánchez Morón), o, en otras palabras, la capacidad de la Administración Pública de incidir en el establecimiento de las estructuras orgánicas e institucionales a través de las cuales se llevará a cabo la función administrativa, está sometida, en tanto que potestad administrativa, a los límites tradicionales que impone el ordenamiento jurídico del Estado, y que, más allá de aquellos contemplados como valedores infranqueables para el ejercicio de dicha potestad (principio de jurisdicción), disponen límites vinculados, por un lado, al mandato mismo de la eficacia administrativa, y, por el otro, a principios y reglas derivados de éste: eficiencia, racionalidad, responsabilidad fiscal y funcionamiento planificado.

La potestad organizatoria — potestad ésta de naturaleza esencialmente discrecional — se ve entonces impactada directamente por el principio de eficacia, así como por principios derivados precisamente de dicho mandato. Esto es, la prerrogativa con la que cuenta la Administración, reconocida en el ordenamiento jurídico del Estado, de instituir y organizar la estructura institucional a través de la cual se canalizará la función administrativa y se ejercerán las competencias administrativas, a pesar de su carácter discrecional, encuentra límites muy precisos y vinculados a un quehacer administrativo eficaz, basado en parámetros de calidad.

La creación de entes y órganos administrativos está entonces sujeta a límites expresos dispuestos por la referida legislación (sin desmedro

de la reserva de ley plasmada en la Constitución, específicamente en su artículo 141, para la creación de los organismos autónomos), según lo prescribe el artículo 7 de la LOAP. De forma particular, el citado texto establece que la creación de entes y órganos administrativos se sujetará, entre otras cosas, a la:

“indicación de su misión y delimitación de sus competencias o atribuciones, y motivación de su creación en base a sus fines, objeto, régimen jurídico y medidas de resultado y estudio previo del impacto de su creación en la racionalidad, eficacia y eficiencia administrativa en el sector.”

Estos límites, plasmados, como se ha visto, en el ordenamiento jurídico-administrativo, al transgredirse, comportan la consecuente declaratoria de invalidez de la actuación de la Administración. Tal sería el caso de que el Poder Ejecutivo instituyese un órgano desconcentrado¹⁰ — lo cual, acorde con lo prescrito en el artículo 71, párrafo I, de la LOAP, no requiere de la intervención legislativa, es decir, no es un aspecto de “reserva de ley”— sin que de manera previa se realizase el correspondiente “estudio del impacto de su creación en la racionalidad, eficacia y eficiencia administrativa en el sector”, disposición ésta contenida en el ya referido artículo 7 de la LOAP. Lo anterior implicaría la invalidez de la actuación administrativa que estableciese la creación del órgano desconcentrado, por contrariedad de la misma con el ordenamiento jurídico. Igual suerte correría el órgano administrativo cuyas competencias se encuentren duplicadas en la organización administrativa. La LOAP, en su artículo 8, es clara:

10 La desconcentración constituye una técnica de distribución de competencias en el seno de una misma entidad jurídica y que tiene por propósito distribuir y especializar el ejercicio de las competencias o la prestación de servicios públicos acercando la Administración a los usuarios (art. 70, LOAP). Al respecto, el artículo 71 de la LOAP establece lo siguiente: “Para asegurar una mayor eficacia de los asuntos de su competencia, los órganos que conforman la Administración Pública Central, así como los entes descentralizados, podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver la materia dentro del ámbito que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables. Párrafo I.- La Administración Pública Central, el Distrito Nacional y los municipios podrán desconcentrar competencias prestacionales o que no impliquen potestades de imperio, por medio de decreto expedido por el o por la Presidente de la República, o mediante ordenanza del Consejo de Regidores de los ayuntamientos, según sea el caso. En tal supuesto, para que el órgano competente pueda recuperar la competencia, deberá previamente intervenir un decreto u ordenanza, que modifique o derogue el decreto u ordenanza anterior. Párrafo II.- Los entes descentralizados funcionalmente sólo podrán desconcentrarse funcionalmente por medio de ley. En tal caso, para recuperar la competencia deberá dictarse una ley que modifique o derogue la anterior.”

“No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprimen estos órganos preexistentes o se les restringe debidamente sus competencias.”

De forma más explícita aún, y tratándose de una normativa que consagra mediante ley orgánica lo que se ha denominado como “Estrategia Nacional de Desarrollo” (END), la Ley No. 1-12 establece dentro de sus “ejes”, el primero, el cual procura, según lo dispone el artículo 7 de la misma:

“[u]n Estado social y democrático de derecho, con instituciones que actúan con ética, transparencia y eficacia al servicio de una sociedad responsable y participativa, que garantiza la seguridad y promueve la equidad, la gobernabilidad, la convivencia pacífica y el desarrollo nacional y local.” Y el “Objetivo General 1.1” es lograr, precisamente, una “Administración pública eficiente, transparente y orientada a resultados.”

Esto conlleva, según lo dispone el acápite “1.1.1”, “[e]structurar una administración pública eficiente que actúe con honestidad, transparencia y rendición de cuentas y se oriente a la obtención de resultados en beneficio de la sociedad y del desarrollo nacional y local.” Es en ese contexto que la citada legislación prescribe en su apartado No. 1.1.1.1, la obligación del Gobierno de turno de:

“racionalizar y normalizar la estructura organizativa del Estado, incluyendo tanto las funciones institucionales como la dotación de personal, para eliminar la duplicidad y dispersión de funciones y organismos y propiciar el acercamiento de los servicios públicos a la población en el territorio, mediante la adecuada descentralización y desconcentración de la provisión de los mismos cuando corresponda.”

Lo antes transcrito sin desmedro de otros objetivos igualmente trascendentes en el marco del principio de eficacia, como lo serían: (i) establecer un marco jurídico acorde con el derecho administrativo moderno que propicie la conformación de un Estado transparente, ágil e inteligente (1.1.1.2); (ii) fortalecer el sistema de control interno y externo y los mecanismos de acceso a la información de la administración pública, como medio de garantizar la transparencia, la rendición de cuentas y la calidad del gasto público (1.1.1.3); y (iii) promover la gestión integrada

de procesos institucionales, basada en medición, monitoreo y evaluación sistemática (1.1.1.4).

En fecha 21 de agosto del año 2012, el Poder Ejecutivo creó el programa de asistencia social “Quisqueya sin Miseria”, mediante la expedición del Decreto No. 491-12. A cargo del citado programa estará la “Dirección General de Programas Especiales de la Presidencia”, órgano administrativo creado también por el referido decreto y que tiene por finalidad “fomentar el desarrollo de capacidades y oportunidades que permitan reducir la pobreza y la exclusión social.” Esto se produce, vale decir, no obstante existir el Gabinete de Coordinación de Políticas Sociales del Gobierno (GCPS), bajo la dirección de la Vicepresidenta de la República, al cual se adscriben múltiples entidades públicas cuyo objeto común es la asistencia social. Lo anterior obliga entonces a cuestionarse en el sentido siguiente: ¿Era realmente necesario crear un nuevo órgano público con tales fines? ¿Cuántos órganos no realizan la misma función en actividades similares? ¿No acrecienta esto la percepción de malgasto de recursos por parte del Estado en un momento en el que se pretende agravar la situación fiscal de numerosos sectores?

¿Por qué crear un nuevo órgano administrativo para administrar, por ejemplo, un programa de contenido social, si otras entidades podían perfectamente hacerlo? ¿Por qué insistir manteniendo en la estructura gubernamental entidades que no tienen razón de ser en la actualidad (INESPRE, INAZUCAR, INAGUJA, CORDE, OISOE, entre otras no menos importantes)? La racionalización en el gasto público y, por ende, en la organización administrativa, se impone como un deber normativo del Estado en toda su extensión (incluyendo los órganos constitucionales: Congreso Nacional, Tribunal Constitucional, Poder Judicial, municipios). Y es un mandato previsto con claridad en leyes orgánicas que, dada su trascendencia — como lo es la Ley de la END —, requieren de un inexcusable cumplimiento de la Administración Pública; esto último, sobre todo, si se pretende concertar un pacto fiscal con los sectores productivos del país. Es así que resulta contrario a tales mandatos el mantenimiento y la creación por parte del Gobierno de órganos que ostensiblemente duplican las funciones que con anterioridad han sido asignadas a otros entes y órganos de la Administración. Y lo que es peor: ello desdice en gran medida los planes de austeridad y de eficiencia en el gasto público que el Gobierno intenta hacer cumplir.

1.2.2 Eficacia, Buena Administración y Procedimiento Administrativo

En fecha 6 de agosto del año 2013, fue promulgada la Ley No. 107-13, sobre Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo. Tan importante normativa vino, pues, a hacer realidad un reclamo históricamente inobservado en el ordenamiento jurídico dominicano: la plasmación, por vía legislativa, del conjunto de disposiciones normativas que integrasen, a título general — puesto que algunos ámbitos sectoriales contemplaban normas procedimentales de carácter especial —, un procedimiento administrativo moderno y garantista que sirviese de contorno supletorio para el resto del ordenamiento jurídico administrativo. Y ello constituye, precisamente, un logro del “constituyente derivado” del 2010, dado que su promulgación se erigía en un mandato expreso de la Constitución: el artículo 138.1 de la Carta Magna así lo establece.

El procedimiento administrativo constituye el “iter procedimental” que habrá de seguir la Administración en el dictado de sus actuaciones administrativas y que tendrían por objeto la creación, modificación o extinción de una situación jurídica. Es el “cauce formal” (González Pérez) para discurrir de la voluntad emanada de la Administración. Se trata, de conformidad con la jurisprudencia española, de “formalidades de índole procesal o rituaría, exigidas en la tramitación de las actuaciones propias de la vía administrativa y que desde luego constituye el cauce jurídico necesario para garantía de los intereses de la Administración y de los titulares.” (STS 17 de febrero 1977). El mismo habrá de ser entonces efectivo, removiendo, por ende, aquellos obstáculos o formalismos que irrazonablemente entorpezcan la resolución de las peticiones e impugnaciones interpuestas por los particulares, en aras de salvaguardar los derechos de éstos en sus relaciones con la Administración. Lo anterior encuentra eco en la definición expuesta por la Ley 107-13, en su artículo 3.6, en lo que concierne precisamente al principio de eficacia: “En cuya virtud en los procedimientos administrativos las autoridades removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán la falta de respuesta a las peticiones formuladas, las dilaciones y los retardos.” De ahí que el procedimiento administrativo, para asegurar la eficacia del mismo, no esté sometido a los rigores propios de ámbitos ajenos al Derecho Administrativo y, en especial, a los fines que constitucionalmente persigue la Administración.

La vinculación entre eficacia y procedimiento administrativo resulta indiscutida: el procedimiento administrativo debe ser eficaz, en tanto que debe dar respuesta a las peticiones formuladas por los ciudadanos, en ejercicio de sus derechos subjetivos, y a las exigencias propias del ordenamiento jurídico. Debe ser consecuente con los fines del mismo: lograr “su fin” (Brewer Carías). Al decir de Brewer Carías, este tema del logro del fin, en efecto, es el que:

“siempre debe orientar el desarrollo del procedimiento; *fin* que está vinculado tanto al interés general, como al interés de la Administración y del administrado. El objetivo del procedimiento administrativo, en definitiva, es la satisfacción de esos fines en el menor tiempo y con el menor costo posible.”¹¹

Pero, ¿cuáles son estos “fines” del procedimiento administrativo? Durante muchos años pareció insustituible la noción doctrinal de la doble finalidad del mismo, atendiendo siempre a su carácter instrumental: aseguramiento, por un lado, del denominado “acierto” de las decisiones de la Administración en el ejercicio de sus prerrogativas, y la garantía o salvaguarda de los derechos de las personas en sus relaciones con ésta. Es lo que se observa, incluso, no solo en el contenido mismo de la normativa reguladora del procedimiento administrativo, la Ley 107-13, la cual en su artículo 15, párrafo I, prescribe que:

“...[e]s finalidad de este procedimiento administrativo garantizar el acierto de la decisión administrativa, al tiempo que se asegura la protección de los derechos e intereses de las personas”, sino que en su “preámbulo”, específicamente en su “considerando séptimo”, la citada normativa refrenda la raigambre constitucional del procedimiento administrativo y su condición de “instrumento esencial” para lograr la ya referida doble finalidad: “Que el mandato de la Carta Fundamental del Estado de incorporar con carácter general en la Administración Pública el procedimiento administrativo, en adición a garantizar la vigencia efectiva de la cláusula constitucional del Estado Democrático, constituye un instrumento esencial que posibilita el acierto de las decisiones administrativas y potencializa el respeto de los derechos fundamentales de las personas en su relación con la Administración y demás órganos y entes que ejercen función de naturaleza administrativa en el Estado.”

11 Brewer-Carías, Allan R. (2016). *Principios del procedimiento administrativo. Estudio de Derecho Comparado*. Editorial Jurídica Venezolana Internacional. p. 156.

Sin embargo, la idea de una “triple finalidad”, enmarcada en la cláusula del Estado Democrático, conforme a la cual el procedimiento administrativo se erigiría, a su vez, en un instrumento de legitimación democrática de los dictados de la Administración — haciendo, en definitiva, más participativa la gestión de la “cosa pública”—, cobra mayor fuerza a nivel doctrinal y normativo (aunque pudiera enmarcarse la legitimación en el primer fin). Así lo consagra el “considerando octavo” de la Ley 107-13: “[A]simismo, el procedimiento administrativo tiene la virtud de generar una mayor aceptación y consenso en los destinatarios de las decisiones administrativas, ya que les permite la obtención de información adecuada y una mejor ponderación de los intereses en juego, evitando la conflictividad judicial o, en su caso, facilitando su ulterior enjuiciamiento, lo que inspira confianza, seguridad jurídica y atracción de la inversión económica.” Y añade, posteriormente, en el “considerando noveno”: “Que el procedimiento administrativo del Siglo XXI no se puede sustentar en las antiguas formas de actuación administrativa, ya que en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho se ha ensanchado el papel que le corresponde a la Administración Pública, que ha venido asumiendo nuevos roles en la relación Estado-Sociedad, lo que genera la necesidad de prever nuevos mecanismos procedimentales que permitan satisfacer eficazmente esos nuevos cometidos.”

Pero si el procedimiento administrativo tiende a la eficacia y, por ende, a la obtención de un resultado, ya sea por efecto de una petición de un ciudadano, o porque el procedimiento se haya iniciado oficiosamente, el mismo implica también la observancia de otros principios vinculados, precisamente, a la eficacia. Así lo sostiene Brewer Carías:

“Este principio de interpretación del procedimiento administrativo implica varios principios que las leyes latinoamericanas recogen: el principio de la instrumentalidad; el principio de la economía procesal; el principio de la presunción de la legalidad y validez, es decir, el de lograr los efectos de los actos comenzando por presumir que son válidos y eficaces; el principio *pro actione* o de la interpretación más favorable a lo solicitado, a la acción, al requerimiento, cuando se trate de procedimientos que se inicien a petición de parte; y el principio de la caducidad del procedimiento cuando no se cumplen las obligaciones por parte del interesado en la continuación del mismo, así como el de la prescripción de la actuación administrativa.”¹²

12 BREWER-CARIÁS, Allan R. (1998). “Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina”. En HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor (coord.). *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*. Caracas. FUNEDA. p. 36.

La realización del mandato de eficacia, en el marco del procedimiento administrativo, comporta el cumplimiento de otros principios que aseguran la verificación óptima de éste; principios éstos que, en su conjunto, conforman otro mandato de reciente surgimiento y de innegable relevancia para una nueva Administración, ya enmarcada ésta en el nuevo contexto de una Administración eficaz: el deber de “buena administración”. Y es que la Administración Pública afronta importantes retos. El siglo XXI, como hemos dicho con anterioridad, demanda de una Administración más eficaz de cara a los reclamos sociales: demanda de servidores públicos más comprometidos, que cumplan cabal y eficazmente sus funciones; pero sobre todo exige calidad en la prestación de los servicios públicos y en el ejercicio de sus prerrogativas y funciones administrativas. De ahí que el deber de buena administración — siendo, asimismo, un derecho fundamental exigible —, conjuntamente con los demás principios y derechos que lo conforman, viene a erigirse como un parámetro para la determinación de cuán adecuadas — en términos cualitativos — resultan ser las decisiones de la Administración.

La buena administración de instituciones públicas, acorde con lo expuesto por Rodríguez Arana, parte del derecho ciudadano a que asuntos “comunes y colectivos” estén ordenados de forma y manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en su conjunto. Las instituciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar conducidas y manejadas por una serie de criterios mínimos, llamados de “buen gobierno o buena administración”, a los que sumarán las diferentes perspectivas de las opciones políticas vencedoras en los diferentes comicios electorales.¹³ El también denominado principio de buena administración, en palabras de Sánchez Morón, indica que la Administración es necesaria para la sociedad y que lo importante no es solo limitar y controlar sus poderes en beneficio de la libertad de decisión del individuo, sino además lograr que cumpla correcta y diligentemente las tareas que la sociedad le encomienda. Es así que el referido autor va más lejos al plantear el mandato de “buena administración” como fin esencial del moderno derecho administrativo:

13 RODRIGUEZ ARANA, Jaime. (2008). “El Derecho Fundamental al Buen Gobierno y a la Buena Administración de Instituciones Públicas.” En Rodríguez Arana, Jaime, et. al. (coord.). *El Derecho a una Buena Administración Pública*. CASTILLA Y LEÓN. Ed. Junta de Castilla y León. p. 16.

“Conseguir una buena administración, no solo en el plano de las garantías jurídicas, sino aumentando la calidad de los servicios y actividades que realiza, es la finalidad primordial del Derecho Administrativo de nuestro tiempo.”¹⁴

Buena administración, procedimiento administrativo y eficacia constituyen tres conceptos indisolublemente ligados por un fin común: alcanzar la plena calidad en el ejercicio de la función administrativa; que es lo mismo que decir “mejorar la vida de las personas”. Y siendo el procedimiento administrativo ese “cauce” que garantiza un discurrir formalizado de la voluntad de las Administraciones, y ese canal a través del cual los ciudadanos encausan también su propia voluntad enmarcada en su relación con la Administración, resulta, pues, que el mismo sea no solo eficaz, en el sentido de la obtención de un “resultado”, sino que este último sea óptimo desde el plano de la “buena administración”. Esto es, que las decisiones administrativas sean rendidas en un plazo razonable — en cumplimiento con los estándares normativos preestablecidos —, debidamente motivadas y en pleno respeto de la contradicción y el derecho de defensa; asegurando previamente el acceso irrestricto al expediente administrativo y que las personas puedan formular sus alegatos oportunamente; en fin, que la decisión de la Administración responda a las exigencias que se derivan del respeto pleno a un derecho subjetivo a una tutela administrativa efectiva. Solo así se podría hablar de “buena administración” como deber ineludible de la Administración y como derecho fundamental de las personas.

El Tribunal Constitucional sigue las orientaciones más progresistas de la eficacia y la buena administración en el procedimiento administrativo. En su sentencia 186/13, fijó el criterio de que:

“las instituciones públicas están en la obligación de ofrecer a todo ciudadano que requiera un servicio, una pronta respuesta que puede ser positiva o negativa, y, en el caso de ser negativa, la misma debe justificarse o motivarse y, en la eventualidad de no hacerlo, no se estarían observando los principios de transparencia y eficacia consagrados en el artículo 138 de la Constitución de la República.”

En otra decisión, la 202/13, el Tribunal Constitucional enfatizó en el sentido de que:

14 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. (2009). *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid. Ed. Tecnos, 3era. edición. p. 63

“la eficacia en la actuación de la administración es uno de los soportes que garantizan la realización de las personas que conforman un Estado y la protección efectiva de sus derechos fundamentales, por lo que es innegable que la tardanza innecesaria e indebida en la atención a las solicitudes de los particulares pueden constituirse en violaciones a derechos fundamentales (...).”

En iguales términos se refiere, ya en el plano del derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia 544/93, al plantear lo siguiente:

“Imponer a las personas con pretensiones o derechos pendientes contra el Fondo la obligación de presentar un escrito de reclamación que no se juzga necesario ni razonable, implica la violación del principio de igualdad consagrado en el art. 13 de la Constitución Política, pues sin que exista un fundamento de hecho serio y válido, se exige a quienes demandan el reconocimiento de algún derecho ante el Fondo, un trámite administrativo sui generis, al cual no se someten las demás personas que tienen que hacer valer sus pretensiones frente a la administración; pero además se les impone la presentación de una petición, en relación con la cual dicho Fondo no se pronuncia. Resulta si transgredido además, el artículo 209 de la C.P., porque se viola el principio de eficacia que rige las actuaciones administrativas, pues, el ejercicio del derecho de petición, que no conduce a una resolución favorable o desfavorable al administrado, se opone a dicho principio, si se tiene en cuenta que las actuaciones de la administración deben dirigirse a la obtención de una determinada finalidad, acorde con el interés público o social que, en el caso del referido derecho, la constituye la resolución administrativa favorable o negativa al interesado.”

La realización del Estado Social exige de un procedimiento administrativo eficaz. Esto es, el cumplimiento de los deberes prestacionales de la Administración —para hacer realidad los derechos de contenido social— demanda de un procedimiento administrativo que garantice el dictado efectivo de las decisiones administrativas; mas no solo eficaces, también ágiles, con celeridad y en ejecución de los plazos previstos normativamente. Este planteamiento parte de una característica propia del procedimiento administrativo: su relación directa y marcada con los derechos de las personas. Por tanto, y he ahí un aspecto importante, el procedimiento administrativo se erige entonces en un componente esencial para que las personas puedan satisfacer sus derechos frente a un Estado que, justo es decir, tiene asimismo el deber de asegurar su

plena eficacia. Todo lo anterior, naturalmente, en el marco de una “buena administración”.

Ahora bien, ¿cómo incide un procedimiento administrativo efectivo en lo que concierne a la calidad del gasto público y, en definitiva, en el desarrollo económico? Esto último, lo relativo al “desarrollo económico”, encuentra eco en la doctrina de reciente cuño expuesta por Rivero y Ortega Polanco, en su obra “Procedimiento administrativo comentado”, al establecer:

“Una vertiente del procedimiento menos explorado, y sin embargo cada vez más importante, es la de su contribución al desarrollo económico. Por supuesto, la Democracia y el Estado de Derecho se orientan en esta misma dirección, pero hoy —en un mundo globalizado— es muy aconsejable incorporar los enfoques del régimen administrativo que mejoren el entorno regulatorio para propiciar la creación de riqueza y puestos de trabajo; reducción de cargas administrativas, agilización de plazos y simplificación para evitar incertidumbres.”¹⁵

Un procedimiento administrativo eficaz, puesto en práctica en base a estándares de calidad (“buena administración”), garantiza un flujo adecuado de las inversiones: reduciendo considerablemente los tiempos de respuesta a las peticiones de habilitaciones (licencias, permisos, concesiones, etc.); afirmando el desarrollo de un procedimiento participativo o concurrente para los interesados, en un contexto de objetividad e imparcialidad, lo que asegura decisiones más apegadas al interés general y al criterio de eficiencia; garantizando que los planes y programas de contenido económico deban pasar el cedazo de la legitimación democrática que supone el agotamiento previo del procedimiento administrativo de consulta pública. Y lo que es más — sobre todo para lo que respecta al gasto público y su calidad —, regulando, mediante procedimientos administrativos que propendan, no solamente al aseguramiento de que los fondos estatales sean gastados de forma eficiente y racional, sino al conocimiento y participación de la ciudadanía en la toma de decisiones sobre importantes proyectos de inversión pública.

¹⁵ RIVERO ORTEGA, Ricardo, y ORTEGA POLANCO, Francisco. (2016). *Procedimiento administrativo comentado*. Santo Domingo. Editora Corripio, 1era. edición. p. 25.

1.2.2.1 El Procedimiento Administrativo para la Puesta en Marcha de Proyectos de Inversión Pública: la Ley No. 498-06, sobre Planificación e Inversión Pública

La doctrina alemana destaca la relevancia del procedimiento administrativo de planificación de proyectos de obras de infraestructura en Alemania. Ibler y Hangst, en ese sentido, resaltan que las:

“planificaciones conforman un medio de acción muy variado y bastante usado por el Estado moderno cuyo objetivo va más allá de la adecuada satisfacción de las necesidades generales actuales de la sociedad, ya que las planificaciones también tienen en mira la satisfacción de las necesidades futuras.”¹⁶

Igual de importante resulta ser la planificación administrativa para la República Dominicana, al menos en términos normativos, puesto que es significativo que la Constitución contemplase la planificación en una sección de la misma: la sección II, intitulada “De la planificación”, del capítulo II del Título XI, esto es, del “Régimen económico y financiero y de la Cámara de Cuentas.” En efecto, los artículos 241 y 242 de la Constitución, regulan, por un lado, la denominada “Estrategia de desarrollo”, y, por el otro, el “Plan Nacional Plurianual”. Dichos textos, transcritos al pie de la letra, disponen, respectivamente, lo siguiente:

“Artículo 241.- Estrategia de desarrollo. El Poder Ejecutivo, previa consulta al Consejo Económico y Social y a los partidos políticos, elaborará y someterá al Congreso Nacional una estrategia de desarrollo, que definirá la visión de la Nación para el largo plazo. El proceso de planificación e inversión pública se regirá por la ley correspondiente (...) Artículo 242.- Plan Nacional Plurianual. El Plan Nacional Plurianual del Sector Público y sus correspondientes actualizaciones será remitido al Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo, durante la segunda legislatura del año en que se inicia el período de gobierno, previa consulta al Consejo de Ministros, para conocimiento de los programas y proyectos a ejecutarse durante su vigencia. Los resultados e impactos de su ejecución se realizarán en un marco de sostenibilidad fiscal.”

16 IBLER, Martin, y HANGST, Matthias. (2012). “La planificación de los proyectos de obras de infraestructura en el procedimiento administrativo alemán.” En Aberastury, Pedro, y Josef Blanke, Hermann (coord.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires. EUDEBA, 1era. edición. p. 188.

En torno al primero de los textos, la “estrategia de desarrollo”, debe destacarse la aprobación y puesta en vigencia de la Ley Orgánica No. 1-12, sobre Estrategia Nacional de Desarrollo, en cuyo contenido puede fácilmente advertirse un sinnúmero de disposiciones normativas que apuntan a la planificación como eje de desarrollo. Más aún, y en lo que respecta concretamente al enunciado que expresa que “el proceso de planificación e inversión pública se regirá por la ley correspondiente”, es importante apuntar la vigencia de la Ley No. 498-06, sobre Planificación e Inversión Pública. Una normativa que, como bien se indica en su preámbulo, vino como respuesta a la necesidad de:

“fortalecer el proceso de inversión a través del cumplimiento riguroso, por parte de los organismos públicos, de requisitos técnicos que posibiliten verificar la prefactibilidad y factibilidad de la ejecución de proyectos de inversión y cuantifiquen la incidencia de la inversión pública en el gasto corriente futuro, tanto en lo que se refiere a la operación y mantenimiento de la misma, como a su financiamiento, con el propósito de lograr una efectiva evaluación y priorización de los mismos.”

Nadie duda de la importancia de la planificación para lograr una buena ejecución del gasto público. La propia Constitución, en su artículo 238, plasma los denominados “criterios para asignación del gasto público”, al plasmar que “corresponde al Estado realizar una asignación equitativa del gasto público en el territorio” y que “su planificación, programación, ejecución y evaluación responderán a los principios de subsidiaridad y transparencia, así como a los criterios de eficiencia, prioridad y economía.” Más aún, la LOAP prescribe, en la parte relativa a sus principios, el llamado “principio de funcionamiento planificado y evaluación del desempeño y de los resultados.” En su artículo 12.5, la LOAP establece que:

“[e]l funcionamiento de los entes y órganos que conforman la Administración Pública se sujetará a las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes estratégicos u operativos y a los convenios de gestión. Igualmente, comprenderá el seguimiento de las actividades, así como la evaluación y control del desempeño institucional y de los resultados alcanzados.”

Ahora bien, ¿en qué consiste la planificación administrativa de la inversión pública? La Ley de Planificación e Inversión Pública (LPIP)

establece el denominado “Sistema Nacional de Planificación e Inversión Pública”, el cual está integrado por el “conjunto de principios, normas, órganos y procesos a través de los cuales se fijan las políticas, objetivos, metas y prioridades del desarrollo económico y social evaluando su cumplimiento” (art. 1). Se dice que dicho sistema es “el marco de referencia que orienta la definición de los niveles de producción de bienes, prestación de servicios y ejecución de la inversión a cargo de las instituciones públicas” (párrafo I, art. 1). Es precisamente en este contexto normativo que se enmarca el procedimiento administrativo de planificación e inversión pública.

En un primer plano, la LPIP, en su artículo 24, define el alcance de la planificación, al establecer que la misma comprende los procesos de formulación, coordinación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas, orientadas a la promoción del desarrollo económico y social sostenible con equidad. Con posterioridad, el artículo 25 de la LPIP define los llamados “instrumentos de la planificación”, cuatro (4) en total, a saber: (i) la “Estrategia de Desarrollo”, desarrollada en la citada Ley Orgánica No. 1-12; (ii) el “Plan Nacional Plurianual del Sector Público” que, acorde con la letra b) del artículo 25 de la LPIP, “con base en lineamientos de la Estrategia de Desarrollo, así como en la política fiscal y el marco financiero del Presupuesto Plurianual elaborados por la Secretaría de Estado de Finanzas, contendrá los programas y proyectos prioritarios a ser ejecutados por los organismos del Sector Público no financiero y los respectivos requerimientos de recursos”; (iii) los “Planes Regionales”; y, finalmente, (iv) los “Planes Estratégicos Sectoriales e Institucionales a mediano plazo”.

Ya en lo que concierne, de manera concreta, al procedimiento administrativo para la realización de los proyectos estatales de inversión, el Título IV de la LPIP contempla el conjunto de disposiciones normativas que regulan la inversión pública. Esta última, la inversión pública, es definida, según el artículo 31 de la LPIP, como todo:

“gasto público destinado a ampliar, mejorar o reponer la capacidad productiva del país con el objeto de incrementar la producción de bienes y la prestación de servicios. Incluye todas las actividades de preinversión e inversión de las instituciones del sector público, y se corresponde con el concepto de inversión bruta de capital fijo definida en el Manual del Sistema de Cuentas Nacionales de la Organización de las Naciones Unidas.”

El “proceso de inversión pública”, al decir de la LPIP, comprende la “formulación, priorización, seguimiento y evaluación de los proyectos de inversión del sector público. Tiene como finalidad incrementar la capacidad productiva instalada del país en función de los objetivos y metas previstos en los planes, optimizando el uso de los recursos asignados.” (art. 30). Estos “proyectos de inversión” abarcan enunciativamente, conforme lo dispone el artículo 32 de la LPIP, las “obras públicas en infraestructura, la construcción y modificación de inmuebles, las adquisiciones de bienes muebles e inmuebles asociadas a estos proyectos, y las rehabilitaciones que impliquen un aumento en la capacidad y vida útil de los activos.”

Este denominado “proceso de inversión pública” comprende tres (3) fases descritas en la LPIP, las cuales en su conjunto configuran un procedimiento administrativo especial, cuyo marco supletorio lo constituye la Ley No. 107-13: (i) la primera fase, la “preinversión”; (ii) una segunda fase, la “inversión”; y una tercera, la que designada como “evaluación ex post”. A continuación, una breve descripción de dichas fases:

Fase de “preinversión”. Consiste fundamentalmente en los estudios previos de “prefactibilidad” y “factibilidad” que debe realizar la Administración en torno a los proyectos de inversión pública. Se dice que estos estudios “deben abarcar (...) tanto la prefactibilidad y factibilidad técnica, económica, social y ambiental, así como el incremento en la capacidad productiva que originará y el impacto que sobre los gastos corrientes tendrá el proyecto una vez puesto en funcionamiento, tanto en lo que respecta a los gastos de operación como a los de mantenimiento.” (art. 33.a).

Fase de “inversión”. Comprende, conforme a la normativa, la inserción en los presupuestos de los entes y órganos de la Administración, la “decisión de la modalidad de ejecución y la ejecución física del proyecto. Esta fase culmina con la puesta en marcha del proyecto.” (art. 33.b).

Fase de “evaluación ex post”. Esta fase abarca los estudios ex post sobre los “impactos efectivos derivados de la puesta en ejecución del proyecto”.

La LPIP, en consonancia con el mandato de eficacia—en cuya virtud encuentra fundamento la citada legislación—, establece los objetivos que en específico habrán de establecerse como consecuencia de

la realización de un “proceso de inversión pública”. Estos objetivos, que están descritos en el artículo 34 de la LPIP, son los siguientes:

- Lograr una eficiente asignación y uso de los recursos destinados a la inversión pública, maximizando sus beneficios socioeconómicos.
- Establecer los criterios, metodologías y parámetros para la formulación, ejecución y evaluación de proyectos que deben aplicar las instituciones comprendidas en el ámbito de la LPIP.
- Establecer los criterios que se requerirán para que los proyectos de inversión pública puedan ser incorporados al Presupuesto de Ingresos y Ley de Gastos Públicos o en los presupuestos de los organismos comprendidos en los literales d, e, f y g del artículo 4 de la LPIP.
- Asegurar la disponibilidad de información oportuna y confiable sobre la inversión pública, a efectos de lograr transparencia en la gestión de la cartera de proyectos.

En definitiva, resulta innegable la incidencia positiva, en términos de observancia a los principios eficacia y eficiencia en la ejecución del gasto público, de la verificación y agotamiento previo de los procedimientos administrativos que regulan la realización de proyectos de inversión pública. El impacto en la calidad del gasto público es incuestionable. Tan importante resulta la observancia de esta normativa, que la propia legislación, en su artículo 39, condiciona la validez de las operaciones de crédito público “que tengan por objeto el financiamiento de proyectos de inversión” — esto es, las operaciones de crédito público descritas en la Ley No. 6-06—, a que dichos proyectos hayan cumplido con los requisitos de “preinversión” establecidos en la ley y que estén priorizados en el Plan Nacional Plurianual de Inversión Pública. Y lo que es más: los organismos públicos contemplados en la LPIP, acorde con lo prescrito en su artículo 40, no podrán incorporar en sus presupuestos ningún proyecto de inversión que no haya sido previamente “recomendado” como “viable” por el Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo, y deberán contar con financiamiento asegurado para la ejecución total del mismo.

2 Algunas Consecuencias Jurídicas de la Inobservancia de Disposiciones Vinculadas a la Eficacia

La creación de un órgano desconcentrado, por la vía de un Decreto del Presidente de la República — al tenor de la potestad de éste,

expresada en párrafo I del artículo 71 de la LOAP —, en desconocimiento de lo prescrito en el artículo 7 de la LOAP, podría conllevar la declaratoria de invalidez del acto administrativo que lo creó — el Decreto expedido por el Presidente —, si se inobservan, sobre todo, los trámites procedimentales que han de verificarse de manera previa a la creación del órgano. Bastaría que se constatará el desconocimiento de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 7, en el sentido de que claramente se omitiere la realización del:

“estudio previo del impacto de su creación en la racionalidad, eficacia y eficiencia administrativa en el sector.” La declaratoria de invalidez¹⁷ podría plantearse al tenor del artículo 14 de la Ley N° 107-13, en su primera parte, que regula la nulidad absoluta o de pleno derecho de los actos administrativos, haciendo hincapié, de manera concreta, en la expresión referente al dictado de un acto administrativo de esa naturaleza, “prescindiendo completamente del procedimiento establecido para ello (...).”¹⁸

Lo anterior supone, tratándose de un vicio de nulidad absoluta o de pleno derecho tipificado — con todas las consecuencias que de ello se deriva: efecto declarativo, ineficacia de la actuación y de carácter *erga omnes* —, la expansión ilimitada de la legitimidad de los interesados para la impugnación del acto administrativo ilícito. Cualquier persona podría impugnar el acto administrativo que revista de tales irregularidades, mismas que, conforme a lo que dispone el ordenamiento jurídico, no pueden convalidarse, pues la gravedad de la infracción así lo determina. Pero lo que es más: el cuestionamiento a la validez del acto podría plantearse en cualquier momento. En ese tenor, Blanquer Criado sostiene:

“En teoría, la radicalidad de los vicios de nulidad de pleno derecho impide que los actos produzcan ningún efecto (ineficacia general o *erga omnes*). Al no producir el acto viciado ningún tipo de efectos

17 A grandes rasgos, la doctrina administrativa es conteste en reconocer tres (3) tipos de vicios que pudieran afectar, en diversas y variadas formas, la regularidad de una actuación administrativa: i) la nulidad absoluta; ii) la nulidad relativa o anulabilidad; y iii) las denominadas “irregularidades no invalidantes”.

18 Artículo 14 de la Ley No. 107-13: “Son nulos de pleno derecho los actos administrativos que subviertan el orden constitucional, vulneren cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, los dictados por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo completamente del procedimiento establecido para ello, los carentes de motivación, cuando sea el resultado del ejercicio de potestades discrecionales, los de contenido imposible, los constitutivos de infracción penal y los que incurran en infracciones sancionadas expresamente con nulidad por las leyes.”

jurídicos válidos, la decisión anulatoria tiene carácter declarativo, ya que se declara que ya en origen el acto estaba jurídicamente contaminado, y por ello lo retrotrae la nulidad a la fecha en que se dictó el acto viciado (decisión declarativa con efectos “*ex tunc*”) (...) Por razón de la gravedad del vicio cualquiera puede denunciarlo, y la declaración de la nulidad puede realizarse de oficio. El vicio de nulidad radical es insubsanable e imprescriptible (*quod ab initium vitiosum est, tractu tempore convallescere non potest*), por lo que la acción para anularlo podrá ser ejercida en cualquier momento.”¹⁹

La consecuencia de la inobservancia de los requisitos del artículo 7 de la LOAP, específicamente al contenido del numeral 1, en lo que respecta a la creación de un órgano desconcentrado, en los términos citados — por un decreto presidencial y sin que la invalidez esté tasada en la LOAP —, acarrearía el vicio de nulidad absoluta, por prescindirse “completamente del procedimiento establecido”, que es donde encajaría precisamente la omisión de los requisitos previstos en la citada disposición. Esto así, sin obviar la interpretación restrictiva que aconseja la doctrina en este aspecto, por difícil que parezca para un Estado que, como el nuestro, padece notoriamente de una precaria institucionalidad. En efecto, para Rivero y Ortega:

“es bien sabido que estos casos han de ser interpretados muy restrictivamente, pues los vicios de competencia o procedimiento pueden ser irregularidades no invalidantes, en los casos más leves, motivos de anulabilidad, en los graves, y únicamente siendo gravísimos de nulidad de pleno derecho, raramente.”²⁰

La omisión a dichos requisitos, en reiteración, se enmarcaría como grave en términos cualitativos y tomando en cuenta el contexto actual. Igual suerte resultaría de producirse la creación indiscriminada de un órgano que visiblemente duplique las competencias de otro órgano ya existente, en contraposición de lo expresado en el artículo 8 de la LOAP.

Distinto sería el supuesto en el que se descarte de plano la aplicación del procedimiento administrativo para los proyectos de inversión pública regulado en la LPIP. Y es que, prescindiendo de destacar su importancia — puesto que ya ello fue abordado con anterioridad —, dos ideas parecieran sostener la improcedencia de declarar la invalidez de

19 BLANQUER CRIADO, David. (2015). *Introducción al Derecho Administrativo*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 3era. edición. p. 506.

20 RIVERO ORTEGA, Ricardo. ob. cit., pp. 104-105

una “inversión pública” en los términos citados, bien sea por nulidad o anulabilidad, al decir de lo siguiente:

Por un lado, la LPIP, además de no prescribir la nulidad o anulabilidad en el citado caso, precisa sanciones para los funcionarios y servidores públicos que incurran en violación al contenido de dicha ley, estableciéndose una consecuencia jurídica concreta y especial para la infracción. Así lo dispone la LPIP en sus artículos 48, 49 y 50. El primero de los textos dispone que el Ministro de Economía, Planificación y Desarrollo, en su calidad de rector del Sistema Nacional de Planificación e Inversión Pública, está en la obligación, y, a la vez, compromete su responsabilidad — de no hacerlo —, de informar al Congreso Nacional, al Consejo de Gobierno, a la Cámara de Cuentas, y a la Contraloría General de la República, de manera inmediata, de toda violación a la presente ley, indicando el funcionario actuante y motivando debidamente la falta de que se trate. De manera más precisa, el artículo 49 de la LPIP dispone: “El no cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente ley compromete la responsabilidad administrativa de los funcionarios comprendidos en el ámbito del Artículo 4.” El propio texto expresa que dicha responsabilidad administrativa se determinará “tomando en cuenta el grado de inobservancia de las normas y procedimientos y el incumplimiento de las atribuciones y deberes por parte de los funcionarios de los organismos del Sector Público definido en el ámbito de aplicación de esta ley.” Cinco (5) son las “sanciones administrativas” — de indudable naturaleza disciplinaria — que, al decir del artículo 50 de la ley, pueden ser impuestas a los funcionarios o servidores públicos que incumplan los mandatos de la normativa: a) amonestación oral; b) amonestación escrita; c) sanción económica desde un 15% hasta un 50% del sueldo; d) suspensión sin disfrute de sueldo; y e) destitución. Así las cosas, resulta indudable que la intención legislativa no radicó en la impugnación de la validez del procedimiento de contratación ante la omisión del trámite exigido en la LPIP. Más bien, de lo que se trata es de una clara inclinación del legislador por un régimen de consecuencias que sancione concretamente el comportamiento irregular del funcionario y no propiamente el resultado de ésta.

Por el otro, la particularidad de una precaria regulación que no vincula el procedimiento para los proyectos de inversión pública con el ámbito normativo de la contratación pública; de ahí que el mismo no se erija en un requisito *sine qua non* — como sí lo sería la disponibilidad

presupuestaria, por ejemplo — que condicione expresamente la validez del procedimiento de contratación pública. Esto es: la LPIP, que es posterior a la Ley No. 340-06, sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Obras, Servicios y Concesiones, no estableció, como requisito previo e ineludible, el agotamiento del procedimiento administrativo para proyectos de inversión pública.

Por último, no menos problemática resulta ser la cuestión de la legitimación de quien pretenda la invalidez de la actuación. Esto, que es aplicable para ambos supuestos — de aceptarse la tesis de que la omisión de la LPIP implique, a lo sumo, un asunto de anulabilidad —, en el entendido de que el concepto de “nulidad absoluta o de pleno derecho”, si bien conlleva o debe conllevar a la expansión ilimitada de la legitimación en los eventuales interesados, no lo sería del todo tratándose de aquellos supuestos en los cuales la vía para lograr la extinción de los efectos de un acto nulo de pleno derecho (o anulable) sea la del procedimiento de declaratoria de lesividad, previsto en el artículo 45 de la Ley No. 107-13. Y es que, al margen de que la inclusión en el citado artículo del concepto de “interesado” enerva necesariamente la legitimación activa de quienes pretendan la nulidad del acto administrativo en esos términos, la legitimación debe extenderse lo más posible, por efecto de una interpretación adecuada del texto —sobre todo en el caso de la lesividad, que tiene por fin esencial la preservación del interés público—, posibilitando que actuaciones que revistan de irregularidades de tal gravedad puedan extinguirse y no surtir efectos en el ordenamiento jurídico. El vicio de “nulidad absoluta o de pleno derecho” debe ser sancionado, por su gravedad, de la forma más eficaz posible.

3 Reflexiones Finales

La Administración está llamada a ejercer la función administrativa apegada a nuevos parámetros jurídicos; a nuevos estándares que se apartan de la tradicional concepción decimonónica del Estado como mero garante de la esfera de libertades individuales. Se trata de una Administración al servicio de las personas; una Administración cuyo fin radica esencialmente en la garantía y, por qué no, la realización de los derechos de las personas. Atrás quedaron las proclamas meramente declarativas de los textos constitucionales que se limitaban a enlistar un

extenso catálogo de derechos de contenido social y que implicaban una nueva orientación estatal hacia un paradigma prestacional.

No se trata del reconocimiento taxativo de esa normatividad sustancial a favor de las personas, ni siquiera de la conciencia en el Estado de la plena exigibilidad de dichos derechos frente a sus acreedores históricos: los ciudadanos. Se trata, pues, que desde la Administración se ejerzan las prerrogativas y competencias administrativas de forma tal que puedan concretizarse los derechos prestacionales de las personas. Esto es: que la Administración sea eficaz en el cumplimiento de sus metas. Y es que, tal y como lo sostiene Parejo, “de aquella — refiriéndose a la Administración — se exige primariamente no sólo que obre o actúe, sino que, al hacerlo, “resuelva” los problemas sociales, es decir, que produzca, en cada caso, un determinado resultado efectivo, es decir, una “obra”, cabalmente la pretendida y señalada como fin u objetivo al diagnosticar el problema de que se trate. Surge así la “efectividad” o, si se prefiere, el “éxito” como criterio de legitimidad de la Administración pública.”

El mandato de eficacia, en el plano del Derecho Administrativo, se erige en el complemento esencial de la cláusula del Estado Social. Y es que solo una Administración eficaz, que cumpla y satisfaga las expectativas y metas programadas, es capaz de cumplir con los postulados de la concepción social del Estado. La realización de los derechos sociales y económicos pende del grado de eficacia de la Administración en el ejercicio de sus potestades y competencias. En efecto, la función administrativa habrá de llevarse a cabo bajo la sombrilla de los principios que integran el mandato de eficacia.

La problemática de cuán eficaz o no ha sido la Administración en el desarrollo de la función administrativa, conlleva — como se ha dicho — a un escenario, complejo por demás, de inviabilidad en el cuestionamiento de la validez de la actuación misma de la Administración: parecería imposible, en buena lógica, determinar la nulidad o anulabilidad del comportamiento administrativo por no ser “eficaz”. Pero, ¿qué hacer ante la innegable fuerza imperativa de un mandato de raigambre constitucional? ¿O es que acaso su contemplación en la norma sustantiva no genera la exigibilidad y obligatoriedad de su cumplimiento?

La respuesta, en principio, estaría, no ya en la valoración de la eficacia como mandato constitucional y su verificación en una determinada conducta administrativa, sino en los principios derivados de dicho mandato y de cuyo contenido se desprenden normas jurídicas que, ante su

infracción, sí conllevarían al ámbito de la invalidez de las actuaciones administrativas o, en el peor de los casos, la responsabilidad administrativa del funcionario. Así las cosas, la Administración deberá asegurarse de actuar en base a parámetros, por ejemplo, como los que integran el concepto de “buena administración”, que, además de condicionar la validez de la actuación administrativa a ejercer, optimicen la utilización de los recursos disponibles —marcados siempre por la escasez en democracias como la nuestra— que garantice el mayor esfuerzo posible en cumplir los objetivos de una Administración eficaz. Se trata de una vacuna previa que aseguraría un gasto público racional, la utilización mínima de los mismos, la realización de funciones de planificación, entre otros aspectos no menos importantes.

La racionalización del gasto público constituye un estándar ineludible para garantía de que la Administración pueda ser eficaz en la obtención de los resultados que demanda la sociedad. Y es que para poder hacer realidad los postulados que acompañan la concepción prestacional de un Estado Social, se precisa de una Administración racional y eficiente en el uso de los recursos públicos disponibles, lo que se traduce en la observancia plena de los mandatos normativos que *ex ante* exigen a la Administración, con suficiente fuerza vinculante, la racionalización y eficiencia en el gasto.

Bibliografía

- BLANQUER CRIADO, David. (2015). *Introducción al Derecho Administrativo*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 3era. edición.
- _____, Allan R. (2016). *Principios del procedimiento administrativo. Estudio de Derecho Comparado*. Editorial Jurídica Venezolona Internacional, 1era. edición.
- _____, Allan R. (1998). “Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina.” En Hernández Mendible, Víctor (coord.). *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA).
- GIMENO FELIU, José María. (2010). “El principio de eficiencia.” En Santamaría Pastor, Juan Alfonso (coord.). *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Madrid. La Ley, 1era. edición.

- IBLER, Martin, y HANGST, Matthias, (2012). “La planificación de los proyectos de obras de infraestructura en el procedimiento administrativo alemán.” En Aberastury, Pedro, y Josef Blanke, Hermann (coord.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires. EUDEBA, 1era. edición.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. (2008). *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2da. edición.
- _____ (1995). *Eficacia y Administración: tres estudios*. Madrid, INAP-BOE, 1era. edición.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, y ORTEGA POLANCO, Francisco. (2016). *Procedimiento administrativo comentado*. Santo Domingo. Editora Corripio, 1era. edición.
- RODRIGUEZ ARANA, Jaime. (2008). “El Derecho Fundamental al Buen Gobierno y a la Buena Administración de Instituciones Públicas.” En Rodríguez Arana, Jaime, et. al. (coord.). *El Derecho a una Buena Administración Pública*. Castilla y León. Ed. Junta de Castilla y León.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. (2009). *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid. Ed. Tecnos, 3era. edición.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (coord.). (2010). *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*.” Madrid. La Ley, 1era. edición.
- _____ (2009). *Principios generales de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, IUSTEL, 2da. edición.

El Control de la Gestion Recaudatoria de Tributos Locales de Exigencia Potestativa Vinculada al Urbanismo

Almudena Fdez. Carballal*

Introducción

“Cualquier análisis conjunto que se haga de la Hacienda Local tiene que partir necesariamente de los dos datos esenciales contenidos en el artículo 142 de la Constitución: primero, que el principio propio por el que se rige esta Haciendas el principio de suficiencia; segundo, que los recursos fundamentales que están al servicio del principio anterior son los tributos propios y las participaciones en tributos ajeros (del Estado y de las Comunidades Autónomas). La mención de estos dos bloques supone que, constitucionalmente, los otros tipos de recursos tiene una categoría hasta cierto punto secundaria”.

Entre dichos recursos financieros de los municipios, “están teniendo una presencia nada despreciable, al parecer, ente las fuentes de ingresos municipales. Y digo al parecer porque la imposibilidad de obtener datos fácticos y cuantitativos, e incluso la dificultad para conocer su misma ordenación legal dada la pluralidad de nomas autonómicas que regulan dicho fenómeno, hace su tratamiento muy difícil. Me refiero a la financiación municipal vinculada al urbanismo”¹.

El ámbito objetivo de la fiscalización en materia presupuestaria abarca la gestión, inspección y recaudación de tributos, precios públicos y otros ingresos de derecho público, tanto en período voluntario como en vía ejecutiva.

La fiscalización comprende, por su parte, los siguientes aspectos: la revisión del cumplimiento de la normativa aplicable en las materias objeto de fiscalización; la comprobación de la fiabilidad de los registros

* Prof. Dra. Titular de Derecho Administrativo. Dir. Ius Publicum Innovatio. Coordinadora de estudios del FIDA

1 Cita de Juan Ramallo Massanet. CU Financiero y Tributario. Tribunal de Contas Europeo.

contables, verificando el cumplimiento de los principios y normas establecidas en las instrucciones contables; el análisis de los procedimientos y las medidas de control interno aplicadas por la Entidad en orden a garantizar una adecuada gestión económico-presupuestaria; la comprobación de la fiabilidad de la aplicación informática de la gestión tributaria.

Para conseguir el objetivo fiscalizador de control, el examen debe realizarse teniendo en cuenta el marco normativo vigente para comprobar su seguimiento y el cumplimiento de la legalidad. En otros términos, un control fiscalizador de la legalidad en materia de gestión tributaria o gestión recaudatoria de tributos. Si bien, en este estudio, lo centraré en uno de los tributos que caracterizan en España la tributación urbanística, como es el Impuesto sobre, Construcciones, Instalaciones y Obras, más comúnmente llamado ICIO, que junto con la Tasa por licencia urbanística representa una de las vías de financiación municipal.

Como revela la historia del urbanismo, a los largo de los años 80 y 90, el urbanismo se convierte en instrumento financiador de actuaciones públicas e instituciones de él derivadas y tienen una inmediata traducción como fuente/formas de financiación de diversas actuaciones públicas. En determinados da lugar a u dada los bienes incorporados, es el caso de los bienes que forman parte los Patrimonios Municipales de Suelo y en otros casos son recursos monetarios que se obtienen, entre otras formas, por la vía de los de tributos potestativos que gravan determinados actos urbanísticos, como es el hecho edificatorio.

Existen figuras o instrumentos urbanísticos cercanas a los tributos, a través de los cuales las administraciones locales obtienen recursos, tales como las cuotas de urbanización que constituyen prestaciones patrimoniales o las cesiones gratuitas de suelo cuando se monetarizan. Ahora bien, su configuración como deber básico que integra el contenido de la propiedad urbana responde al cumplimiento del principio constitucional contenido en el art. 47 de la Constitución, en virtud del cual “la comunidad participará en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos”. Uno de los principios básicos que rigen el sistema urbanístico y contribuyen a garantizar la función social de la propiedad urbana, regulado como norma básica en la legislación estatal del suelo (...) y en los respectivos preceptos de cada Ordenamiento autonómico.

Ahora bien, el objeto de este estudio no son estas formas de obtener recursos, de carácter rigurosamente reglada y de exigencia y

cumplimiento obligatorio, sino algunos tributos gestionados en exclusiva por las Corporaciones locales y que no cuentan con una regulación uniforme por ser tributos locales de carácter potestativo, como es el caso del ICIO.

Este estudio podría abarcar distintos objeto de la fiscalización de este tributo. A título de ejemplo: a) Los datos generales de la recaudación de las deudas, tanto en período voluntario como ejecutivo; b) el examen de los expedientes que, rematado el período ejecutivo, continúan pendientes de cobro, con el objetivo de comprobar, mediante muestra estadística, que se tuvieron en consideración los procedimientos previstos en la normativa con la finalidad de obtener su cobro y que su registro refleje la situación real de los mismos; c) el examen de los expedientes dados de baja con la finalidad de comprobar, mediante muestra estadística, que se llevaron a cabo los trámites previstos en la normativa y que su registro concuerda con la situación real de los expedientes; d) las solicitudes y resoluciones de aplazamientos y fraccionamientos obtenidos de la inspección de tributos y otros recursos públicos; e) los recursos interpuestos contra actos y liquidaciones practicadas por este impuesto, los motivos que originan el recurso; los recursos pendientes y su agrupación por año de interposición.

Por su importancia y porque es en España una práctica frecuente la liquidación provisional de algunos tributos, como es el ICIO, sin que se haya producido el hecho imponible del mismo, la oportunidad de este estudio sobre el destino de estos recursos monetarios debería estar justificado en estos casos o de lo contrario, arbitrar una fórmula legal, que en este trabajo propongo de lege ferenda, regulando la devolución de la liquidación en la vía administrativa bien de oficio bien a instancia de solicitud de devolución del sujeto pasivo obligado.

Con apoyo en la jurisprudencia de los Tribunales españoles, esta devolución estaría justificada en el caso que no se iniciase o no se terminase la edificación por tratarse de un ingreso indebido susceptible de devolución. Se terminaría así con un ciclo oscuro de laguna legal que permite que las cantidades liquidadas provisionalmente por este tributo se puedan convertir en un medio de financiación irregular de las Administraciones Locales dado que son ingresos indebidamente percibidos y que suponen un enriquecimiento injusto para la Administración.

Así, en este estudio, me centraré en un aspecto del apartado e) antes citado, las causas que pueden y generan recursos contra determinadas liquidaciones practicadas con motivo de este impuesto por constituir un ingreso no debido, y que, por tanto, debe ser objeto de un control externo en aras de evitar que tales ingresos puedan servir como una medida de financiación irregular de los Ayuntamientos consecuencia de un ingreso indebido.

El oscuro origen de esta práctica tan habitual en el aparato liquidatorio municipal se debe a que una de las cuestiones más controvertidas en el ámbito del ICIO es la formulación que en la normativa de haciendas locales se ha hecho de la denominada “liquidación provisional” primero y “liquidación provisional a cuenta” después. Una nomenclatura que ha generado múltiples confusiones y equívocos sobre la naturaleza de dicha liquidación previa y que se ha trasladado al campo de la prescripción del impuesto como una de las cuestiones que más recursos y litigiosidad ha generado.

Por qué no evitar el recurso al proceso y regular un procedimiento administrativo de oficio, de reversión al sujeto no obligado de la cantidad abonada en concepto de liquidación provisional cuando, obrando el expediente de licencia en poder de la Administración, conste que la misma ha caducado previa notificación expresa de esta caducidad a las partes. Lo contrario, pasará por forzar al sujeto obligado que inste la terminación del expediente de licencia, mediante la forma de su legítimo desistimiento como una de las formas anormales de terminar el procedimiento Presentada tal solicitud de desistimiento, el sujeto pasivo estará legitimado, en el plazo de prescripción del tributo (4 años en la legislación tributaria española) para solicitar la devolución de la cantidad entregada a cuenta ya que no se ha producido el hecho imponible, la total terminación de la edificación licenciada.

La naturaleza incierta de esta figura tributaria y el carácter potestativo con el que se regula esta figura tributaria en la normativa española no contribuye a la seguridad jurídica ni garantiza la buena administración en la gestión tributaria en su perspectiva subjetiva de derecho del ciudadano en sus relaciones con la Administración.

Como se iniciaba este estudio, en el Ordenamiento español la normativa reguladora de los tributos y el objeto de fiscalización se incluye en pluralidad de normas. Fundamentalmente, en las siguientes disposiciones, que constituyen un marco normativo disperso y de

diferente carácter. Por una parte, en la legislación estatal, esta materia se regula en la Constitución Española del 27 de diciembre de 1978 , en la Carta Europea de Autonomía Local, del 15 de octubre de 1985 (BOE no 47, del 24 de febrero de 1989), Ley 7/1985, del 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (BOE no 80, del 3 de abril), — Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (BOE n 236, del 2 de octubre). Ley 58/2003, del 17 de diciembre, General Tributaria (BOE no 302, del 18 de diciembre), Ley 47/2003, del 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE no 284, del 27 de noviembre). Real Decreto Legislativo 1/2004, del 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (BOE no 58, del 8 de marzo), Real Decreto Legislativo 2/2004, del 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (BOE no 59, del 9 de marzo), Real Decreto 939/2005, del 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (BOE no 210 del 2 de septiembre), Real Decreto 417/2006, del 7 de abril, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004 (BOE no 97, del 24 de abril), Real Decreto 1065/2007, del 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y de los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (BOE no 213, del 5 de septiembre) y Real Decreto 20/2011, del 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE no 315, del 31 de diciembre).

La legislación autonómica en esta materia la constituyen los respectivos Estatutos de Autonomía de las distintas Comunidades Autónomas y las Leyes de Administración local. Se completa el marco normativo con la Legislación de control, externo, en concreto la Ley orgánica 2/1982, del 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (BOE no 121, del 21 de mayo) y las leyes reguladoras de los distintos Consejos de Cuentas y sus Reglamentos de régimen interior.

Por último, la normativa fiscal de la Administración Local, a través de sus Ordenanzas fiscales y los Convenios marco vigentes de cooperación entre las Diputaciones Provinciales y los ayuntamientos en régimen de competencia delegada, del servicio de inspección de los tributos

municipales en lo que cabe destacar que el tributo objeto de estudio no fue objeto de delegación de competencias de gestión y recaudación por casi ninguno de los Ayuntamientos en la vía voluntaria, lo que constituye un dato de interés que merece constante atención a la vista de la situación real de los ingresos que genera este tributo para la financiación local.

En esencial, el régimen jurídico del ICIO se contiene actualmente en el Ordenamiento español en los arts. 100 a 103 del TRLRHL, tras distintas reformas.

Qué se quiere indicar con esto. La respuesta es clara. Que el control interno o intersubjetivo de la gestión recaudatoria local en los tributos locales se trata de evitar por las Corporaciones locales, que ven en este tributo una fuente de recursos importante, con independencia de la coyuntura económica y de las actuaciones que desarrollen los sujetos pasivos, fluctuantes en el tiempo de acuerdo con la situación del mercado inmobiliario y de la vivienda y dependiendo del carácter de las leyes urbanísticas, más o menos liberalizadoras, que han permitido por expreso reconocimiento legal al configurar, una regulación ya derogada, con carácter residual el suelo urbanizable o apto para urbanizar que hoy sólo puede enmarcarse en el principio de un desarrollo urbano sostenible por razones de necesidad, idoneidad o aptitud justificadas de ese suelo para su desvío de fines agrarios y permitir su ocupación.

1 Naturaleza y Características Esenciales del Impuesto y la Conflictividad Derivada de su Transfiguración en un Impuesto Instantáneo

En el Ordenamiento español, el impuesto sobre Instalaciones, Construcciones y Obras fue una de las novedades que introdujo la última reforma e la Ley 39/1988 de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (LRHL) para dar cobertura legal a una práctica extendida por las Corporaciones Locales consistente en cuantificar la tasa de concesión de licencia de obras aplicando un porcentaje el coste presupuestado de las obras, sin conexión aparente entre los ingresos y los gastos derivados de la prestación del servicio.

Se estaba aplicando entonces de manera errónea las categorías o conceptos jurídicos vinculados a las fuentes de financiación por una parte y se estaba gravando con dicha tasa un hecho imponible que no se

había devengado y no se correspondía con el objeto del control reglado llevado a cabo con la licencia, el cual está constituido por la actividad administrativa de comprobación de la conformidad del contenido de la licencia con la ordenación aplicable, muy diferente al que corresponde al ICIO. La reforma se imponía como necesaria para delimitar la función que cada tributo está llamado a desempeñar en nuestro sistema.

No obstante, a pesar de la introducción de este nuevo Impuesto diferente en objeto y naturaleza de la tasa por licencia, desde su vigencia no fueron pocos los problemas que se han derivado de su aplicación. El más importante ha sido el derivado de la confusión entre la obligación de realizar un “ingreso a cuenta” y la obligación de realizar un pago en concepto de una “liquidación provisional”. Confusión que existe actualmente y que constituye uno de los motivos por lo que resulta necesario el control interno de los recursos derivados de este impuesto².

Nuestro art. 103 del actual TRLRHL denomina “liquidación provisional” al acto de determinación de la obligación de realizar un ingreso a cuenta de la obligación tributaria futura. Este error es lo que provocó una confusión generalizada en elementos esenciales de este impuesto como es el caso de su hecho imponible en relación con la cantidad ingresada como liquidación provisional, susceptible de devolución si el mismo no llegaba a producirse.

Se está atribuyendo la naturaleza jurídica de “liquidación” a un acto que tiene lugar antes del devengo y con anterioridad a la realización del hecho imponible, lo que ha alterado la gestión tributaria al convertir este impuesto municipal que en la doctrina se identificó con “un impuesto instantáneo” que se liquida y exige en el momento de la obtención de la licencia sin considerar todo el proceso edificatorio que se desarrolla después y, en especial si se inician o no las obras y si se produce el ejercicio del derecho a edificar que habilita la concesión de la licencia.

Esta situación ha desembocado en una elevada conflictividad, si bien todavía no latente ni conocida por los usuarios de este servicio público local de concesión de licencias, que efectuada la liquidación provisional del impuesto, desconocen que la cantidad ingresada debe ser objeto de devolución.

² Cfr. La doctrina más destacada que se ha ocupado de este tributo en España: MARTIN-BARNUEVO FABIO, D: Los Tributos Locales, obra colectiva, Coord., Ed. Civitas, Madrid, pp. 509 y ss

Si bien ha de señalarse que dicha conflictividad también se derivó de otra causa. La errónea configuración de otro elemento esencial del ICIO como es la base imponible, como consecuencia de la deficiente regulación del ingreso a cuenta que hasta la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988 Reguladora de las Haciendas Locales, no se identificaba el coste real y efectivo de las obras con el coste de ejecución material de las mismas.

Como resultado de esta evolución, debe señalarse que conforme a los datos reales, la recaudación por el ICIO aumentó cada año en mayor proporción que los demás impuestos locales, constituyendo el segundo tributo municipal en capacidad recaudatoria³

En conclusión, no resulta técnicamente admisible la desnaturalización de un tributo como el ICIO con unos límites y contenido bien perfilados en una tasa exigiendo su ingreso provisional como si de una cantidad devengada definitivamente se tratase desconociendo su verdadero hecho imponible. La manipulación de categorías jurídicas, en este caso, en la gestión tributaria local y en sus fuentes de ingresos a costa de los usuarios de servicios públicos con un interés recaudatorio y a costa de transformar el hecho imponible requiere un control de fiscalización para garantizar los principios o valores de justicia.

Como señaló la doctrina científica más especializada:

“si algo diferencia a las tasas de los impuestos no es el hecho que se toma como presupuesto fáctico por la ley para hacer nacer la obligación tributaria (...). Lo importante es la función, el papel que cumple el tributo en el sistema, el modo en el que el tributo colabora en la justa distribución de las cargas públicas.”

La asociación en la aplicación del ICIO con la tasa por licencia de obras y los recursos que las Corporaciones Locales obtuvieron de la referida confusión generaron ingresos indebidos necesarios de control, en tanto no se lleve a cabo una reforma legal arbitrando un procedimiento de devolución del ingreso a cuenta si la obra no llega a realizarse o eliminando la dicotomía de liquidaciones provisional y definitiva con una sola liquidación en el momento en que el sujeto pasivo obtiene la licencia de primera de ocupación.

³ De acuerdo con datos de los Presupuestos de las entidades locales publicados por la Dirección de Coordinación Financiera con las Entidades Locales., la recaudación derivada de los impuestos locales en 2002 y en 2006 por ejemplo, fue de millones de euros 1.341 a 2.637 millones de euros, con una variación positiva del 96 %

En este desarrollo, fue tan problemático la aplicación de este impuesto, tanto que SIMON ACOSTA ha afirmado la falta de justificación de este impuesto, al señalar que:

“lo que no está claro es la existencia de motivación suficiente para que el municipio grave esta actividad y no grave otras. Tèngase en cuenta que ya existe un impuesto municipal sobre actividades económicas que grava el mero ejercicio de todas las actividades empresariales, profesionales y artistas, entre las que se encuentra incluida la actividad de construcción. Por tanto, no es bastante fundamento para la creación de este impuesto la existencia de capacidad contributiva por el ejercicio de la actividad. Tiene que existir una razón adicional que sólo puede encontrarse en el principio del beneficio (...)”.

En opinión de este autor, esta especial relación de beneficio es difícil de descubrir, sobre todo si se tiene en cuenta que, como propietario de inmuebles, los dueños de las obras están ya sujetos al Impuesto de Bienes Inmuebles, que ya es el Impuesto con el que se da la aplicación del citado principio de beneficio”.

Ahora bien, siguiendo a Marín-Barnuevo, dado que el tributo existe en nuestro Ordenamiento, podemos compartir para su justificación que se trata de *“un impuesto sobre el gasto o, mejor dicho, sobre unos consumos específicos, pues sólo queda sometido a gravamen el gasto destinado a la realización de obras”*. Una definición que encaja con la estructura del impuesto y con la configuración de sus elementos esenciales, dado que su sujeto pasivo es el dueño de la obra y la base imponible está constituida por el coste real y efectivo de las mismas⁴.

Ahora bien, un acosa es que el dueño de la obra deba participar en el coste en la construcción, a cuyo fin la legislación ha creado este tributo, y otra muy distinta es que ello cree una franquicia para poder operar libremente sin cortapisas y sin la menor garantía para el administrado. Ocurre, así, en el caso de obligar a pagar un cantidad provisional y que la misma se convierta en un ingreso debido cuando la obra finalmente, por las circunstancias que fueren, no llega a realizarse. El principio de legalidad impide salir del cuadro de la estructura legal del impuesto y al sometimiento al sujeto pasivo a un procedimiento obligacional de tener que cumplir una determinada obligación que no le corresponde.

⁴ Cfr., MARÍN -BARNUEVO FABO, D.: op.cit., p. 514. En el mismo sentido, en la doctrina española, GARCÍA MARTÍNEZ, A.: “La tasa por licencia de obras y el ICIO en los puertos”, Canarias Fiscal, n° 12, nov 2000, p. 9.

Una incoherencia, consecuencia de una actuación anormal de la administración municipal, a la que se han de imputar los efectos de la misma bien a través del procedimiento de reclamación de responsabilidad extracontractual previsto en el Ordenamiento jurídico bien mediante un procedimiento de solicitud de ingreso indebido durante el plazo de garantía que prevea la respectiva previsto en la legislación tributaria, contado dicho plazo, conforme a la doctrina jurisprudencial en el caso español, desde la fecha de producción del acto que pone fin al expediente de licencia que, como se sabe, puede ser no sólo por un modo normal de terminación sino por uno de los modos denominados anormales consistentes en la renuncia, desistimiento o caducidad⁵, como señala la legislación de procedimiento administrativo (art.84.1 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común).

Estamos, por lo tanto, ante un tributo que nació a partir de la tasa por licencia de obras, muy distinta al impuesto y que, por esta razón, ha conservado en el tiempo algunos elementos de aquélla, ocasionando problemas en su aplicación, críticas y dudas en la determinación de algunos elementos esenciales como es el momento del devengo en relación con el hecho imponible, que es el objeto de estudio en lo relativo a la mala praxis de una liquidación provisional que puede convertirse en ingreso indebido y, se causa por ello, de un enriquecimiento injusto por la Administración por no responder a ningún principio ni al fin que la norma prevé con este impuesto.

A la misma conclusión se llega considerando la condición de impuesto instantáneo o periódico del ICIO, que si bien no es pacífica en la doctrina, creemos que se ajusta más a la estructura del impuesto dado que su hecho imponible se agota en un cierto periodo de tiempo, cuando se terminan las obras. Dado que su hecho imponible no se realiza de forma reiterada o continuada en el tiempo no debe fragmentarse su lapso de realización en periodos impositivos que den lugar a obligaciones tributarias autónomas.

En relación con lo que se está tratando, quizás la característica más significativa del ICIO es su carácter potestativo y de cuota variable, tesis aceptada unanimemente y que justifican el control de su gestión por órganos de fiscalización. En España, la LRHL introduce este carácter a

5 Cfr. FERNÁNDEZ CARBALLAL, A : "El régimen jurídico de las licencias", Comentarios a la Ley 9/2002 del Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 442.

determinados tributos con el fin de fortalecer la autonomía tributaria local. Lo que resulta cuestionable a la vista de la práctica en la aplicación del ICIO. Dejar a la voluntad de los Ayuntamientos la decisión sobre la exacción del impuesto, aunque los elementos esenciales del impuesto estén. Reglados por ley, resulta, como se ha demostrado, un riesgo.

El Tribunal Constitucional en sólida doctrina reconoce la necesidad de modular el principio de reserva de ley y la autonomía local (SSTC 19/1987, de 17 de febrero y 233/1999, de 16 de diciembre) en determinados supuestos, lo que habría evitado mal interpretaciones de la cuestión que nos ocupa relativa a falsa “liquidación provisional” que denomina el TRLRHL con desafortunada redacción y el destino incierto de la cantidad liquidada cuando finalmente no se produce el hecho imponible del tributo, sólo por un criterio económico de explorar al máximo las posibilidades de obtención de ingresos reconocidos por Ley.⁶

El problema cabalmente consiste en la confusa o desafortunada regulación de la base imponible por parte de nuestro legislador, lo que ha dado lugar a una dicotomía entre dualidad vs unidad de bases imponibles cuando en puridad sólo existe una única base imponible por referencia al coste real y efectivo de las obras siendo el momento del devengo (art. 100 TRLRHL) la realización de las obras licenciadas. Por una parte, la obligación tributaria principal se asocia por ley (art. 102.11 y 103.1 TRLRHL) a la realización del hecho imponible mientras que el devengo se configura en el momento que nace la obligación tributaria, y que des de lo que ha dado lugar a configurar una erróneamente denominada “liquidación provisional” (art. 103) en un momento anterior a la realización del hecho imponible.

La necesidad de reestructurar y dotar de seguridad jurídica a la regulación de este impuesto no pasa desapercibida. Los tratadistas financieros no se han ocupado del problema que nos ocupa solucionar a los administrativistas tomando como punto de partida el principio de menor intervención en el derecho de propiedad y el necesario equilibrio entre el interés general y los intereses particulares al que el Derecho Administrativo ha de servir. En rigor, no es posible la desviación del

6 En este sentido, en España, son datos del Ministerio de Economía y Hacienda, de la Dirección G de Coordinación Financiera con las Entidades Locales, que en el año 2009 -piénsese que en este año des cuando en nuestro país comienza una crisis llamativa en el sector inmobiliario y de la construcción, lo que condujo a una reducción muy considerable en la obra nueva- de los 691 municipios de más de 10.000 habitantes existentes, todo ellos, menos uno, preveían el ICIO, que suponía una importante fuente de obtención de ingresos.

fin de este tributo. Como toda actuación administrativa discrecional, la gestión tributaria local está vinculada a un fin, el que impone la norma. Y si la norma no prohíbe realizar ingresos a cuenta en concepto de ICIO, dicho ingreso no sólo tiene que estar justificado sino debidamente controlado por los órganos de fiscalización sobre su destino.

2 La Buena Administración en la Gestión Tributaria Local

Toda política pública debe ser una actividad ética. Y sobre todo la urbanística, no puede reducirse a la simple articulación de procedimientos, con ser éste uno de sus aspectos más fundamentales; la política pública debe partir de la afirmación radical de la preeminencia de la persona, y de sus derechos, a la que los poderes públicos, despejada toda tentación de de privilegios y prerrogativas deben subordinarse. Por eso, hay que evitar que, en la delimitación del derecho de propiedad de acuerdo con su función social, no penetren versiones más o menos autoritarias que graven el ejercicio de este derecho en relación con la actividad de construcción de manera desproporcionada e irracional, a través de criterios de oportunidad no justificados

Algo que suele ocurrir en ámbitos en los que el margen de maniobra y discrecionalidad se utiliza para obtener beneficios no precisamente de acuerdo con los intereses públicos. Obviar la dimensión ética en el desarrollo urbano no es sólo privar al ciudadano de una dimensión directamente relacionada con la calidad de vida; es sencillamente practicar un urbanismo cerrado y unilateral.

La validez de las soluciones que se encuentren para elaborar políticas urbanísticas racionales e integradoras vendrán de la mano de la experiencia y del conocimiento del funcionamiento de iniciativas semejantes en otras partes del mundo. En este sentido, la necesidad de buscar soluciones que hagan compatible y complementario desde perspectivas de equilibrio el derecho de propiedad y el interés general, resulta necesario también en el campo de la gestión tributaria local en su relación con los derechos fundamentales.

La permanente disposición de corregir y rectificar lo que la experiencia nos muestre como desviaciones de los objetivos propuestos o, más en el fondo, de las finalidades que hemos asignado a la acción política resulta una tarea que corresponde al Derecho. Y, en materia urbanística, ahí está todo un elenco de problemas enraizados en consideraciones éticas

que, en ocasiones, ponen en peligro nada menos que el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 33, 45 y 47 de la Constitución.

Un análisis de nuestra realidad me permite tomar las palabras de Rodríguez-Arana y decir que a día de hoy, en el marco de la dolorosa crisis económica y financiera, y en un Estado de Derecho es fundamental que gobernantes y administradores de la cosa pública se habitúen a la rendición de cuentas sobre sus decisiones y, sobre todo, a que el poder se ejerza desde la explicación, desde la razón, desde la luz, desde la transparencia, desde la motivación inherente a la posición que se tiene desde arriba. La corrupción es, sencillamente, la desnaturalización del poder. Utilizar el poder para otros fines distintos del servicio al bienestar integral de los ciudadanos. Para ganar dinero, para dominar a las personas, para excluir, etc. Y, en el mundo del urbanismo, que es un espacio de amplia discrecionalidad, no pocas veces los poderes y potestades se utilizan o para otros fines. El tiempo presente es buen ejemplo de lo que puede acontecer cuándo se baja la guardia en esta materia y se confunde lo general con lo particular.

En esta materia ha de actuarse sirviendo el interés general, pero también es cierto que en esa apreciación del interés general el fin no lo es todo. El Estado de Derecho, como ha señalado Meilán Gil, se juzga por los medios, no por el fin. De ahí que principios como el de proporcionalidad, de “coste y beneficio”, o racionalidad sean un límite infranqueable para las potestades de la Administración.

Cada vez siendo más importante ponderar y calibrar las diversas circunstancias en juego porque, en ocasiones, la recurrente apelación al “interés general” no cumple la función de “manta que cubre todo” tal y como señala Meilán Gil. El interés general, a pesar de que se presume que está ínsito en las decisiones administrativas, debe acreditarse caso por caso. De lo contrario, la corrupción estará sevida.

El derecho fundamental de todo ciudadano europeo a la buena Administración, recogido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000 fue formulado para salir al paso, para reaccionar frente a la denominada, por el Defensor del Pueblo Europeo, mala administración pública. Mala administración que viene caracterizando desde hace unos años a numerosas Administraciones públicas y Gobiernos del área europea

y que mucho tiene que ver con la escasa transparencia y publicidad reinante al interior de tantas instituciones y organismos públicos.⁷

En efecto, la conformación como derecho fundamental de la buena administración pública es una relevante manera de subrayar el papel central del ciudadano en todo lo referente al manejo y conducción de los asuntos relativos al interés general. Tal derecho es configurado por la Carta Europea en atención a la equidad, a la imparcialidad, a la responsabilidad, a la transparencia y al plazo razonable en la resolución de los expedientes.

Como ha señalado Rodríguez-Arana Muñoz y Fernández Carballal:

“Si admitimos la existencia de un derecho fundamental de la persona, de un derecho humano a una buena Administración pública, caracterizado por la justicia, la equidad, la imparcialidad y la racionalidad, entonces la perspectiva de análisis de la corrupción va a depender del grado de percepción social de este fenómeno y de las posibilidades reales de reacción general de la ciudadanía ante los ilícitos administrativos que se perpetren, por acción u omisión, como sucede en la actuación de los funcionarios públicos y autoridades políticas”⁸.

El informe de la Comisión Europea sobre la corrupción, de principios de 2014 puso de relieve que los ciudadanos tienen una idea muy clara de cómo se manejan los asuntos públicos en el viejo continente en este tiempo. De entrada, tres de cuatro ciudadanos, según encuestas y análisis propios de la Unión Europea, estiman que viven, que vivimos, en un ambiente de corrupción generalizada. O lo que es lo mismo, que el poder público se administra al servicio, no del interés general, sino de intereses parciales, particulares. Llama la atención, sin embargo, que siendo tan elevada la sensación de que estamos instalados en un clima de corrupción general, la reacción ciudadana es la que es.

7 Sobre el principio de buena administración, cfr. por todos, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: El derecho a la buena administración; Globalización, Equidad, *Inclusión Social, Medio ambiente y Derecho Administrativo*, Ed. Ruubinzal Editores, Argentina, 2013; El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2006; *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración* Editorial Reus, El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración, Reus, Madrid, 2013; *El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, A Coruña, 2013*; *El derecho a la buena administración pública : STUDI IN ONORE DI AUGUSTO SINAGRA VOLUME III - DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*, Aracne Editrice, Roma 2013; El derecho a una buena administración para los ciudadanos, Netbiblo-INAP, 2013; The right to a good administration for citizens, Inap, Madrid, 2015 *EL derecho a una buena administración y la ética pública*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011.

8 Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J y FERNÁNDEZ CARBALLAL, A: La Buena Administración del Urbanismo” . Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2019..

En España, según el estudio de la Unión Europea a que me refiero, el 95% piensa que, en efecto, la corrupción es general. En Italia, el 97% y en Grecia, el 99%. Incluso en países que tienen una imagen de seriedad como Alemania, hasta el 59% de la población estima que viven en un ambiente generalizado de corrupción.

La necesidad de códigos de buenas prácticas para desterrar ciertas prácticas en la función pública de la gestión tributaria local se impone como necesidad en tanto no se opere una modificación por la vía en la regulación de este impuesto potestativo de las Corporaciones Locales.

Según Transparencia Internacional (TI) acaba de publicar un informe sobre la corrupción en la instituciones comunitarias. Un informe que analiza diez instituciones y que vio la luz en abril de 2014. Según esta ONG, las instituciones de la Unión Europea son vulnerables a la corrupción debido a las lagunas normativas existentes y a la mala aplicación de las normas en materia de ética, transparencia y control financiero. El problema no es de orden cuantitativo en lo que se refiere a la producción normativa.

La transparencia ha de ser un principio connatural a la Administración pública. La Administración Pública debe ser transparente en su tarea permanente de servicio a los ciudadanos. Por eso, al realizar su tarea, el aparato público ha de informar a la ciudadanía cómo trabaja, porqué adopta determinadas decisiones, cuáles son sus derechos y, también, cuáles son sus deberes y obligaciones para con la cosa pública. La transparencia ha de estar presente en todo el proceso de las políticas públicas, desde su determinación y análisis hasta su implementación y evaluación.

Con este margen de penumbra que provoca la regulación actual de uno de los tributos que en España ha derivado de su devengo una de las mayores fuentes de ingresos, muchas veces indebidos por lo expuesto, y la autonomía local reconocida en su gestión debe ser matizada, pues si bien la posibilidad de una delegación a Organismos Autónomos Provinciales de Gestión de Recursos Locales por la normativa vigente, la realidad es que son muy pocos los Ayuntamientos los que delegan esta competencia para efectuar la mal llamada liquidación provisional propia de un ingreso a cuenta.

Por citar un ejemplo, en Galicia, en el Informe de Fiscalización de la Gestión Recaudatoria de Tributos, Precios Públicos y otros Delegados

del ejercicio 2012 del Tribunal de Cuentas se señala en relación con el ICIO que:

“en los casos generales, el ayuntamiento comunica al ORAL (Organismo de Gestión de Recursos Locales), la fecha de la solicitud de la licencia, pero en muchos supuestos ni se identifica la obra en cuestión, ni consta si se otorgó la licencia ni si las obras finalizaron. No hay establecido ningún plazo concreto para que el Ayuntamiento realice esta comunicación al ORAL.”

Debe destacarse que si la señalada devolución o reintegro de un ingreso indebido, cuando no llega a producirse el hecho imponible, es la finalidad que debe perseguirse como solución legal expresamente contemplada en la norma, en tanto ello no suceda resultará muy complicado el control de fiscalización de un tributo propio y potestativo municipal de estas características cuya gestión y recaudación se practica, en la inmensa mayoría de los casos por los Ayuntamientos, que muchas veces desconocen si la obra licenciada fue realizada ni contemplan en sus Ordenanzas la devolución del ingreso indebido en estos casos.

Es una muestra más de la sustantividad de la vinculación del Derecho Administrativo y Tributario y de las categorías del primero que deben jugar para conseguir una realización efectiva de la gestión tributaria local y de su control.

De acuerdo con el art. 66 y siguientes de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, sobre “plazos de prescripción”:

“Prescribirán a los cuatro años los siguientes derechos: (...) c. El derecho a solicitar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías (...)”

Asimismo, sobre el cómputo de los plazos de prescripción, el artículo 67 de la LGT establece lo siguiente:

“1. El plazo de prescripción comenzará a contarse en los distintos casos a los que se refiere el artículo anterior conforme a las siguientes reglas: (...) En el caso c, desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo para solicitar la correspondiente devolución derivada de la normativa de cada tributo o, en defecto de plazo, desde el día siguiente a aquel en que se realizó el ingreso indebido o desde el día siguiente a la finalización del plazo para presentar la autoliquidación si el ingreso

indebido se realizó dentro de dicho plazo: o desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la sentencia o resolución administrativa que declare total o parcialmente improcedente el acto impugnado. (...)

Por lo tanto, es desde el día siguiente al momento en que se califica el ingreso como indebido cuando se inicia el plazo de prescripción de cuatro años para solicitar la devolución del ingreso indebido.

Conforme al marco normativo señalado, si la liquidación practicada en concepto de ICIO tuvo carácter provisional y a cuenta. Sólo cuando la construcción estuviera materializada y conocido su coste, procedería practicar la liquidación definitiva, tal y como se deriva del art. 103.1 del TRLHL; precepto que prevé, asimismo, el reintegro de la cantidad correspondiente cuando excede del costo de las obras, por lo que, como ha declarado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en una Sentencia de 19 de noviembre de 2011, con mayor razón procede la devolución cuando no se ha podido practicar dicha liquidación por no haberse comenzado las obras.

El derecho a la devolución del ingreso realizado como ICIO en estos casos se justifica por cuanto la fecha aplicable para computar el plazo de prescripción debe ser aquella en que se renuncia a la ejecución de las obras, y no la fecha en la que se presentó la autoliquidación del tributo abonando la cuota correspondiente. Es a partir de la fecha en la que el sujeto pasivo comunica al Ayuntamiento la intención de no llevar a cabo las obras, la que debe ser tenida en cuenta como dies a quo del plazo de prescripción, ya que desde este instante se procede a eliminar la posibilidad de que surja el hecho imponible del ICIO.

A la misma conclusión se llega considerando que el concepto de coste real y efectivo de la obra es delimitador de la base imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras. Conforme a una reiterada jurisprudencia (STS 24.V.1999 (Ar. 3618), dictada para la unificación de la doctrina, así como las SSTS de 28 de junio de 1996 (Ar. 4972), 18 de junio de 1997 (Ar. 4827), 29.XI.1999 (Ar. 9269) y 15 de abril de 2000 (Ar. 3024), si la construcción no ha sido realizada, resulta patente que no puede determinarse el coste real y, por consiguiente, no podía originarse el hecho imponible del impuesto ni tampoco puede determinarse su base imponible.

Paralelamente, por lo tanto, en estos casos, el impuesto liquidado como ICIO constituye un ingreso indebido en sentido estricto, esto es, un

ingreso que, si bien no era jurídicamente debido en el momento en que se realizó al no haberse devengado el impuesto, posteriormente cuando las obras no se materializan, adquiere la naturaleza de ingreso indebido, tal y como implícitamente puede ser reconocido por la Administración al no poder practicar la liquidación definitiva del impuesto, que es lo mismo que decir que el impuesto no se devengó.

En conclusión, *si la obra no se ejecutó y la licencia no se caducó* difícilmente puede hablarse ni de prescripción de lo abonado provisionalmente ni de concurrencia de prescripción en relación con lo provisionalmente ingresado.

Y en el mismo sentido, incluso en un supuesto en el que se había concedido la licencia, la fecha del ingreso indebido no es ningún caso la del ingreso del ICIO, sino que es la notificación de la resolución municipal, declarando la caducidad, que es desde el momento en que ha de considerarse indebido el pago del citado impuesto.

En virtud de lo expuesto y de la jurisprudencia citada, el plazo de prescripción del derecho a solicitar la devolución del ingreso indebido consistente en la liquidación provisional a cuenta del ICIO por un importe determinado debe comenzar a computarse a partir del día siguiente en el que el ingreso tenga el carácter de indebido, esto es, a partir del día siguiente a aquel en que se produjo la extinción de la licencia de obras, que no sólo se produce por su caducidad sino también con la renuncia expresa a ejecutar las prescripciones de la misma, lo que determina que el dies a quo para el comienzo del plazo de prescripción es el día siguiente al de la fecha de la renuncia presentada, debiendo los Ayuntamientos conforme al principio de buena administración en su gestión tributaria acceder a las solicitudes que, en este contexto, se realicen y devolver la cantidad ingresada en aquellos procedimientos de revisión del acto que se promuevan conforme a la ley, evitando recursos contra sus desestimaciones en la vía contencioso administrativa, lo que hace necesario que dicha práctica tan común se fiscalice como reglada.

A su vez, y relacionado con la regulación jurídica de la gestión local del tributo analizado en este trabajo, dada la inadecuada aplicación de la doctrina y jurisprudencia sobre en qué momento debe comenzarse a contar el plazo de cuatro años de prescripción del derecho a solicitar la devolución del ingreso indebido en concepto de ICIO, conforme al art. 67.1,c) de la Ley General Tributaria, es menester una regulación que dote de transparencia y seguridad jurídica a la actuación de

la Administración Local o que su control comprenda el destino de estos recursos que ingresan en las Haciendas locales como fuente de financiación no justificada y contraria a la Ley al Derecho.

Releyendo a Duguit, el servicio público se formula como

“toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”⁹.

9 Cfr. DUGUIT.: *Las transformaciones del derecho público y privado.*, Ed Comares, Granada 2008 pp. 27-37; MEILÁN GIL, JL.: *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 122 y ss; CASSAGNE, JC: *La intervención administrativa*, Ed. Abaeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 59 y ss.

O Controle da Ética Pública: Possibilidades e Desafios

Rogério Gesta Leal*

Notas Introdutórias

As presentes reflexões pretendem tão somente investigar quais as possibilidades de controle da ética pública em face da Administração Pública no Brasil hoje, notadamente a partir do plexo de direitos e deveres pela Carta Política de 1988. Para tanto, vamos considerar a estrutura institucional de competências federativas que estão postas no sistema jurídico brasileiro e as formas de suas veiculações.

1 Qual a Importância da Ética Pública na Gestão dos Interesses Comunitários?

Na democracia contemporânea temos que um de seus principais pilares é o plexo axiológico-normativo que está a indicar os objetivos, finalidades e um verdadeiro projeto de sociedade estruturado política e juridicamente (pela via constitucional, por exemplo), vinculando qualquer comportamento individual ou social, natural ou institucional, e alcançando, conseqüentemente, a Administração Pública. Por sua vez, em face da natureza complexa e multidimensional das funções e competências desta administração, em face da soberania popular que se afigura instituinte permanente da legitimidade de suas instituições, através de mecanismos radicais de participação e cogestão dos interesses públicos, aumenta ainda mais a necessidade dos poderes instituídos perseguirem, a cada momento, instâncias de legitimação política junto ao tecido social, através de mecanismos e instrumentos de comunicação e deliberação descentralizada em um espaço público polissêmico e inclusivo.¹

* Doctor en Derecho por las Universidades de Buenos Aires y Santa Catarina. Es Profesor Titular de

Com Habermas, entendemos que, no caso de processos de entendimento político mútuo, os atores devem erguer com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, *pretensões de validade*, mais precisamente pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de grupo social), ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado).²

Este tipo de comportamento e de diálogo entre sujeitos que buscam os mesmos fins axiologicamente normatizados na Constituição, é o que chamamos de ÉTICO e responsável, configurando uma pós-weberiana ética da responsabilidade³. Enquanto que no agir social estratégico os protagonistas do espaço público atuam uns sobre os outros para ensejar o atendimento de interesses meramente pessoais ou corporativos, independentemente dos aspectos comunitários e universais envolvidos (gerando o que podemos nominar de ética instrumental, viciada no seu processo constitutivo e finalístico, eis que manipuladora dos diálogos e decisões políticas); *no agir social comunicativo* – fundador da ética discursiva e responsável⁴ - aqueles protagonistas são motivados racionalmente pelos outros à ação de adesão a projetos e demandas comunitariamente ajustadas (gerando a ética emancipadora de condutas que pretendem constituir ações civilizatórias de liberdade e igualdade dos sujeitos sociais, a partir do reconhecimento das diferenças de cada qual).

Derecho Público y Derechos Fundamentales en la Universidad de Santa Cruz do Sul.

- 1 Aprofundo esta discussão em meu texto LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- 2 Conforme HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.79.
- 3 Pós-weberiana porque se distingue de Weber na medida em que se vê ampliada por uma necessária participação universal de sujeitos conscientes de seus direitos e deveres sociais.
- 4 De acordo com a ética do discurso habermasiana, uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um discurso prático (ético), a um acordo quanto à validade dessa norma. Habermas insiste com a tese de que deve ser excluída a possibilidade de aplicação monológica desse princípio (U), uma vez que ele só vale e regra as argumentações entre diversos participantes e contém até mesmo a perspectiva para argumentações a serem realmente levadas a cabo, às quais estão admitidos como participantes todos os concernidos. HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Op.cit., p.83. Lembra o autor em outro texto que *tutte le etiche cognitive fanno riferimento in ultima istanza a quel criterio dell'universalizzazione che ha trovato la sua formulazione più ricca di conseguenze nella dottrina kantiana dell'imperativo categorico: agisce solo secondo quella massima che tu puoi volere, al tempo stesso, che divenga una legge universale*. HABERMAS, Jürgen. *Ética del Discurso*. Roma-Bari: Laterza, 1985, p.37.

Pode-se tomar os valores normatizados no texto constitucional brasileiro como princípios universais veiculadores de pretensões políticas e sociais válidas, eis que eles: (a) se referem à totalidade dos estados de civilidade existentes no país; (b) se referem à totalidade das relações interpessoais legítima e historicamente reguladas de todos os grupos sociais; (c) se refere à totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado os cidadãos brasileiros, com suas mazelas e benesses.⁵

Todos estes princípios constitucionais do texto político brasileiro, pois, pressupõe:

*soddisfare la condizione che le conseguenze e gli effetti secondari derivanti (presumibilmente) di volta in volta dalla sua universale osservanza per quel che riguarda la soddisfazione di ciascun singolo, possano venir accettate da tutti gli interessati (e possano essere preferite alle conseguenze delle note possibilità alternative di regolamentazione).*⁶

Daí a força vinculante que tais comandos axiológico-normativos possuem, a ponto de impor-se a todas as esferas da vida social, pública e privada.

O problema é que não basta que isto esteja posto e que seja observado formalmente no âmbito das relações sociais, mais especialmente pela Administração Pública, objeto deste ensaio; é mister que se atente à forma procedural e pragmática como se dão estes comportamentos – o da gestão pública, por exemplo - no cotidiano da Sociedade, pelo simples fato de que podem as pessoas (físicas e jurídicas) atuarem jurídica e licitamente, todavia de forma isolada, atendendo interesses muito mais privados do que públicos, individuais do que coletivos, econômicos do que sociais, inclusive conflitando uns em relação aos outros, haja vista que o sistema normativo que as regula está forjado a partir da lógica protetiva em maior grau de direitos e interesses individuais.

Veja-se que a ideia de uso ético da razão prática faz apelo a valores, mas não os questiona; herda-os do mundo social no qual a razão está integrada e os utiliza para reproduzir este mesmo mundo. Esta é a função da Administração Pública, não transformar – pela via da violação ou mutação – os vetores axiológicos normatizados na Constituição, mas dar-lhes concretude cotidiana.

5 Aliás, cumpre lembrar, sempre, que *the existence of those principles is attributed not to legislative intention but to the normative foundations from which they self-evidently spring*. SNOWISS, Sylvia. *Judicial Review and the Law of the Constitution*. New Haven: Yale University Press, 2006, p.92.

6 Idem, p.71. Ver também o texto de WELLMER, Albrecht. *Etica e Dialogo*. Roma: Giuffrè, 2000.

É a partir dos chamados discursos práticos dos atores sociais – em especial da Administração Pública - que se vai conseguir compreender e avaliar a ética pública, ou seja, verificando como se dá efetivamente a gestão dos interesses comunitários (com que procedimentos abertos e inclusivos, com que níveis de descentralização e participação social, com que instrumentos de visibilidade e compartilhamento de responsabilidades, com que expedientes de discussão, deliberação e execução das políticas públicas, etc.). Atente-se, entretanto, para o seguinte alerta:

*il discorso pratico, quindi, non si caratterizza semplicemente perché in esso ognuno ha lo stesso potere di far pesare la propria opinione o i propri interessi; ciò che lo caratterizza è invece la ricerca cooperativa di un trattamento imparziale degli interessi in gioco.*⁷

Estamos a afirmar, então, que todas as ações estatais (criação e desenvolvimento de políticas públicas, atos administrativos, legislativos e jurisdicionais) estão previamente determinadas por alguns contornos, limites e direções estatuídos eticamente, em âmbito normativo (constitucional e infraconstitucional), ocorrendo em relação a elas, sempre e de forma continuada, o prévio exame de sua constitucionalidade e legalidade a partir do cotejo com os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito no país, tanto pela via dos controles internos como externos.

Assim é que, quando a Administração Pública estiver promovendo seus atos oficiais, cumprindo com suas atribuições normativas e políticas⁸, ou o faz respeitando e perseguindo os ditames constitucionais insertos nos Princípios Fundamentais – enquanto dimensão ética-normativa de sua razão de ser -, ou corre o risco de violar o sistema jurídico regulador das regras de constituição e ordenação social, cometendo inconstitucionalidades por omissão ou ação.

Os atos administrativos – enquanto gênero -, devem ajustar-se aos referidos princípios, eis que eles, na verdade, se afiguram como as condições de possibilidades de sua existência; são a causa ou fonte do próprio

7 Idem, p.76. Decorre daqui um outro princípio tão caro à filosofia habermasiana que é o da ética do discurso – Princípio D, no sentido de que *possono pretendere validità soltanto quelle norme che trovano (o possono trovare) il consenso di tutti i soggetti coinvolti quali partecipanti a un discorso pratico*. HABERMAS, Jürgen. *Ética del Discurso*. Op.cit., p.103.

8 Aqui entendidas como atinentes à supremacia do interesse público da maior parte quantitativa da população e sua indisponibilidade.

sistema jurídico e do Estado. Assim, a eventual violação do que dispõem, torna ilícitos e ilegítimos aqueles atos, matéria que pode ser aferida ou sindicada, tanto pela via administrativa como pela jurisdicional.⁹

É só com base nestas diretivas que se pode pensar a Administração Pública possibilitadora da prevalência de resultados passíveis de generalização pragmática para toda a comunidade e, pois, consensuais, revelando-se como possuidora de caráter intrinsecamente ético e racional daquelas condições procedimentais que, para o processo democrático considerado como um todo, fundamentam a suposição de que possibilitam resultados constitucionalmente justificados.

Diante disto, nada mais óbvio do que a necessidade de contarmos com instrumentos de controle da ética pública de que estamos falando, o que passamos a abordar.

2 Marcos Normativos de Controle da Ética Pública

Já na década de 1990 vai se assistir movimentos consistentes no Ocidente no âmbito da formatação de marcos regulatórios da ética pública, como, exemplificativamente, a Finlândia, que cria sua Lei de Funcionários do Estado; a Austrália, editando a Lei do Serviço Público; a Noruega, com a Lei da Função Pública; a Dinamarca, com a Lei de Pessoal da Administração Central e Local; a Holanda, com a Lei da Função Pública; a Nova Zelândia e Portugal (1990), com seus Códigos de Condutas dos Serviços Públicos; os Estados Unidos da América (1992), com as Normas de Conduta dos Funcionários do Poder Executivo; o Reino Unido (1995), publicando as Normas de Conduta da Vida Pública e o Código da Função Pública; e mesmo o Japão, editando sua Lei sobre Ética dos Serviços Públicos.¹⁰

O Brasil possui hoje vários documentos que tratam do tema da Ética Pública, em especial o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal¹¹ e o Código de Conduta da Alta

9 O Conselho de Estado Francês, tratando de matéria administrativa sob esta perspectiva, já referiu que uma ação administrativa ou regulamento que viole um princípio jurídico configura o mesmo tipo de invalidez que a violação de uma regra positivada. Neste sentido a obra de RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1981, p.135.

10 ESPINOSA, Roberto Moreno. *La ética en la gobernabilidad democrática*. Op.cit., p.42.

11 Instituído pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Nele estão estabelecidos princípios e valores que visam a estimular um comportamento ético na Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em 13/02/2013.

Administração Federal¹² – apenas para ficar com parâmetros mais gerais sobre a matéria.¹³

É de se ver que os principais pontos de regulação destas normas são: (a) uso indevido do cargo público; (b) enriquecimento ilícito no exercício da função; patrocínio de interesse privado perante a administração pública (tráfico de influência); (c) violação de sigilo; (d) uso de informação privilegiada; (e) prestação de assessoria a entidade privada; (f) atividade profissional paralela à função pública; (g) hipóteses de conflito de interesse; (h) limitações para atividade profissionais posteriores ao exercício do cargo (quarentena); (i) recebimento de presentes; (j) uso de recursos públicos e servidores em atividades particulares; (l) apropriação de fundos ou de bem móvel públicos, dentre outros.

Por outro lado, as normas básicas que visam à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins públicos (os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência) estão previstas na Lei n^o 9.784, de 29/01/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Conta também o país com outra ferramenta importante à proteção da Ética Pública que é o sistema de declaração de bens dos servidores públicos em geral, introduzido no Brasil pela Lei n^o 3.164, de 1/07/1957, instituindo o chamado registro público obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado de quantos exerçam cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, eletivas ou não (art.3^o), sendo que a atualização dos dados dessa declaração deve ser feita anualmente, ou na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função, podendo substituí-la

12 Instituído pelo Decreto n^o 1.171, de 22 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em 13/02/2013. É interessante referir que as autoridades submetidas ao Código de Conduta da Alta Administração Federal (CCAAF) são: ministros e secretários de Estado, titulares de cargos de natureza especial, secretários executivos, secretários ou autoridades equivalentes ocupantes de cargo do Grupo de Direção e Assessoramento Superiores (DAS) nível seis - presidentes e diretores de agências nacionais, de autarquias, inclusive especiais, de fundações mantidas pelo Poder Público, de empresas públicas e de sociedades de economia mista. Todos esses agentes públicos, além da declaração de bens e rendas de que trata a Lei n. 8.730/93, devem encaminhar à Comissão de Ética Pública as informações sobre sua situação patrimonial que, real ou potencialmente, possa suscitar conflito com o interesse público, indicando o modo pelo qual irá evitá-lo (art. 4^o do CCAAF).

13 Há outras normas de igual importância que formatam um sistema normativo de ética pública hoje vigente, dentre as quais posso citar a Lei 8112/90, que estabeleceu o regime jurídico único do servidor; a Lei 9429/92, que tipificou os casos de improbidade; a Lei 9784/99, regulando o processo administrativo.

por cópia da declaração anual de bens e rendas apresentada ao Fisco federal (art.13, § 4º).

Já a Lei nº 8.730¹⁴, de 10/11/93, estabelece a obrigatoriedade de todos os agentes políticos e membros da magistratura e do Ministério Público da União, bem como os que exerçam cargos eletivos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, apresentarem declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse, no final de cada exercício financeiro, ao final da gestão ou mandato, exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, como medida de controle interno do aumento do patrimônio dessas categorias de servidores e agentes políticos e a compatibilidade desse aumento com as rendas declaradas.

É claro que foi preciso criar instâncias institucionais e sociais para dar exequibilidade a estes marcos regulatórios da Ética Pública, dentre os quais se pode citar: (a) as comissões de ética, previstas no Decreto 1171/94; (b) Controladoria-Geral da União; (c) Tribunais de Contas da União, dos Estados e do Município de São Paulo; (d) corregedorias específicas de determinados órgãos ou entidades; (e) secretarias de Gestão e de Recursos Humanos; (f) Secretaria Federal de Controle do Governo Federal; (g) Ministério Público Federal e Estadual; (h) comissões temáticas de cada uma das casas do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e da Câmaras Municipais; (i) comissões parlamentares de inquérito; (j) Polícia Federal e Polícia Civil dos Estados; (l) Poder Judiciário; (m) a própria cidadania com competência constitucional e infraconstitucional de fiscalização e cobrança dos gestores públicos.

Ao lado destas instituições, foram se forjando mecanismos efetivos de controle e monitoramento da Ética Pública, dentre os quais se podem citar: (a) auditorias, inspeções e fiscalizações, que são realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, auxiliando no controle da gestão dos administradores públicos; (c) processo administrativo disciplinar, conduzido pelas comissões de sindicância e de inquérito, para apurar desvios de conduta pessoal; (d) inquérito civil público, promovido pelo Ministério Público; (e) ação civil pública de ressarcimento de danos, promovida pelo Ministério Público; (f) inquérito policial, realizado pela Polícia Federal e Estadual, a fim de apurar irregularidades dos gestores e na Administração Pública; (g) ação penal pública, promovida

¹⁴ Esta lei também é aplicável aos governos estaduais e municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8730.htm. Acesso em 13/02/2013.

pelo Ministério Público; (h) ação de improbidade administrativa, promovida pelo Ministério Público, Advocacia Geral da União ou pelos órgãos jurídicos a ela vinculados; (i) ação popular, de autoria de qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

Por fim, há se registrar a criação da Comissão de Ética Pública Federal, órgão consultivo do Governo Brasileiro, estabelecido por Decreto Presidencial de 26 de maio de 1999¹⁵, e que constituiu uma rede de profissionais com responsabilidades em gestão da ética em cada uma das entidades e órgãos federais. São 165 representantes setoriais da Comissão, em 220 entidades e órgãos. Tais representantes vinculam-se tecnicamente à Comissão, mas não têm qualquer subordinação administrativa. A responsabilidade básica desses profissionais é apoiar a Comissão no cumprimento das suas funções, assim como zelar pela execução das funções básicas em gestão da ética em suas respectivas organizações.

A Controladoria Geral da União – CGU do Brasil tem desenvolvido vários estudos sobre o tema da corrupção no Brasil – e, portanto, das situações que violam frontalmente a ética pública -, e mesmo em outros países, evidenciando como se tem evoluído no que diz com o seu controle e combate ao longo do tempo, e como o seu vírus incubador é mutante ao longo do período, eis que igualmente se transforma a fim de escapar das ferramentas que tentam enfrentá-la.

3 A Importância do Controle Interno da Ética Pública

Não raro há uma percepção apressada por parte da doutrina tradicional do Direito Administrativo ao tratar o tema do controle dos atos do Poder Público sob as formas clássicas interventivas do controle interno exercido pela administração (homologação, aprovação, invalidação, revogação de procedimentos); controle por provocação do administrado (recursos administrativos, procedimentos disciplinares, etc.); controle externo pelos Tribunais de Contas; controle externo pelo Poder Judiciário (ações constitucionais e infraconstitucionais); controle externo pelo Poder Legislativo (Comissões Especiais – de Inquérito). Muitas vezes,

15 In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/Dnnconduta.htm, acesso em 13/02/2013. Ver também o link <http://etica.planalto.gov.br/>. Ver os textos de MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Araña. *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*. Madrid: Aranzadi, 2006; e o livro *La Dimensión Ética de la Función Pública*. Madrid: INAP, 2013.

tais abordagens deixam de definir, previamente, que matéria pode ser objeto do controle e com que dimensão.

Nesse sentido, é comum que o primeiro parâmetro a ser demarcado pelo âmbito do controle do Poder Público seja o da legalidade, isto é, avalia-se o enquadramento normativo do comportamento estatal, aferindo-se sua validade positiva (campo da autorização legislativa) e sua pertinência jurídica (campo da licitude).

Mesmo adotando como critério ordenador do comportamento da autoridade pública a perspectiva da legalidade (associada que está aos demais princípios do art.37, caput, da Carta Política de 1988), esta dimensão evoca, necessariamente, compreensão extensiva de norma jurídica, agregando em seu bojo constitutivo as regras e os princípios jurídicos – destacando inclusive os princípios implícitos e explícitos que alcançam a Administração Pública.¹⁶

Estamos sustentando, em verdade, que o objeto de controle do Poder Público tem também natureza complexa e múltipla, eis que diz respeito aos seus deveres normativo-constitucionais e infraconstitucionais, dispersos em qualquer manifestação institucional, praticado pelos poderes instituídos do Estado Democrático de Direito contemporâneo, na sua forma ativa e comissiva, pois matéria que interessa ao âmbito da responsabilidade civil e, quem sabe, até penal. Assim, caracterizando-se a ação estatal como violadora de norma jurídica cogente, mesmo com caráter potencialmente lesivo (como um edital de licitação explicitamente dirigido a determinado fornecedor), pode ser objeto de controle interno e externo, até para implementar a dimensão preventiva do prejuízo iminente causado por afronta à norma.

Insistimos no fato de que todo momento é momento de controle das ações estatais, pelo simples fato de que elas devam ser eminentemente transparentes, visíveis à comunidade, oportunizando o exercício da participação também no que tange à aferição da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, legitimidade e economicidade – art.37 e 70, *caput*, da CF/88 – dos comportamentos públicos. Por tal perspectiva, não há que se falar em necessária consolidação de afronta a direito subjetivo como condição do controle das ações públicas.¹⁷

16 Ver nosso LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2013.

17 Lembramos que na esfera judicial temos mecanismos de controle prévio, em sede de cautelares específicas e inominadas, antecipações de tutela, concessões de liminares as mais diversas, no seio da própria ação popular ou ação civil pública, etc.. Neste sentido ver a obra de CORREIA, Fernan-

Em última *ratio*, o elenco de objetivos, finalidades e princípios que informam a república federativa brasileira, elencados no texto constitucional, afiguram-se como vetores axiológicos e éticos positivados que estão a indicar os deveres (da Sociedade e) do Estado nacional. A partir deles, resta fácil a conclusão sobre a vinculatividade que impõem às políticas públicas e condutas oficiais de gestão societal – ao mesmo tempo que se prestam para delimitar as possibilidades de controle sob comento.¹⁸

Em caráter exemplificativo, para esboçarmos uma tentativa de demarcação sobre o que importa controlar em sede de administração pública, é didática e esclarecedora a proposição de Sérgio Ferraz, quando assevera que, para controlar o desenvolvimento e a execução das funções administrativas, que se explicitam e objetivam através de atos administrativos, os seus controladores devem verificar se: (a) na origem e no resultado, foram respeitados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e da publicidade (CF, art.37, caput); (b) houve ou não ocorrência de dano a terceiros, impondo-se, se for o caso, a respectiva indenização; (c) correta e efetivamente motivada a atuação estatal, observando-se aqui o dever de motivação insculpido do art.93,X, da Constituição, o qual não se dirige tão-somente ao Poder Judiciário, mas a qualquer ação estatal.¹⁹

Mas não é só isto, para a efetiva institucionalização dos postulados do Estado Democrático de Direito no país, torna-se cada vez mais central o tema dos limites e das omissões do controle dos atos da Administração Pública.²⁰ Tais controles, em especial no Brasil, se dão, em primeiro plano, a partir das competências institucionais próprias ou específicas dos entes federados, visando justamente garantir mecanismos de *chek and balance* entre os Poderes Estatais.²¹

Tradicionalmente, o controle administrativo interno realiza-se ora pela aplicação do princípio da hierarquia, ora pela atuação de órgãos

do Alves. *Alguns conceitos de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1999, p.82 e seguintes.

18 Interessante registrar, nessa direção, o contributo de CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. V.I. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.192: *O Estado tem a sua razão de ser na necessidade de realização permanente de certos fins essenciais da coletividade política. Esses fins não são alcançados pela mera existência do Estado: exigem ação contínua e, por isso, o Estado tem de desenvolver certas atividades úteis, de modo sucessivo e por tempo indefinido, para corresponder aos seus fins, atividades a que se chama funções.*

19 FERRAZ, Sérgio. *Controle da Administração Pública na Constituição de 1988*. In Revista Trimestral de Direito Público, Vol.04. São Paulo: Malheiros, 1993, p.241.

20 Ver nosso artigo LEAL, Rogério Gesta. *Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos Direitos Cívicos de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos*. In Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, pg.959.

21 Neste sentido ver o excelente trabalho de SANDEL, Ernest. *Liberalism and the limits of justice*. Boston: Harvard University Press, 1999, pg.39 e ss.

especializados. Pelo princípio da hierarquia, pode o órgão superior da Administração em relação aos que lhes são subordinados: rever os atos, delegar e avocar atribuições e aplicar as penas disciplinares previstas em lei. O controle hierárquico pode ser prévio, concomitante ou posterior; faz-se *ex officio* ou mediante provocação.²²

Entretanto, a crescente complexidade do aparelho estatal, a maior sofisticação técnica das questões que tocam à Administração, a multiplicação das categorias de interesses e o incremento das exigências éticas por parte da sociedade, tornaram insuficiente o controle baseado no princípio da hierarquia, o que motivou a criação de órgãos e departamentos para auxiliar o controle interno das Administrações Públicas.

A Constituição brasileira de 1988 não trouxe novidades conceituais no que tange a este controle, assim é que continua ele, em linhas gerais, a traduzir-se na prática de *atos de invalidação, revogação, aprovação e homologação* dos fatos, atos e negócios jurídicos praticados pela Administração Pública. Provavelmente, a única inovação aqui, defluente da nova ordem constitucional, esteja concretizada no *enriquecimento contudístico, de qualidade, do autocontrole*, eis que está ele agora textualmente balizado por diretrizes éticas, consubstanciadas nos princípios da atuação administrativa – os quais referimos antes -, não só os elencados pelo art.37, seus parágrafos e incisos, mas pelo sistema constitucional e infra-constitucional como um todo – notadamente os princípios constitucionais, tudo vinculado à persecução da boa-fé e da confiança que os administrados pressupostamente têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com aquele sistema jurídico.²³

Mas o poder-dever que reina na atividade pública, principalmente em novos cenários de incertezas e instabilidades que caracterizam nosso cotidiano, reclama que a Administração paute e mobilize metas, agendas e prazos para obter a consecução dos seus fins (de promoção e efetivação de direitos, e de evitação de suas defraudações), em prol dos quais lhe é dada competências.²⁴

Quando ocorrem desvios ou inobservância dos preceitos jurídicos que deveriam nortear o Poder Público, notadamente violadores da ética

22 Conforme MOREIRA NETO, Diogo de F. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez. 1991, pg.49.

23 Ver o trabalho de COUTO E SILVA, Almiro. *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. In: Revista de Direito Público, n.84: 46-63, p. 46.

24 FERREIRA, Sergio D'Andréa. *O Controle da Administração Pública pelo Judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.377.

pública já demarcada, ou até mesmo quando suas decisões não respeitam a razoabilidade e a proporcionalidade atinente as demandas que enfrenta, o dever de autocontrole (e controle externo) deve estar apto a garantir a inviolabilidade dos direitos e garantias acima elencados.²⁵

Neste ponto, como já sublinhamos, as disposições do art. 70, e seguintes, do Texto Político, em especial o art. 74²⁶, deixa muito claro, preliminarmente, que: (a) o controle interno não é faculdade oportunizada aos poderes estatais, mas imposição cogente e inafastável, que inclusive atinge as autarquias, fundações e empresas estatais, dada a ampla abertura do texto referido; (b) o controle interno se estende a todos os poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Por tais fundamentos, é razoável que tenhamos expectativas no sentido de que o controle interno deva procurar estabelecer planos de organização e conjunto de métodos e medidas voltadas para salvaguardar a ética e os recursos públicos, verificar a exatidão e veracidade das informações que possui, promover a eficiência nas operações, fomentar a observância da política prescrita e alcançar o cumprimento das metas e objetivos programados pela gestão pública, por óbvio que levando em conta a natureza privilegiada dos interesses que lhe são afetos.²⁷

25 Abordamos este tema em nosso livro LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

26 Dispõe o art. 74, da Constituição Federal, que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno, com a finalidade de: (I) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; (II) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; (III) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; (IV) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. Adverte os parágrafos primeiro e segundo do mesmo artigo que: (1^o) os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária; (2^o) qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidade ou ilegalidade perante o Tribunal de Contas da União.

27 Ver o texto de VIDAL, Heloisa Garcia Pinto. *Controle interno: um enfoque metodológico na gestão pública*. In Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 24. Porto Alegre: TCE, 1996, p. 122. Ainda podemos referir que este sistema de controle interno deve se ocupar do planejamento geral da organização e todas as medidas e métodos que, de uma maneira coordenada, adotam-se no interior das organizações para oferecer segurança aos seus ativos, exercer controle sobre a exatidão e confiabilidade das informações de natureza contábeis, estimular a eficácia operacional e motivar a adesão às políticas de direção que são estabelecidas. Para dar conta disto, os poderes públicos precisam instituir estrutura organizacional adequada, com normas internas que definam responsabilidades pelas tarefas, rotinas de trabalho e procedimentos para revisão, aprovação e registro das operações.

4 Considerações Finais

Ao fim e ao cabo, a título de conclusões preliminares sobre esta matéria tão candente, temos que todo e qualquer ato praticado pelo governo – seja político ou não (tanto faz a denominação que se lhe dê ou a configuração que tenha) – sujeita-se à Constituição; subordina-se aos requisitos formais e materiais nela postos.

As obrigações que têm se imposto ao Estado Democrático de Direito contemporâneo brasileiro são tantas e tão complexas que isto tem sobrecarregado as Administrações Públicas com demandas prestacionais cada vez maiores e, para atende-las (quanto possível), os poderes públicos necessitam constituir programas de ação (políticas públicas) coordenados por prévias diretrizes e prioridades, todas necessariamente éticas.²⁸

Estas relações de governabilidade, todavia, são tensas e sempre marcadas por disputas de hegemonia de grupos e interesses nem sempre públicos, legítimos e lícitos, notadamente num modelo de Presidencialismo de Coalizão como o brasileiro em que, como adverte Robert Gay, as relações clientelísticas em geral sempre foram marcadas pela (in)capacidade dos gestores, maior ou menor, de resolver os conflitos dentro da sociedade onde os recursos são escassos, alocando os benefícios de forma a gerar um mínimo de aceitação entre os participantes.²⁹ Isto tem amortecido determinadas reações de indignação e resistência social a tais tipologias governamentais, mesmo quando antiéticas, mantendo a Sociedade Civil em letargia política, agudizando sua ausência nos processos de tomada de decisão, formatação, execução e avaliação de políticas públicas.³⁰ Estes ambientes sem controle são nocivos à Democracia e propícios a corrupção que vemos em todos os cantos do mundo, mais aguda ainda no Brasil.

28 Conforme VIANNA, Ana Luiza. *Abordagens metodológicas em políticas públicas*. In Revista de Administração Pública. Vol.30. Rio de Janeiro, 1996, p.08. Ver também o texto de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

29 GAY, Robert. *Rethinking Clientelism: Demands, Discourses and Practices in Contemporary Brazil*. In Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe / European Review Of Latin American And Caribbean Studies, (65), 7-24. DOI:10.2307/25675795.

30 Robert Putnam lembra que, por esse tipo de troca dar-se vertical e assimetricamente, não há ambiente para o desenvolvimento de organização grupal e de solidariedade horizontal, que impede, desta forma, a eficácia das instituições. PUTNAM, Robert D. *Bowling Alone. The Collapse and — Revival of American Community*. New York: Simon Schuster, 2000.

Agrega-se a isto o fato de que o Estado e a Sociedade brasileira se encontram em situação de ter que decidirem cotidianamente questões difíceis (Sociedade de Riscos) sob o plano ético, técnico, institucional e político, inclusive envolvendo temas até há pouco tempo não abordados, como os relacionados à biotecnologia, manipulação genética, nanotecnologias, os casos de degradação ambiental, eutanásia, produção e consumo de transgênicos, etc. O próprio sistema político, em face destes elementos, passa por crises de identidade e eficácia significativas, pois tem de gestar níveis de conflituosidades muito diversos (econômicos, morais, religiosos, dentre outros), para os quais não possui respostas imediatas ou prontas, ou que sequer possam ser gestadas a partir da lógica de posições bipolares de esquerda e direita.

Daí porque sustentarmos que o controle interno deve atuar, para além da formatação e execução de políticas públicas, também na avaliação de processos e resultados éticos da gestão pública, assim como na verificação da eficácia e eficiência da aplicação de recursos por entidades de direito privado, quando aqueles decorrem de convênios ou outras avenças com entes públicos, haja vista o contingente significativo de improbidades administrativas, crimes contra a Administração Pública e outras irregularidades que são cometidas neste campo.

Lembremos do interessante relato que Matteson Ellis faz mostrando como tem sido fácil fraudar o interesse público:

(a) as vezes, as autoridades adjudicantes exigem que os licitantes contratem “consultores” como uma maneira de canalizar o dinheiro de volta para as autoridades. Essa foi a base de uma ação da Baker Hughes e várias ações da Siemens; (b) as vezes, as empresas vão disfarçar pagamentos diretos às autoridades adjudicantes como algo diferente. No caso da Johnson & Johnson, a empresa canalizou dinheiro para entidades adjudicantes em hospitais estatais por meio de agentes de vendas para atribuir “contratos públicos” a médicos, supostamente para realizar treinamentos para a empresa que nunca realmente aconteceram; (c) as vezes, as empresas contratam “especialistas” que, com ou sem o conhecimento da empresa, trabalharam anteriormente para a própria agência adjudicante. Esses indivíduos ainda têm contatos nos gabinetes adjudicantes. Talvez eles até tenham mesmo criado as próprias especificações do concurso em questão. Como ex-autoridades, eles sabem como burlar o sistema; (d) as vezes, pagamentos indevidos, se forem feitos durante a fase de criação do projeto, vão influenciar as autoridades adjudicantes para criar estritamente as especificações de um projeto para beneficiar a empresa que faz os pagamentos; (e) as vezes, projetistas procuram ativamente incluir características técnicas

complicadas na proposta. Quanto mais técnica, mais espaço uma autoridade tem para usar de discricção no processo de seleção para favorecer um licitante em detrimento de outro.³¹

Ainda temos muito o que aprender e aprimorar.

Bibliografia

- CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1999.
- COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. In: *Revista de Direito Público*, n.84: 46-63.
- ELLIS, Matteson. *A Anatomia da Corrupção nos Contratos Públicos*, publicado no Blog <http://fcpamericas.com/portuguese/anatomia-da-corrupcao-nos-contratos-publicos/#>, acesso em 18/10/2017.
- FERRAZ, Sérgio. Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. In *Revista Trimestral de Direito Público*, Vol.04. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *O Controle da Administração Pública pelo Judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- GAY, Robert. Rethinking Clientelism: Demands, Discourses and Practices in Contemporary Brazil. In *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe / European Review Of Latin American And Caribbean Studies*, (65), 7-24. DOI:10.2307/25675795.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. *Ética del Discurso*. Roma-Bari: Laterza, 1985.
- <http://etica.planalto.gov.br/> .
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em 13/02/2013.
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em 13/02/2013.

³¹ ELLIS, Matteson. *A Anatomia da Corrupção nos Contratos Públicos*, publicado no Blog <http://fcpamericas.com/portuguese/anatomia-da-corrupcao-nos-contratos-publicos/#>, acesso em 18/10/2017.

- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/Dnnconduta.htm, acesso em 13/02/2013.
- LEAL, Rogerio Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2013.
- _____. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos Direitos Civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos*. In Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MOREIRA NETO, Diogo de F. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez. 1991.
- MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Araña. *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*. Madrid: Aranzadi, 2006.
- _____. *La Dimensión Ética de la Función Pública*. Madrid: INAP, 2013.
- PUTNAM, Robert D. *Bowling Alone. The Collapse and — Revival of American Community*. New York: Simon Schuster, 2000.
- RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1981.
- SANDEL, Ernest. *Liberalism and the limits of justice*. Boston: Harvard University Press, 1999.
- SNOWISS, Sylvia. *Judicial Review and the Law of the Constitution*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- VIANNA, Ana Luiza. *Abordagens metodológicas em políticas públicas*. In Revista de Administração Pública. Vol.30. Rio de Janeiro, 1996.
- VIDAL, Heloisa Garcia Pinto. *Controle interno: um enfoque metodológico na gestão pública*. In Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, vol.24. Porto Alegre: TCE, 1996.
- WELLMER, Albrecht. *Ética e Diálogo*. Roma: Giuffrè, 2000.
- www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8730.htm. Acesso em 13/02/2013.

El Control por la Administración de los “Gastos Reservados” (O, ¿Cómo Controlar lo Incontrolable?)

Claudio Moraga Klenner*

1 Auto Control de la Administración

La naturaleza y volumen de riesgos (sociales, políticos, jurídicos y económicos) implicados en las múltiples tareas, cometidos y actividades que despliegan las administraciones públicas, hace necesario diseñar organismos del Estado concentrados en ejercer permanente control sobre ellas. Los principales llamados a esa labor son, sin lugar a duda, los jueces organizados en una judicatura especial contenciosa administrativa o, en su defecto, a través de la judicatura ordinaria. Con todo, el control jurisdiccional presenta un defecto obvio, cual es, la prohibición prácticamente de proceder de oficio, lo que quiere decir que esos jueces deben esperar a que una persona, que se siente afectada o lesionada en sus derechos e intereses, se motive a presentar una acción en contra de un agente público, de un organismo público o del propio Estado. Por lo mismo, cada vez que el comportamiento de la administración no alcanza a generar esa necesaria reacción en una persona legitimada activamente, la administración no será objeto de un juicio de control acerca de lo que ha decidido, hecho o dejado de hacer.

Como una forma de suplir esa deficiencia inherente del control jurisdiccional, el ordenamiento jurídico ha creado el auto control de la administración o, si se prefiere, el deber de la administración de controlarse a sí misma. En Chile, esta función se conoce con el nombre de “control administrativo” y se manifiesta como uno *interno* y otro *externo*.

* Prof. Asociado de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Universidad de Chile.

1.1 Singularidades del Control Administrativo Interno

Esta clase de control es el que deben ejercer todas las jefaturas al interior de los organismos administrativos, dada su posición de superioridad jerárquica dentro del respectivo servicio público. También, realizan esta clase de control administrativo ciertas reparticiones o unidades internas de los propios organismos administrativos. Ellas toman el nombre habitual de unidades de contraloría o de auditoría. Sin embargo, cuando se habla de control interno, los sujetos obligados a llevarlo adelante son esencialmente los jefes.

El control interno está regulado en los artículos 11 y 12 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante “LOCBGAE”), y en el artículo 64 de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, en los siguientes términos:

“Artículo 11.- Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia.

“Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.”

“Artículo 12.- Las autoridades y funcionarios facultados para elaborar planes o dictar normas, deberán velar permanentemente por el cumplimiento de aquéllos y la aplicación de éstas dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia.”

“Artículo 64.- Serán obligaciones especiales de las autoridades y jefaturas las siguientes:

Ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones;

Velar permanentemente por el cumplimiento de los planes y de la aplicación de las normas dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia, y

Desempeñar sus funciones con ecuanimidad y de acuerdo a instrucciones claras y objetivas de general aplicación, velando permanentemente para que las condiciones de trabajo permitan una actuación eficiente de los funcionarios.”

Como se aprecia, el *control administrativo interno* es amplísimo, de momento que, desde la perspectiva de sujeto activo, debe realizarse no solamente por el jefe superior del servicio, sino que por todas las jefaturas que existan dentro de los diversos niveles jerárquicos al interior del mismo organismo, comprendiendo incluso a simples funcionarios si es que el cargo que ejercen les faculta para elaborar planes o dictar normas. Por el lado del sujeto pasivo, este control se dirige al personal que se encuentra bajo la dependencia de la respectiva jefatura y abarca todas las actividades jurídicas y materiales que realicen.

El *control administrativo interno* es permanente. Es una obligación inherente de todo cargo de jefatura el desempeñarlo en todo momento y lugar. Por lo mismo, para activarlo no es necesario que sea motivado por la petición, solicitud o requerimiento de algún particular, de un funcionario o de un órgano público; no obstante que también cabe la posibilidad de que se proceda a través petición de parte.¹

El *control administrativo interno* no está limitado en cuanto a su objeto y finalidad, por lo que se extiende al funcionamiento de la organización considerada en su globalidad, así como al comportamiento de todos y cada uno de los integrantes de la entidad administrativa. De igual modo, este control incluye los controles jurídicos, de gestión, de razonabilidad, de conveniencia, de mérito y oportunidad.

Los medios o instrumentos que se utilizan para llevar adelante el control son múltiples y diversos. Así, por ejemplo, de cara a los actos y contratos administrativos, las jefaturas tienen que evaluar permanentemente el estado de elaboración y/o de cumplimiento de planes, programas y políticas del organismo, y realizar control de legalidad de las decisiones que toman los funcionarios, antes que ellas se eleven o formalicen como actos administrativos, si es el caso. De cara al comportamiento y disciplina de los funcionarios, la organización debe realizar anualmente una evaluación general de su desempeño (proceso de calificación), teniendo a la vista un pre-informe que elabora cada jefe de unidad sobre su personal, teniendo a la vista tanto la hoja de vida del funcionario (con

1 Con la finalidad de evitar que los funcionarios presenten denuncias injuriosas en contra de sus propios colegas y jefaturas, el artículo 62 N° 9 LOCBGAE, dispone que contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.

sus anotaciones de mérito² y de demérito³), como la de calificación. En un nivel superior se encuentra la potestad de la autoridad, cuando se advierten eventuales infracciones de deberes o prohibiciones funcionarias, de ordenar que se incoen investigaciones disciplinarias destinadas a verificar si hay funcionarios que pudieren tener comprometida su responsabilidad administrativa, haciéndolos acreedores de sanciones que pueden ir desde la censura hasta la destitución, pasando por multas y suspensión en el cargo (artículos 119 a 145 Estatuto Administrativo).

1.2 Singularidades del Control Administrativo Externo

Entendemos por *control administrativo externo* las actividades de fiscalización que pueden llevar adelante ciertos organismos integrantes de la Administración Pública, creados con la finalidad precisa de verificar la legalidad de las actuaciones que realiza todo el complejo orgánico que integra aquella. Se trata básicamente de controles ex ante y ex post que persiguen confrontar las decisiones administrativas (actos, contratos, planes y otras formas de expresión jurídica de la función administrativa) de cara al bloque de legalidad.

En Chile, el organismo de control externo por excelencia es la Contraloría General de la República, un organismo autónomo constitucional que, sin embargo, integra la Administración del Estado, según se describe en el artículo 1º inciso 2º LOCBGAE. Sobre la Contraloría, la Constitución Política de la República (CPR) dispone:

Artículo 98 inciso 1º.- “Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas

- 2 El artículo 42 del Estatuto Administrativo define las “anotaciones de mérito” como aquellas destinadas a dejar constancia de cualquier acción del empleado que implique una conducta o desempeño funcionario destacado. Entre las anotaciones de mérito figuran aspectos tales como la adquisición de algún título u otra calidad especial relacionada con el servicio, cuando éstos no sean requisitos específicos en su cargo; la aprobación de cursos de capacitación que se relacionen con las funciones del servicio, el desempeño de labor por períodos más prolongados que el de la jornada normal, la realización de cometidos que excedan de su trabajo habitual y la ejecución de tareas propias de otros funcionarios cuando esto sea indispensable.
- 3 El artículo 43 del Estatuto Administrativo señala que son “anotaciones de demérito” aquellas destinadas a dejar constancia de cualquier acción u omisión del empleado que implique una conducta o desempeño funcionario reprochable. Entre las anotaciones de demérito se considerarán el incumplimiento manifiesto de obligaciones funcionarias, tales como, infracciones a las instrucciones y órdenes de servicio y el no acatamiento de prohibiciones contempladas en este cuerpo legal y los atrasos en la entrega de trabajos.

de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.”

Artículo 99 incisos 1º, 2º y 3º.- “En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara.”

En el nivel de la Ley N° 10.336, orgánica constitucional de la Contraloría (LOCCGR), el artículo 1º hace de cargo de la Contraloría fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende la ley. La misión y las finalidades de la Contraloría, en palabras de su Doctrina Institucional (cuyo texto refundido se contiene en la Resolución N° 419, de 2002⁴), es *garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, la protección y debido uso del patrimonio público, la preservación y fortalecimiento de la probidad administrativa y la fidelidad y transparencia de la información financiera.*

La *independencia o autonomía* de la Contraloría es a un mismo tiempo *orgánica y funcional*: no recibe instrucciones, ni está sujeto a dependencia jerárquica de otros organismos constitucionales; ni del Gobierno, ni del Congreso Nacional, ni del Poder Judicial; y ejerce sus tareas con absoluta independencia de otros órganos públicos.

4 Diario Oficial de 23 de mayo de 2002.

En lo medular, el control que practica la Contraloría es *jurídico y financiero y contable*.

El control *jurídico*, que realiza a través del procedimiento de *toma de razón*, de la emisión de dictámenes y de la sustanciación de auditorías, es capaz de verificar si las actividades que despliegan las administraciones se conforman con el principio de juridicidad y, según el resultado de ese control, puede impedir que se dicten actos administrativos contrarios a Derecho; disponer que se apliquen correcciones a actuaciones ya realizadas; u ordenar que las jefaturas de las entidades controladas dispongan la instrucción de investigaciones disciplinarias o, en su caso, realizarlas ella misma.

El control *financiero y contable* se lleva adelante cuando examina los decretos de gastos, las cuentas públicas y, también, a través de sus atribuciones en materia de Contabilidad General de la Nación. Mediante el *control contable*, la Contraloría prepara la información global y sistematizada del comportamiento financiero del Estado. Una dimensión especial de este control es la *normativa*, destinada a establecer el sistema de contabilidad gubernamental aplicable al sector público, constituyéndose este sistema por principios, normas y procedimientos contables; la *operativa*, que comprende procesos de recepción, revisión y registro y transmisión de datos; y una función *informativa*, por la que Contraloría prepara informes de gestión financiera del sector público, para ser presentados a las autoridades superiores de Gobierno. Por su parte, los *controles financieros* tienen por objetivo verificar si el gasto público se ajusta a la legalidad. Desde una dimensión *jurídica*, el control financiero vela que no existan fuentes de ingresos públicos que no tengan su origen en una ley (artículo 19 N° 20 CPR). En este aspecto jurídico, cuando el control se ejerce de manera preventiva, persigue verificar que el gasto esté bien imputado; que haya disponibilidad suficiente de recursos para que pueda ser cubierto; que las garantías que debe otorgar el receptor del pago, si es del caso, sean legalmente adecuadas y que el acto o contrato, en sí mismo, sea sustancialmente legal. En otras palabras, el control preventivo busca impedir el ingreso de dineros de privados hacia el Estado, sin que exista una norma jurídica que lo ordene, y evitar la realización de desembolsos de recursos públicos que no estén legalmente autorizados. Por el contrario, la verificación *ex post* tiene por objetivo recuperar los dineros públicos ilegalmente gastados,

o el reintegro de menores ingresos públicos percibidos o la recuperación de bienes del Estado ilegalmente en manos de privados.

La función de control externo en manos de la Contraloría es de naturaleza administrativa y, por tanto, no se confunde con el control jurisdiccional o contencioso-administrativo de cargo de los tribunales ordinarios del Poder Judicial o de los demás tribunales especiales creados por la ley.

Si se le compara con el *control administrativo interno*, el control en manos de la Contraloría es mucho más reducido, ya que se limita a un control jurídico, financiero y de contabilidad; lo que está reforzado en la LOCCGR, al disponer su artículo 21 B, que "(...) con motivo del control de legalidad o de las auditorías, [la Contraloría] no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas." No obstante, al hacer uso de sus atribuciones estos tipos de controles administrativos tienen suficiente envergadura para poder verificar y, si es del caso, castigar actuaciones administrativas que contravienen el ordenamiento jurídico.

Con lo hasta aquí descrito, se puede afirmar que las administraciones chilenas están en el deber de proceder conforme a Derecho, debiendo ser cuidadosas y eficientes en el uso de los recursos públicos. A ese efecto, se les ha impuesto el deber de auto controlarse, lo que tienen que realizar las jefaturas de un modo permanente, contrastando la actividad de la organización o unidad a su cargo desde la perspectiva de la legalidad, el mérito, la conveniencia, la gestión y los resultados. Paralelamente, se ha establecido en el interior de la organización administrativa, con rango constitucional, un organismo especializado con las atribuciones para ejercer un *control administrativo externo* que, si bien es algo más restringido en su alcance (le está prohibido evaluar el mérito o la conveniencia de las decisiones políticas o administrativas), está fuertemente dotada de potestades e instrumentos que puede ejercer sin obstáculos en contra de cualquier organización administrativa.

2 Los Gastos Reservados

2.1 Problema Actual

Es ilusorio pretender realizar un control serio y eficaz sobre una persona o una actividad, si es que no existen garantías suficientes de que una y otra están sometidas a los principios de transparencia y

publicidad. Es por ello irritante saber que existen dimensiones de los organismos públicos que están en reserva o se mantienen en secreto, porque ello no sólo contradice esos otros principios, sino que, además, debilitan el sistema democrático, máxime cuando esa opacidad puede estar encubriendo actuaciones corruptas y/o delictuales. También, son tan trascendentales las decisiones que se toman a diario por el Gobierno y tan ingentes las cantidades de recursos financieros que existen para atender las necesidades sociales y el funcionamiento del propio Estado y de las administraciones, que se hace imposible concebir, implementar y ejecutar controles infalibles. A lo sumo, quizá se puede aspirar a controlar una parte de los ilícitos que evite desestabilizar sistemáticamente al propio Estado y/o gobierno.

En el último tiempo (desde el segundo semestre de 2018) la prensa nacional ha estado especialmente dedicada a reportar las investigaciones penales que se siguen, entre otros, en contra de un grupo de oficiales de Carabineros de Chile, así como de un ex Comandante en Jefe del Ejército (General Juan Miguel Fuente-Alba, 2010-2014), formalizado este último por el delito de malversación de caudales públicos por un equivalente aproximado de US\$ 5.000.000.-; cantidad de dinero que provenía de una partida conocida como de *gastos reservados* y que fueron usado de un modo desviado. En vez de ser dispuestos para cuestiones de interés general, ellos se habrían destinado por el ex Comandante a gastos de mantención de su residencia, adquisición de regalos, hoteles y pasajes al extranjero, y compra de bienes raíces.⁵ Otros tantos recursos, asienta la investigación judicial, habrían estado en cajas bancarias de seguridad, que el general cerró en el año 2015. Para peor, una vez que los gastos estaban realizados, los gastos y recibos respectivos habrían sido destruido.

Lamentablemente, casos similares al del general Fuente-Alba se estima que son habituales en todas las ramas de las Fuerzas Armadas, donde existe la costumbre de usar con absoluta discrecionalidad fondos del Estado, a tal extremo que el cargo público estaba entendido, antes que como una función o trabajo, como una dignidad que autorizaba a usar recursos públicos como si fuera un patrimonio privado del oficial.⁶

5 Conforme a la resolución judicial que formaliza al ex general Fuente-Alba, los recursos públicos fueron usados, también, para uso personal, remuneración adicional del secretario general del Ejército, “apoyo” monetario a ex Comandantes en jefe del Ejército, gastos de peluquería, compra de periódicos, pago de cuota de miembro de Rotary Club, etc.

6 Carlos Peña, profesor de derecho de la Universidad de Chile en artículo de opinión publicado en El

Parte de estos problemas se arrastrarían desde hace muchos años y se explican por la importancia práctica que tuvieron estas partidas especiales de recursos públicos de uso discrecional durante el Gobierno Militar (1973-1990), así como por el escaso interés de la sociedad civil de regularlos y controlarlos de un modo suficiente, efectivo y adecuado.

2.2 Origen de los Gastos Reservados

En el año 1932 se sucedieron dos golpes de Estado en Chile: el primero, en contra del Presidente radical Juan Esteban Montero (junio), y el segundo, en contra del Gobierno Socialista de Carlos Dávila (septiembre). Precisamente durante la brevísima vida del gobierno provisorio de este último, se publicó en el Diario Oficial el Decreto Ley N° 406 (20 de agosto), fundado en que por razones de “seguridad interior y mantenimiento del orden y tranquilidad públicos”, se hacía “indispensable la inversión de fondos cuya rendición de cuentas no puede quedar sujeta a las disposiciones generales que rigen la materia;”. El mismo cuerpo legal hacía ver que ya con anterioridad se habían efectuado *gastos reservados*, y que en lo sucesivo se deberían realizar otros nuevos, “cuya imputación, en razón de no existir en el Presupuesto del Ministerio del Interior un rubro especial, se ha efectuado al ítem de *imprevistos* del citado Ministerio;”, de lo que seguía la necesidad de “regularizar esta situación y facilitar en lo sucesivo las inversiones de esta naturaleza que sea indispensable autorizar”, por lo que el Decreto Ley N° 406 venía a “determinar de antemano la forma en que deberán rendirse las cuentas correspondientes.”

En resumen, el referido decreto ley procedió a modificar la Ley de Presupuestos introduciendo en la partida 04/01/04/v un nuevo rubro con el nombre de “v-2 Gastos reservados”, por un importe total de (CLP) \$ 100,000 de la época; cantidad que se deduciría de los fondos consultados para gastos imprevistos en la misma partida. De otra parte, en el artículo 2° reguló la manera cómo se rendirían dichos gastos del siguiente modo:

“(…) se considerará como suficiente rendición de cuentas de la inversión de dichos fondos, los recibos globales que se presenten por el contador del Ministerio del Interior, visados por el Ministerio

Mercurio de Santiago, del 24 de febrero de 2019, p. D 13.

respectivo, o los que se presenten por el director de Investigaciones⁷.”;
y

“Para la rendición de cuentas de los fondos a que se refieren los decretos del Ministerio del Interior, Nos. 1,853 y 1,854, de 23 de Junio, 1,866, 1,867, y 1,868, de 25 del mismo mes, 2,265 y 2,526, de 11 y 20 de Julio respectivamente, imputados a imprevistos y que se considerarán de gastos reservados, bastarán los recibos globales que se presenten por el contador del Ministerio o por el director o prefecto de Investigaciones.”

Como se advertirá, los *gastos reservados* nacen como una práctica ilegal emanada del Ministerio del Interior, consistente en hacer uso de recursos dispuestos en la Ley de Presupuestos para unos fines no contemplados por el legislador y que no debían quedar sujetos al control habitual de las cuentas públicas. Tan extraordinarios antecedentes justifican que esos gastos reservados fueran regulados a través de una legislación irregular. Nos referimos a los decretos leyes que, en nuestro caso, la doctrina los califica como una expresión legislativa de los gobiernos de facto o inconstitucionales.⁸ Luego, con el retorno al régimen democrático (diciembre de 1932, Gobierno de Arturo Alessandri Palma), este no tuvo la fuerza o la intención de eliminar esta práctica, antes bien, su existencia fue afianzándose con cada nueva ley de presupuestos, que fue anualmente consultando recursos públicos para ser gastados y rendidos de este modo extraordinario.

Recién en los primeros años del siglo XXI, y motivado por casos de corrupción -el más conocido fue el *MOPGATE* y consistió básicamente en la utilización irregular de dineros públicos para entregar “sobresueldos” a funcionarios a contrata y a personal civil vinculado con la Administración Pública a través de un contrato de prestación de servicios- el gobierno y la oposición legislaron sobre remuneraciones de autoridades políticas, de funcionarios que ejercen cargos críticos y, también, sobre los gastos reservados. El Mensaje del Presidente de la República, presentado en diciembre de 2002 en la Sesión de la Legislatura 348 (Mensaje N° 254-348) dio fruto a la Ley N° 19.863⁹.

7 Se refiere a la actual Policía de Investigaciones de Chile.

8 Por todos, *Carlos Andrade Geywitz* Elementos de Derecho Constitucional Chileno, 2da. edición, Santiago 1971, p. 54 y s.

9 Diario Oficial del día 6 de febrero de 2003.

2.3 Regulación Legal

En el mensaje que se convirtió más tarde en la actual Ley N° 19.863, el Presidente de la República hizo ver que la propuesta legislativa tenía por objeto el “perfeccionamiento de las normas sobre administración de los gastos reservados”, a través de la incorporación de “criterios de mayor austeridad y de más transparencia” respecto de su gestión presupuestaria, así como con la determinación precisa de los fines a los que ellos pudieren aplicarse. Ese mensaje presidencial acotó que dentro de las nuevas garantías de transparencia que se incluirían en la nueva ley, se destacaban las siguientes: (i) la prohibición de fijar en las leyes anuales de presupuestos otros gastos reservados distintos que los señalados en sus glosas; (ii) la obligación de informar a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados las modificaciones que pudieren hacerse en los montos máximos de los gastos reservados; y (iii) la determinación precisa de los usos admitidos de los gastos generales.

El Congreso Nacional aprobó la Ley 19.863, de 2003, que regula los gastos generales, irónicamente, en su Título III, intitulado “Transparencia Presupuestaria”. Aquí, primeramente, se define esos gastos como *egresos que a ciertas entidades públicas se faculta realizar, para el cumplimiento de sus tareas relativas a la seguridad interna y externa del país y a las funciones inherentes a la Jefatura de Estado* [del Presidente de la República en su calidad de jefe de Estado y de Gobierno, conforme al artículo 24 CPR], *y que por su naturaleza requieran de reserva o secreto* (artículo 5°).

En cuanto a las autoridades que tienen a disposición gastos reservados, solamente se les dota presupuestariamente de tales a la Presidencia de la República, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Ministerio de Defensa Nacional, a la Subsecretaría de Guerra, a Carabineros de Chile, a la Policía de Investigaciones, y a la Dirección de Seguridad Pública e Informaciones (artículo 6°).

Bien se advierte la íntima conexión que existe entre las funciones que desempeñan estas entidades públicas y las finalidades legales que justifican el uso de gastos reservados: la jefatura del Estado y la seguridad interna y externa del país¹⁰; mismos que explican por qué aquéllos deben ser reservados o mantenidos en secreto. Por lo mismo, no son recursos que

¹⁰ Vid. Ley N° 19.974, de 2004, sobre el Sistema de Inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia.

pueden ser usados por los referidos Ministerios y entidades para fines que, aun siendo públicos, no dicen relación con la jefatura del Estado o con la seguridad interna y externa del país; menos todavía podrían ser dispuestos para gastos privados de las autoridades o de terceras personas.

Los gastos reservados se sujetan a las respectivas disponibilidades presupuestarias. En efecto, ellos deben ser propuestos por el Presidente de la República, de forma anual, para que sean discutidos y aprobados por el Congreso Nacional al dictar la Ley de Presupuestos del Sector Público. El Congreso está llamado a regular los alcances, limitaciones, condiciones u otros modos de empleo de los gastos reservados, pero sin facultades para otorgar nuevas partidas a organismos distintos que los que menciona el artículo 6°. Y, si durante el año presupuestario se hicieren modificaciones a los montos máximos de gastos reservados asignados a una institución, se debe informar a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados, de manera que puedan realizar un mínimo control de la ejecución del presupuesto en estas partidas específicas (artículo 9° inciso 2°).

Resabio del gobierno del General Pinochet son los artículos 89 inciso 2° y 98 consagrados en las leyes orgánicas constitucionales de Carabineros de Chile (Ley N° 18.961, de 1990) y de las Fuerzas Armadas (Ley N° 18.948, de 1990), respectivamente, en el sentido de impedir que el legislador presupuestario pueda acordar gastos reservados para esas instituciones policiales y militares inferiores a los que para tal efecto se fijaron -durante la dictadura- en el año 1989, debidamente actualizados según el reajuste general de precios. Esas disposiciones se complementan, además, por el artículo 67 de la Constitución que autoriza al Congreso Nacional solamente a reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo que ellos estuvieren establecidos en una ley permanente, cuyo es el caso preciso de los gastos reservados de Carabineros de Chile y Fuerzas Armadas. Respecto de una eventual derogación de los artículos 89 inciso 2° y 98, antes mencionados, causada por la dictación de la Ley N° 19.863, el Tribunal Constitucional recientemente afirmó, en un fallo dividido, que esta última solamente había modificado lo referido a la forma en que los gastos generales deben fijarse -antes, a través de un decreto supremo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública; hoy, a través de la Ley de Presupuestos- dejando subsistente el resto de la normativa.¹¹

11 STC Rol 5735-18-CPT, de 22 de enero de 2019, considerando Quincuagésimo quinto.

Cada año, todas las instituciones que tienen a su cargo gastos reservados deben rendir cuenta del uso que han dado a ellos. Esto se realiza directamente al Contralor General de la República, al tiempo que la cuenta se rinde de *forma global*, considerando una desagregación por rubros que sea ilustrativa del contenido fundamental de dichos gastos (artículo 7°). La rendición se sustenta en los denominados “certificados de buena inversión” que esas autoridades presentan a la Contraloría General de la República, y que, como su nombre lo dice, “certifican” que los gastos y desembolsos se han empleado únicamente en los fines propios de la respectiva entidad, que con ellos no se ha pagado a funcionarios públicos [recuérdese el arriba mencionado caso *MOPGATE*¹²], ni que se han efectuado transferencias de recursos para el financiamiento de partidos políticos u organizaciones gremiales (artículo 10). El Contralor solamente puede, como resultado de las rendiciones de cuentas recibidas, expresar al Presidente de la República (no a autoridades legislativas o judiciales), de manera secreta, su opinión sobre el destino que se otorgue a estos gastos en audiencia concedida por el Jefe del Estado exclusivamente con tal propósito, sin que ella sea vinculante para éste. La autoridad fiscalizadora conservará, en todo caso, la responsabilidad que le corresponde por la mantención del secreto, con lo que se priva a la opinión de pública de conocer exactamente qué destinos se han dado por las autoridades concernidas a los recursos contemplados como gastos reservados.

3 Debilidades Sistémicas del Control de Gastos Reservados

Con lo que se ha explicado en el capítulo precedente se podrá advertir que, en materia de gastos reservados, el control administrativo interno no juega ningún papel. Toda vez que la gestión y uso de esos dineros públicos se concentra en lo que decide el jefe del Ministerio o entidad pública dotada de ellos, no hay ejercicio alguno de auto control en los términos regulados por la legislación. Mientras el jefe solamente queda sujeto a lo que su conciencia, honestidad, decencia y buen saber le aconseja, al mismo tiempo no hay otras autoridades o unidades dentro de la misma organización pública (e.g. unidad de control o auditoría) en capacidad y condición de fiscalizar, de un modo cabalmente informado y documentado, lo que el

12 Respecto de la prohibición legal de destinar gastos reservados al pago a funcionarios públicos, la Contraloría ha establecido que esta regla debe entenderse comprensiva “[...] de toda remuneración, retribución u honorario que pueda percibir un servidor al margen de la remuneración que de acuerdo con la ley le corresponda (D.CGR N° 17.485/2003).

jefe decide respecto del uso de los mencionados gastos, toda vez que este último decidir o actúa revestido del privilegio del secreto.

En este escenario, las esperanzas debieran ponerse en el ejercicio del control administrativo externo. Sin embargo, el legislador ha vendado los ojos de la Contraloría, transformándola en un simple buzón de declaraciones juradas de las autoridades que usan gastos reservados, sin saber si lo que ellas declaran es efectivo o no y, peor aun, sin capacidad o posibilidad de investigar ex post sobre su contenido.

Es cierto, también, que fue la propia Contraloría la que a poco de dictada la Ley N° 19.863, emitió un pronunciamiento respecto de su alcance y sentido, para los efectos de ilustrar a los organismos de la administración sobre la nueva legislación. Lo hizo a través de los dictámenes N° 17485/2003, 11.939/2003 y 55.805/2008. Esta “Doctrina de Gastos Reservados” (DGR) básicamente repite el tenor literal de las normas de la Ley N° 19.863, pero hace, además, algunas afirmaciones y conclusiones que, probablemente de un modo no querido, ha debilitado cualquier tipo de control administrativo que se hubiere podido ejercer al respecto. Los siguientes numerales dan cuenta de lo recién afirmado.

3.1 Debilidad en la Visión de los Principios de Transparencia y Publicidad Administrativos

Para la DGR, *es de competencia exclusiva de las autoridades legalmente competentes para usar gastos reservados, ponderar si el gasto respectivo debe o no ser de público conocimiento*. De esta manera, el *gasto reservado* deja de ser un concepto determinado por el legislador, para transformarse en algo a completa discrecionalidad de la autoridad: *gasto reservado* es lo que ella quiere que sea.

Por su parte, en lo que concierne al secreto del gasto, la DGR indica que *la autoridad debe emplear el máximo celo para evitar que, a niveles internos, o de cualquier interviniente, se pudieran producir situaciones que afecten la reserva que se requiere*. En otras palabras, actúa correctamente la autoridad que impide en términos absolutos transparentar el destino y la forma como se han utilizado los gastos reservados. De allí que no haya sorprendido a nadie que la Comandancia del Ejército destruyera los documentos que daban cuenta del uso de los gastos reservados (porque así se hacía imposible a cualquier persona o institución tomar conocimiento de ellos), cumpliéndose de paso con la ley y la doctrina contralora.

El problema es que, por mucha experiencia y motivación que pueda tener el Contralor General de la República, si la rendición de los gastos reservados se limita a una sencilla certificación que otorga la misma autoridad que ha dispuesto de los dineros, acerca del supuesto correcto uso de los fondos públicos, es imposible realizar cualquier acto útil de control porque falta la información que permite contrastar si lo declarado en el certificado se corresponde con la realidad.

3.2 Debilidad en la Visión del Principio de Control Administrativo Externo

La DGR afirma, también, en lo que respecta a la obligación que tiene la autoridad al rendir la cuenta de desagregar rubros que permita ilustrar sobre el contenido fundamental de los gastos reservados efectuados, que ello se cumple *entregando la información principal del destino de los desembolsos, pero sin necesidad de llegar a explicitar los destinos específicos del mismo*. Como se aprecia, se cumple con la ley al hacer una referencia genérica al destino de los fondos públicos, sin especificar en qué se gastaron los recursos. De esta forma no es posible verificar los objetivos precisos de los desembolsos ni si ellos se ajustaron a los fines establecidos en la ley, v.gr.: asuntos propios de la jefatura del Estado o la seguridad interna y externa.

Por otra parte, la DGR afirma que, *en ningún caso dicha desagregación por rubros permite revisar los egresos realizados; de allí que la Contraloría no puede ni debe verificar con precisión el destino o finalidad real de los desembolsos, no pudiendo, por tanto, pronunciarse sobre la legalidad de los gastos*. Este es el reconocimiento más claro que ha hecho la Contraloría acerca de lo cercenadas que quedaron sus atribuciones fiscalizadoras después de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.863.

3.3 Debilidad en la Visión del Principio de Responsabilidad Administrativa

Cuando el sistema de gastos reservados dice que todo el ambiente en el que se desenvuelve debe permanecer en absoluto secreto, y que lo único procedente son las explicaciones vagas y genéricas, imposibles de

verificar porque falta la documentación que las sustentan, se confirma la peor sospecha: los gastos reservados son una cuestión “descontrolada”.¹³

Es que los jefes de servicio tienen una absoluta libertad para decidir cómo y en qué gastar esos recursos, sin pasar por ningún control preventivo; ni están obligados a mantener la documentación justificadora de los respectivos desembolsos; y basta una declaración vaga y general ante el Contralor, para considerar que con ello ha dado cumplimiento a la ley. Toda vez que el Contralor tampoco tiene posibilidades reales de hacer control efectivo sobre la rendición de esos gastos, cualquier opinión negativa que pudiere ofrecer al Presidente de la República permanece siendo secreta y, por lo demás, se la da a la más alta autoridad, que también cuenta con fondos públicos para gastarlos secretamente.

El Poder Legislativo, y particularmente la función fiscalizadora de la Cámara de Diputados tampoco puede hacerse cargo del problema, de momento que el secreto le impide conocer esas rendiciones de cuentas.

Por último, los tribunales de la República no alcanzan a conocer de esos gastos reservados, ya que nadie está legitimado activamente para exigir un control jurídico, contable y financiero de ellos. Solamente queda abierta la vía penal, precisamente la instancia que ha permitido a la ciudadanía conocer sobre la realidad del uso de los gastos reservados al interior de uno de los distintos organismos públicos dotados de esos recursos públicos: el Ejército. Es que las autoridades que entregan bajo juramento al Contralor rendiciones de gastos reservados, declarando haberse aplicado a una finalidad que resulta ser falsa, cometen perjurio, cuando actúan con dolo; del que no pueden excusar su responsabilidad

13 Una reacción muy crítica ha tenido el actual Contralor General de la República, Jorge. Bermúdez, la que ha sido expresada tanto al Gobierno como en varias comisiones parlamentarias durante 2017 y 2018. En este sentido, el 3 de marzo de 2019, el diario La Tercera de Santiago informó que había tenido acceso al oficio reservado N° 45.700, del año 2016, del Contralor a la entonces Presidente de la República, Sra. Michelle Bachelet, en el que aquél connotaba que:

- que la rendición de gastos “carece de una aplicación práctica”;
- que “la documentación proporcionada no puede, en rigor, ser considerada como una rendición de cuentas propiamente tal. (...) Ello considerando que los gastos se informan sin antecedentes de respaldo alguno que permita verificar su correcto uso”;
- que “esta Contraloría debe limitarse a hacer fe del contenido de lo informado, careciendo de los medios para comprobar si los recursos asignados en cada caso han sido efectivamente invertidos en la forma en que la ley prevé”;
- que la normativa aplicable “resulta completamente insuficiente”;
- que la Contraloría no puede cumplir con la tarea de “examinar y, eventualmente, juzgar tales cuentas”;
- que “ello explica que, hasta la fecha, no se haya informado a la Presidencia de la República la opinión de este organismo de control respecto del destino otorgado a esos gastos. Lo anterior, toda vez que el mismo carece de información suficiente para emitir tal pronunciamiento”.

ni siquiera aduciendo que ella les había sido preparada por funcionario de menor jerarquía dentro de la organización.

4 Un Intento de Fortalecer el Sistema de Gastos Reservados

De un modo muy tibio, en el año 2017, el proyecto del Gobierno de la Ley de Presupuestos que regiría el año siguiente, contenía un artículo 28 que intentaba regular con algo más de cuidado los gastos reservados que se utilizarían en el año 2018. A ese efecto, entre otros, se disponía que los Ministerios y entidades que disponen de *gastos reservados* debían identificar a través de un decreto, también de carácter reservado, las unidades operativas que requerirían, para su operación, el uso de gastos reservados que en él se señalan; que los jefes de esas unidades rendirían cuenta reservada de la utilización de esos recursos al Ministro respectivo, semestralmente y con carácter reservado; y que la rendición del Ministro al Contralor sería semestral, en forma secreta, pero con la mayor desagregación posible, con el solo límite de no afectar la naturaleza reservada de dichos gastos. Pese a que esta propuesta fue aprobada por el Congreso, el Tribunal Constitucional la declaró inconstitucional fundado en un tecnicismo legislativo: las materias contenidas en el proyectado artículo 28 eran propias de una ley orgánica constitucional, porque inciden en atribuciones que la Constitución ha reservado a la Contraloría General de la República, en circunstancias que la Ley de Presupuestos es una ley simple u ordinaria.¹⁴

El segundo intento de perfeccionamiento de la institución de los *gastos reservados* data de enero de 2019. El Presidente presentó un proyecto de ley a la Cámara de Diputados (Mensaje 354-366), intitulado “sobre Información y Rendición de Cuentas de Gastos Reservados”, con la finalidad de regular dos cuestiones particulares. Por un lado, obligar a cada unidad que cuenta con gastos reservados a proporcionar a los Subsecretarios del Interior, de Relaciones Exteriores y de las Fuerzas Armadas (Ministerio del Interior, Relaciones Exteriores y de Defensa Nacional, respectivamente) *información completa y detallada referida a la aplicación específica de los recursos*, de modo que esta autoridad política pueda adoptar las medidas que correspondan, en caso de que el destino otorgado se aparte de lo legalmente autorizado. Por otro lado,

14 STC Rol 4118-17-CPR, de 15 de diciembre de 2017, considerando Décimo tercero.

el proyecto de ley busca derogar los “pisos mínimos” establecidos en las leyes orgánicas de las Fuerzas Armadas y de Carabineros de Chile, con lo que el monto de los gastos reservados a estas últimas instituciones queda bajo discusión anual de los Poderes Colegisladores, en el marco de la Ley de Presupuestos de la Nación. Con todo, el proyecto de ley deja en la práctica sin tocar la cuestión principal referida a cómo ejercer control efectivo sobre el uso y destino de los gastos reservados, de momento que se insiste en que:

“La rendición de cuentas deberá efectuarse anualmente, en forma genérica y secreta al Contralor General, considerando una desagregación por rubros que permita ilustrar a este sobre el contenido fundamental de dichos gastos, debiendo acompañarse una declaración jurada (...).”

Adicionalmente, se precisa que:

“El examen y juzgamiento de las cuentas corresponderá al Contralor General de la República, quien lo efectuará expresando al Presidente de la República, de manera secreta, su opinión sobre el destino otorgado a estos gastos. La autoridad contralora conservará, en todo caso, la responsabilidad que le corresponde por la mantención del secreto.”

Las críticas que es posible plantear al proyecto de ley en actual tramitación dicen relación con, a los menos, dos cuestiones: la deficiencia del contenido de la rendición del gasto y las autoridades a cargo de controlar su buen uso. En efecto, y primero que todo, el proyecto no obliga a las autoridades a efectuar rendiciones de gastos que sean mínimamente controlables por el Contralor, ya que bastaría con hacer una “desagregación por rubros” para entender que este último se “puede ilustrar sobre el contenido del gasto”. Lo deseable habría sido exigir que las rendiciones de gastos reservados señalen los ingresos asignados anualmente a la respectiva unidad administrativa, los desembolsos realizados contra ellos, desagregándolos según el clasificador presupuestario vigente, la identificación del personal que los hubiera manejado, y unas declaraciones juradas prestadas tanto por aquéllos como por el jefe de la referida unidad, de que ellos tuvieron por destino alguno de los fines autorizados por la ley.¹⁵

15 Vid. Diario La Tercera de Santiago, 3 de marzo de 2019.

En segundo lugar, el proyecto de ley no innova sobre las autoridades ante quienes se rinden los gastos reservados. En efecto, la entidad rinde cuenta al Contralor General de la República, y éste da luego una opinión al Presidente de la República, sin que se de cabida a la actuación de ningún otro Poder del Estado. Probablemente estaremos de acuerdo en que, por su naturaleza y estructura institucional, no sería conveniente dar atribuciones al Poder Judicial para revisar el uso de los gastos generales. Sin embargo, tratándose del Poder Legislativo la aproximación es distinta, ya que este tiene todas las condiciones políticas, técnicas y de legitimidad democrática para poder controlar los *gastos reservados*. Así, la Cámara de Diputados es en su esencia el principal órgano de fiscalización política del Gobierno (artículo 52 N^a 1 CPR); y anualmente las leyes de presupuestos ordenan a la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda (DIPRES) elaborar informes de ejecución presupuestaria para ser remitidos a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados, y a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos¹⁶, con lo que está probado que los órganos parlamentarios tienen capacidad y conocimientos para trabajar no solo en el proceso de aprobación de las leyes de presupuestos, sino que también sobre su ejecución en el curso de cada año. Con lo anterior, el legislador podría disponer que la rendición de gastos reservados se hiciera ante una subcomisión parlamentaria mixta (compuesta de diputados y senadores), con amplias atribuciones para revisar el detalle del uso de los fondos; que luego emitiría un informe detallado al Presidente de la República para que adopte las medidas que sean pertinentes.

16 Por ejemplo, el artículo 16 de la Ley de Presupuestos del 2019 (N^o 21.125) dispone que la DIPRES proporcionará a las señaladas comisiones del Senado y de la Cámara de Diputados, y a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, entre otros informes y documentos: 1. Informe de ejecución presupuestaria mensual de ingresos y gastos del Gobierno Central. 2. Informe de ejecución presupuestaria trimestral de ingresos y gastos del Gobierno Central, con desglose de los ingresos tributarios del período, otras fuentes de financiamiento y saldo de la deuda bruta del Gobierno Central. 3. Informe de la ejecución trimestral del presupuesto de ingresos y de gastos de las Partidas de la ley, al nivel de Partidas, Capítulos y Programas aprobados respecto de cada una de ellas, estructurado en presupuesto inicial, presupuesto vigente y monto ejecutado a la fecha respectiva. 4. Copia de los decretos de modificaciones presupuestarias totalmente y un informe consolidado de las modificaciones presupuestarias efectuadas mensualmente por partida. 5. Copia de balances anuales y estados financieros semestrales de las empresas del Estado y sociedades en las que este último, o sus instituciones o empresas tengan aporte de capital igual o superior al 50%, realizados y auditados. 6. Informe semestral de la deuda pública bruta y neta del Gobierno Central y de la deuda bruta y neta del Banco Central. 7. Informe trimestral sobre los Activos Financieros del Tesoro Público. 8. Informe trimestral sobre el Fondo de Reserva de Pensiones y el Fondo de Estabilización Económica y Social.

5 Conclusiones

El sistema ius-administrativo insta que las propias Administraciones controlen el ejercicio que ellas hacen de sus atribuciones, de los recursos públicos con que cuentan y del comportamiento de su dotación de personal público (*control administrativo interno*). Paralelamente, ha creado un organismo especial, dotado de una particular autonomía de rango constitucional, pero que al mismo tiempo integra la Administración del Estado -la Contraloría General de la República-, con la misión de controlar en sede administrativa a todas las demás administraciones públicas; a cuyo efecto la Constitución y la ley orgánica le han dotado de valiosos instrumentos y recursos de fiscalización (*control administrativo externo*). Toda esta institucionalidad puede funcionar si es que se da un supuesto elemental previo, a saber, que tanto el objeto como el sujeto controlados son públicos y abiertos, en el sentido de que sobre ellos es posible realizar indagaciones, inspecciones y, de ser necesario, se les puede aplicar medidas coercitivas encaminadas a transparentar sus actuaciones y decisiones. De allí que la cuestión de los *gastos reservados*, según se ha dado cuenta en la segunda parte de este trabajo, ha puesto en jaque el sistema de control administrativo chileno, ya que lo muestra como una farsa. En otras palabras, el control administrativo, en la forma actualmente concebido es incapaz de fiscalizar suficiente y útilmente el uso de los *gastos reservados*.

Los *gastos reservados*, por su naturaleza y destino, no pueden sujetarse a los mismos controles aplicables a las actividades administrativas ordinarias. Sin embargo, porque siguen siendo dineros públicos, puestos por el legislador presupuestario a disposición de ciertas autoridades políticas y administrativas, su uso no puede quedar libre de algún tipo de fiscalización, suficiente, útil y seria. Aceptar lo contrario es un atentado al Estado de Derecho Democrático. Desafortunadamente, ninguna de las regulaciones dadas por el Legislador ha podido resolver el problema de la libertad con que actúan las autoridades al hacer uso de los *gastos reservados* y, para peor, lo hacen bajo las mismas narices del Contralor General de la República y del Presidente de la República.

Desde hace ya largo tiempo, los *gastos reservados* son incontrolables, y continuarán siéndolo mientras no se cambié el tipo de control que se les aplica. Ese cambio debe consistir en una nueva institucionalidad de control que sea establecida por el legislador.

Esa nueva institucionalidad debe fundarse en tres pilares. Primero, las autoridades que usan gastos reservados deben sujetarse a la obligación de rendir periódicamente cuenta documentada y con algún grado de detalle acerca del destino final que han dado a esos recursos. Segundo, a una comisión especial, conformada únicamente por parlamentarios del Senado y de la Cámara de Diputados (o, con participación además del Contralor General de la República) se le debe encargar la misión de revisar el uso de esos *gastos reservados*, a través de un procedimiento reservado, con facultades para citar a su presencia a las autoridades concernidas, y que finalice con un informe fundado, que contenga los hallazgos advertidos, y que sea dirigido al Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado (artículo 24 CPR), para que adopte las medidas políticas y administrativas que estime del caso, incluyendo las denuncias penales que sean pertinentes, conforme a la ley. Y, por último, autorizar que los informes de la comisión especial sean desclasificados después de un tiempo prudente (menor al de prescripción de los delitos penales), de manera que el Ministerio Público tenga la posibilidad de revisarlos y, según el resultado de ello, iniciar las investigaciones y ejercer las acciones penales que correspondan.

Ética, Educación y Gestión Administrativa

Carlos R. Ríos Gautier*

Introducción

En un mundo perfecto el control de la administración pública estaría en manos de los ciudadanos más sabios y justos y todos los demás caminaríamos al ritmo de sus mandatos. Pero como no existe ese mundo perfecto por lo que no debemos delegar poderes absolutos a nadie, debemos buscar, por medio de una mayor participación ciudadana, nuevas formas para tener buenos gobiernos.

Los organismos administrativos cobran vida por medio de legislación. Son criaturas de la legislatura, la cual delega los poderes correspondientes, confirma los nombramientos de los secretarios y administradores de gobierno, y anualmente aprueba sus presupuestos en concierto con la rama ejecutiva.¹ El ámbito del poder delegado se delimita también mediante decisiones judiciales.²

Sin embargo, la revisión judicial se rige por las determinaciones de hechos que formula el organismo administrativo, a las que los tribunales de justicia extienden gran deferencia. No así a la interpretación del Derecho del organismo administrativo, en que la intensidad de la revisión es mucho mayor que aquellas que impliquen hechos o determinaciones de carácter discrecional.³

El Diccionario de Ciencias Sociales, en lo que más se ajusta al tema que nos ocupa, concibe el control de gestión de la siguiente manera:

"Podemos, por lo tanto, concebir el **Control de Gestión** como el **Sistema** de la Alta Dirección que evalúa la oportunidad, precisión y **calidad** en la determinación de los planes dentro de un enfoque estra-tégico y la eficiencia de los resultados en el cumplimiento de los mis-mos, [...]. Los **conceptos** de imagen y resultados son utilizados como una categoría que trata de reflejar la contradicción originada entre la

* Abogado en la práctica privada, ex Comisionado de Seguros y ex Secretario de Justicia del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, admitido a la práctica por el Tribunal Supremo de Puerto Rico y a la corte de Distrito Federal de los Estados Unidos para el Distrito de Puerto Rico, conferenciante y Miembro Asociado del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA).

1 Javier Echevarría Vargas, *Derecho Administrativo Puertorriqueño*, pg. 37, Ed. Situm (2017).

2 Demetrio Fernández Quiñones, *Derecho Administrativo y Ley uniforme de Procedimientos Administrativos*, pg. 59, Ed. Fórum (1993). ("Demetrio Fernández Quiñones").

3 Demetrio Fernández Quiñones, *supra*, pg. 524.

organización y la sociedad en términos de objetivos diferenciales que deben encontrar los caminos comunes para coexistir y desarrollarse con una permanente adaptabilidad. (Intercalado suplido)."⁴

Precisamente para “encontrar los caminos comunes” entre el gobierno y la sociedad es que propongo la importancia de la educación ética *continua* del ciudadano, iniciada desde su infancia. La misma será fundamental para asistir como participante activo en el proceso de controlar efectivamente la administración pública, que es la esencia de un buen gobierno. Después de todo, mal puede un ciudadano reclamar derechos si no cumple con sus deberes.

1 Sobre la Ética

Entre las múltiples acepciones del concepto y práctica de la ética, me circunscribo a su relación con el derecho y la gestión administrativa. En ese renglón la ética significaría aquella rectitud de la conducta humana, que por encima de la perfección o eficacia en su resultado tiene en cuenta la bondad o la perfección misma de la actuación en función del bien propio de cada uno de sus semejantes.⁵

El *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*⁶ describe la ética como sigue:

"Ética, ciencia de las costumbres. Parte de la filosofía que trata sobre la Moral y de las obligaciones del hombre. //Si se admite tal para-doja, la religión laica que inculca el comportamiento social, sano, justo y llevado por los ideales antes que por los intereses. // Desempeño de una profesión con altura en el ejercicio específico, sin obsesión especulativa o mercantilista y dispuesto a los sacrificios que imponga el servicio de los demás.

Es decir, que cada ser humano aspire a hacer las cosas bien lo cual resulta en beneficio de cada una de las personas con quien se relaciona y no en el interés propio.

La catedrática de Ética de la Universidad de Valencia, Adela Cortina, en su libro *Ética mínima*, sugiere que la convivencia es posible si se comparte una ética cívica:

4 Rogelio Moreno Rodríguez, *Diccionario de Ciencias Sociales*, Ed. Dicciobibliografía Ed. SRL (2003).

5 *Idem*.

6 Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, T. III, Ed. Heliasta (1981).

De facto la convivencia de distintas morales que pretenden universalidad ha sido, y es, posible sobre la base de una ética cívica, que se compone de unos mínimos compartidos entre las distintas ofertas de “máximos”, entre las distintas propuestas de felicidad. A la felicidad se *invita*, mientras que los mínimos de justicia de la ética cívica se *exigen*. Nadie puede exigir a otro que viva según un modelo de felicidad: puede invitarle a seguirlo. Pero una sociedad sí puede exigir a los ciudadanos que vivan según unas orientaciones de justicia. Por eso es posible *de facto* el pluralismo moral: porque ya hay unos mínimos de justicia (libertad, igualdad, diálogo, respeto) compartidos por las morales de máximos. Y esta moral cívica orienta la legalidad, que no solo se exige, sino que se impone, si es necesario, mediante sanción.”⁷

La ética, por lo tanto, incluye un conjunto de normas, principios o razones que se desarrollan y establecen como reglas de la propia conducta. Un modo de apreciar o nombrar estas normas es mediante una cultura de trabajo o ética de valores que depende de la voluntad de cada persona, pero también, de unos imperativos que nos impone la ley o la sociedad misma o el negocio o profesión que cada uno practica. Las primeras son las que se desarrollan con la propia experiencia y se las aplica a sí mismo y las segundas son las que tienen valor universal o que han sido codificadas para regir la conducta o surgen de un contrato que se nos obliga observar.

Es mi convicción que la regla dorada es aquella que dice: *no le hagas al prójimo lo que no desees que el prójimo te haga a ti*, erigida como una norma tan clara que muchos la observan para caminar por el lado recto de la vida sin desviarse. Sostengo que no se necesitan leyes, normas o cánones de ética para vivir en paz, armonía y solidaridad con el prójimo, basta respetar el derecho ajeno y velar por el bienestar común.

El Juez del Séptimo Circuito Federal de Apelaciones, Hon. Richard A. Posner, en su excelente libro *Economic Analysis of Law*, pg. 109, 6ta Ed. (2003), nos ilustra respecto al trato que se le debe extender a la persona con quien contrata y que espera que trate a uno como se trataría a sí misma.⁸ Pero hay algo que debemos resaltar de entrada: Los humanos

⁷ Adela Cortina, *Ética mínima*, pg. 167, Ed. Tecnos 1986 (Undécima edición 2007).

⁸ El texto citado lee como sigue: “Consider the incentives of a liability insurer when a suit is brought against its insured that has an expected value greater than the policy limits. Rather than fight the suit, the insurer (who under the policy bears the expense of litigating and so will usually reserve the right to handle the defense) would like to settle it even for more than the policy limit, since the difference will be borne by the insured and the insurer will avoid the expense of the trial. (The insurance company cannot expect to do better by going to trial, since by assumption the judgment at trial will be expected to exceed the policy limit. The company will do worse, because it will cost it more to try the case than to settle it.) To prevent the insurance company from externalizing this

no estamos en la tierra para que cada cual busque su beneficio a costa de los demás, procurando, sin escrúpulos, obtener ventaja en los tratos. Ha llegado el momento último de reconocer que para poder progresar en sociedad, en paz y armonía, es necesario defender la fraternidad y la amistad. Cada acto contrario a la ética es un acto de descomposición que nos resta vida y esperanza.

El filósofo español Fernando Savater define la ética como la práctica de reflexionar sobre lo que vamos a hacer y los motivos por los que vamos a hacerlo.⁹La deliberación ética se impone porque somos mortales. Si fuésemos inmortales podríamos hacer lo que nos diese la gana. *Id.*, pg. 19. Darle sentido a unas virtudes que nacieron cuando las noticias afectaban sólo a las comunidades localizables y reconocidas, y que hoy pretendemos aplicarla a todo el planeta, es un reto ético de nuestro tiempo ante el cual debe ser sensible el educador. *Id.*, pg. 37. Somos los ciudadanos los que tenemos que exigir una educación que nos proteja y nos ofrezca mejores posibilidades para el futuro, porque para los políticos nunca será una prioridad. *Id.*, pg. 49.

Savater, a la pg. 109, concluye diciendo que:

"[e]s muy importante abrir los ojos a que somos una sociedad cuyos asuntos públicos debemos gestionar entre todos. Se llama *sociedad* por eso, porque somos socios, y no hay ninguna empresa de la que te puedas desligar, no es conveniente dejarlo todo en manos de los ejecutivos. No es práctico ni inteligente."

La cristalización definitiva del Derecho se operó con la codificación de las leyes. De esa manera imperaba lo que dice el estatuto y no lo que arbitrariamente determinaba el rey. Más adelante, a partir de que el poder recayó en el Estado constitucional, el derecho y la justicia se imparten en virtud de la ley dictada por la autoridad competente. En su consecuencia, ahora priva lo que hoy conocemos como el imperio de la ley (*rule of law*). De esa manera los ciudadanos saben a qué atenerse y, al mismo tiempo que la ley define lo que no se puede hacer, sirve para definir lo que sí se puede hacer, razón por la cual "bajo la autoridad de la regla se adquiere protección y libertad de acción", otorgándole vigencia al acierto de Cicerón (106 BC – 53 BC) al reconocer desde la antigüedad

cost (that is, shifting it from itself to another, namely the insured), the law reads into the policy a fiduciary duty of insurer to insured: that is, the insurer is required to treat the insured as it would treat itself."

9 Fernando Savater, *Ética de urgencia*, pg. 16, Ed. Ariel (2012).

que “somos ciervos de las leyes para poder ser libres.”¹⁰ Cicerón también expresó que la “primera obligación que impone la justicia es no causar daño a nadie, si no es injustamente provocado.”¹¹

Me referiré, ahora, a los dos organismos administrativos en Puerto Rico que controlan la administración pública, el que fiscaliza el uso de los fondos públicos y el que fiscaliza la conducta de los funcionarios públicos. Se trata de organismos necesarios y útiles, pero a pesar de su existencia persiste la mala conducta, por cuya razón, luego presentaré mis ideas para desarrollar una gestión de país dirigida a fortalecer los principios éticos que sirvan para controlar la conducta nociva de los ciudadanos, que es la que más nos afecta a todos.

2 La Ley del Contralor

El pueblo de Puerto Rico incorporó a su Constitución, cuya vigencia fue proclamada el 25 de julio de 1952, la figura del Contralor al disponer como sigue en su Art. III, § 22:

"Habrá un Contralor que será nombrado por el Gobernador con el consejo y consentimiento de la mayoría del número total de los miembros que compone cada Cámara.[¹²] El Contralor reunirá los requisitos que se prescriban por ley; desempeñará su cargo por un término de diez años y hasta que su sucesor sea nombrado y tome posesión. El Contralor fiscalizará todos los ingresos, cuentas y desembolsos del Estado, de sus agencias e instrumentalidades y de los municipios, para determinar si se han hecho de acuerdo con la ley. Rendirá informes anuales y todos aquellos informes especiales que le sean requeridos por la Asamblea Legislativa o el Gobernador.

En el desempeño de sus deberes el Contralor estará autorizado para tomar juramentos y declaraciones y para obligar, bajo apercibimiento de desacato, a la comparecencia de testigos y la producción de libros, cartas, documentos, papeles, expedientes, y todos los demás objetos que sean necesarios para un completo conocimiento del asunto bajo investigación

El Contralor podrá ser separado de su cargo por las causas y mediante el procedimiento establecido en la sección precedente."¹³

10 Citas tomadas de Sergio Cotta, *¿Qué es el derecho?*, pg. 95, Ed. Rialp, Madrid 4ta Ed (2005).

11 Marco Tulio Cicerón, *Sobre los deberes*, pg. 14, Tecnos (1989).

12 (Intercalado suplido). Se refiere al Senado y la Cámara de Representantes electa por el pueblo cada cuatro (4) años.

13 La Sección precedente es la § 21 del Art. III de la Constitución que dispone lo siguiente: “La Cámara de Representantes tendrá el poder exclusivo de iniciar procesos de residencia y con la concurrencia de dos terceras partes del número total de sus miembros formular la acusación. El Senado tendrá el poder exclusivo de juzgar y dictar sentencia en todo proceso de residencia; y

El día anterior de proclamarse la vigencia de la Constitución de P.R., la Asamblea legislativa aprobó la Ley 9 del 24 de julio de 1952 (“Ley 9”), creando la Oficina del Contralor, la cual responde a la Asamblea Legislativa. Es decir, el legislador puertorriqueño creó una entidad aparte de la Rama Ejecutiva que es la que naturalmente emplea el mayor número de empleados públicos. Mediante dicha Ley 9 se dispuso que el Contralor deberá haber cumplido 30 años, ser ciudadano de los Estados Unidos de América y ciudadano y residente *bona fide* de Puerto Rico. Y,

"tendrá las funciones que se le asignan en el Art. III, § 22 de la Constitución, y las ejercerá tanto con respecto a las cuentas, los fondos y los ingresos, los desembolsos y las propiedades del Gobierno como los que tuvieren en fideicomiso. En el ejercicio de estas funciones el Contralor podrá emplear normas generalmente aceptadas o métodos que estén de acuerdo con las prácticas corrientes en el examen de cuentas."

La Ley 18 del 30 de octubre de 1975 enmendó la § 97 de la referida Ley 9, para ordenar que todos los contratos de los departamentos, agencias o instrumentalidades del gobierno, incluyendo los Municipios, sean enviados a la Oficina del Contralor para ser registrados y estar disponibles para inspección pública. Años más tarde, mediante la Ley 127 del 31 de mayo de 2004 se dispuso que en todo contrato sujeto a registro deberá consignarse que “Ninguna prestación o contraprestación de este contrato podrá exigirse hasta tanto el mismo se haya presentado para registro en la Oficina del Contralor.” Posteriormente, la Ley 33 del 20 de marzo de 2015 prohibió en su apartado (d) “el otorgamiento de los contratos de servicios profesionales o consultivos [...] de forma retroactiva”, añadiendo que: “[t]oda entidad gubernamental pagará únicamente por servicios rendidos, así como las partes contratantes siempre se obligarán al cumplimiento de sus prestaciones futuras [...]. Cualquiera

al reunirse para tal fin los Senadores actuarán a nombre del pueblo y lo harán bajo juramento o afirmación. No se pronunciará fallo condenatorio en un juicio de residencia sin la concurrencia de tres cuartas partes del número total de los miembros que componen el Senado, y la sentencia se limitará a la separación de su cargo. La persona residenciada quedará expuesta y sujeta a acusación, juicio, sentencia y castigo conforme a la ley. Serán causas de residencia la traición, el soborno, otros delitos graves, y aquellos menos grave que impliquen depravación. El Juez Presidente del Tribunal Supremo presidirá todo juicio de residencia del Gobernador. Las cámaras legislativas podrán ventilar procesos de residencia en sus sesiones ordinarias y extraordinarias. Los presidentes de las cámaras a solicitud por escrito de dos terceras partes del número total de los miembros que componen la Cámara de Representantes, deberán convocarlas para entender en tales procesos.”

violación a lo dispuesto en este inciso provocará la nulidad del contrato otorgado.”

Los Tribunales confirmaron la invalidez de los contratos que no habían sido registrados. Así, por ejemplo, en *Rodríguez Ramos v. E.L.A.*, 190 D.P.R. 448, 452 (2014) (“*Rodríguez Ramos*”), se resolvió que un contrato verbal entre un proveedor y el gobierno no puede validarse retroactivamente y en dichos casos el proveedor no podrá reclamarle al gobierno por los servicios prestados.¹⁴ Así también determinó que: el Estado está obligado por imperativo constitucional a manejar los fondos públicos de conformidad con los principios fiduciarios y éticos más altos. Para cumplir con este mandato constitucional, la Legislatura ha aprobado leyes que imponen controles fiscales y de contratación gubernamental.”¹⁵

Por lo tanto, citando a *Jaap Corp.*, pg. 741, el TSPR resolvió que será nulo un contrato que no se ajuste al precepto de sana política pública administrativa que requiere que los contratos gubernamentales cumplan con los siguientes requisitos:

(“1) se reduzcan a escrito; (2) se mantenga un registro fiel con mira a *prima facie* establecer su existencia; (3) se remita copia a la Oficina del Contralor como medio de una doble constancia de su otorgamiento, términos y existencia; y (4) que se acredite la certeza del tiempo, esto es haber sido realizado y otorgado quince (15) días antes.”

Mediante la Ley 58 de 19 de marzo de 2012 se enmendó la referida Ley 9 para reconocerle a la Oficina del Contralor:

“la más plena autonomía administrativa, presupuestaria y fiscal que le permita, sin que se entienda como una limitación, ejercer la custodia y el control de sus fondos y propiedad pública; diseñar y establecer su propia organización fiscal y los sistemas y procedimientos de contabilidad para llevar a cabo sus transacciones financieras; preparar, solicitar, administrar y fiscalizar su propio presupuesto; y reprogramar los fondos asignados o economías de acuerdo a las prioridades de las funciones que lleva a cabo dicha Oficina[...].”

14 El Tribunal Supremo de Puerto Rico determinó en *Colón Colón v. Mun. De Arecibo*, 170 D.P.R. 718, 730 (2007) que el contrato escrito “constituye un mecanismo profiláctico tendiente a evitar pagos y reclamaciones fraudulentas e ilegales.”

15 *Rodríguez Ramos*, pg. 456. (citando a *Jaap Corp. v. Depto. de Estado*, 187 D.P.R. 730, 739 (2013)(“*Jaap Corp.*”).

En armonía con lo anterior, además de eximir a la Oficina del Contralor de cumplir con una serie de leyes y reglas administrativas que se aplican a las demás agencias del gobierno, se dispuso que la Oficina del Contralor someterá directamente a la Asamblea Legislativa su propia petición de recursos de gastos ordinarios de funcionamiento, y no por medio de la rama ejecutiva.

3 La Ley de Ética Gubernamental

La primera Ley de Ética Gubernamental de Puerto Rico ("LEG") se aprobó mediante la Ley 12 de 24 de julio de 1985 que creó la Oficina de Ética Gubernamental, 3 L.P.R.A. § 1801, *et. seq.* En su exposición de motivos se dispuso lo siguiente:

"Nuestro pueblo creció históricamente con una ejemplar tradición cultural y una moralidad de corrección y de excelencia. Como pueblo, como personas y, aún más, como funcionarios públicos no podemos alejarnos de esa orientación.

El Estado Libre Asociado de Puerto Rico, como cuerpo político, está comprometido con una responsabilidad moral y con una responsabilidad ética en el sentido de obrar de acuerdo a unas normas y principios que rigen la conducta del buen vivir de su gente. Esa responsabilidad ética obliga a un continuo examen del comportamiento social y público de sus ciudadanos [...]. Para restaurar la confianza del pueblo en su Gobierno y en sus funcionarios públicos, cuando muchos han rebasado el nivel tolerable, es preciso adoptar nuevas medidas legislativas que sean eficaces para prevenir y para penalizar el comportamiento delictivo de aquellos funcionarios que, en el desempeño de sus labores gubernamentales, vulneren principios básicos de una ética de excelencia. (Intercalado suplido)."

La LEG se enmendó mediante la Ley 1 de 2012 que al igual que la anterior en esencia mantuvo que el nombramiento de la persona a ocupar el cargo de Director Ejecutivo fuera recomendado por ex jueces del Tribunal Supremo, con la encomienda de que el Secretario de Justicia presentara una lista de por lo menos tres (3) posibles candidatos al Gobernador de Puerto Rico para realizar la designación con el consejo y consentimiento del Senado y la Cámara de Representantes. En caso de que no hubiera suficientes ex jueces del Tribunal Supremo para completar un panel de cinco (5) jueces, se convocará a los ex jueces del Tribunal de Apelaciones.

Se dispuso en la LEG original y sustancialmente en la referida enmienda del 2012 que el Director Ejecutivo no podrá hacer aportaciones a partido político alguno, desempeñar o hacer campaña, participar o colaborar en la política, o endosar a un candidato para un puesto electivo. Finalmente, se dispuso que sólo podrá ser destituido de su cargo por conducta inmoral, ilícita, o por la violación de las prohibiciones relacionadas a su cargo o con el Código de Ética que establece la propia LEG, pero la formulación de cargos debe ser iniciada por la Cámara de Representantes con la aprobación de dos terceras (2/3) partes de sus miembros. Disponiéndose que el Senado tendrá el poder para juzgar y emitir la sentencia, limitada sólo a la destitución del cargo, con la anuencia de tres cuartas (3/4) partes de sus miembros.

La LEG se hizo extensiva a los funcionarios y ex funcionarios de la Rama Ejecutiva, se proveyó para la imposición de sanciones y se requirió la radicación de informes financieros anuales al Gobernador, al Contralor, a todos los funcionarios públicos cuyos nombramientos requieran el consejo y consentimiento del Senado o del Senado y la Cámara de Representantes, así como los jefes de agencia a nivel de secretario y subsecretario y los presidentes y directores ejecutivos de la corporaciones públicas, como los miembros de la Asamblea Legislativa, alcaldes y otros.

En ocasión de enmendarse nuevamente la LEG por la Ley Núm. 150 de 22 de diciembre de 1994 (“Ley 150”), el Contralor de Puerto Rico, al endosarla expresó lo siguiente:

"Es importante reconocer que hay muchas acciones que son legales, pero ello no quiere decir que son aceptables desde el punto de vista moral. Por eso es por lo que los códigos de ética de las distintas profesiones normalmente prohíben los conflictos de intereses reales y aparentes. Tal norma basada en principios de moralidad es aplicable también al gobierno."

Con esas expresiones del Contralor de Puerto Rico se reitera el debate permanente entre la Ley y la Moral que, debido a su complejidad, discutirlo aquí excedería el espacio dedicado al tema. Sin embargo, no debe haber duda de que el criterio moral tiene un lugar importante en la interpretación del derecho, pero no debe imponerse.¹⁶

¹⁶ Ver *Belinda Aponte et al v. Hospital Regional de Guayama et al*, 143 D.P.R. 829 (1997) en donde se cuestionó que profesores de la Universidad de Puerto Rico prestaran servicios periciales a personas privadas que tenían reclamos contra el Estado, donde prevaleció el Derecho (“Rule of Law”)

Transcurridos 25 años desde la creación de la Oficina de Ética Gubernamental se inició una reforma completa, que resultó en la aprobación de la referida Ley 1 de 2012 dirigida a atender “los retos de un servicio público íntegro, en que los intereses personales de los servidores no sustituyan los intereses de la ciudadanía.” (Exposición de Motivos). Su objetivo en lo aquí pertinente es “adoptar nuevas medidas legislativas que sean eficaces para prevenir y para penalizar el comportamiento delictivo de aquellos funcionarios que, en el desempeño de sus labores gubernamentales, vulneren los principios básicos de una ética de excelencia.”¹⁷

4 La Función Reguladora de una Corporación Privada Creada por Ley

Según hemos visto, los organismos administrativos se crearon siglos después de que existiera la ética. Sin embargo, los gobiernos han tenido la necesidad de legislar para fiscalizar la administración de los fondos públicos y la conducta de los funcionarios. En relación con el tema objeto del presente ensayo utilizamos de referente cómo el legislador puertorriqueño extendió la aplicación de la LEG a una corporación privada conocida como la Asociación de Empleados del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (“la AEELA”),¹⁸ creada por el Estado, pero administrada para su propio beneficio por los empleados públicos activos y retirados. Sin embargo, en el 1996, luego de AEELA haber estado 75 años bajo la fiscalización interna de su Junta de Directores, auditores internos y externos, así como bajo la del Contralor de Puerto Rico, el legislador decidió colocar a AEELA bajo la supervisión de la Oficina del Comisionado

sobre la moral. Particularmente en la opinión concurrente del Juez Asociado Fuster Berlingeri que sostuvo que: “Las actuaciones de los profesores [...] que se pretende proscribir aquí no son ‘deshonestas’ ni constituyen ‘comportamiento delictuoso’ o de ‘corrupción’. No tienen que ver realmente con el grave problema de la depravación y descomposición moral que ha surgido en la administración pública [...]. (Intercalado suplido). *Belinda Aponte*, [pg. 844. Mientras que en la opinión disidente el Juez Asociado Corrada del Río, quien luego de citar la ponencia del Contralor endosando lo que se convirtió en la referida Ley 150 y que apunta hacia conductas que resultan inaceptables desde el punto de vista moral, amparó en su disenso en que se trata de que la participación de estos profesores puede “provocar, o parecer que provoca, un conflicto de intereses de la dependencia gubernamental con la cual laboran estos servidores públicos.” *Belinda Aponte*, pg. 871.

17 Ley 1 de 3 de enero de 2012, 3 L.P.R.A. § 1854, *et seq.*

18 La AEELA es una corporación creada desde el 1921 por el Estado cuyos miembros son todos los empleados públicos a quienes se les descuenta determinado por ciento anual de su sueldo los cuales pasan a una cuenta de ahorro para ser retirados cuando dichos empleados se separan del gobierno. Esos dineros son invertidos y su producto se distribuye para pagar por ciertos servicios que la AEELA le presta a sus socios miembros y la diferencia se le paga por medio de dividendos anualmente que se depositan en la cuenta de ahorro de cada empleado. El dividendo es libre de impuestos y su rédito, históricamente ha sido más alto que el que paga la banca privada.

de Seguros (“OCS”), de la Oficina del Comisionado de Instituciones Financieras (“OCIF”) y de la Oficina de Ética Gubernamental (“OEG”).

Cada uno de dichos organismos asumió un rol regulador sobre determinada actividad de la AEELA. A la OCS, cuya función predominante es la de velar por la solvencia de los aseguradores, se le encargó la fiscalización y reglamentación de los seguros que maneja la AEELA para beneficio de sus miembros; a la OCIF se le delegó todo lo que tiene que ver con préstamos, tarjetas de crédito, cuentas de ahorro y otros servicios financieros también ofrecidos por la AEELA a sus miembros, y a la OEG se le asignó velar por la conducta de los empleados y ejecutivos de la AEELA, lo cual impacta necesariamente las actuaciones de los funcionarios de la AEELA en todas sus actividades. Entiéndase que la Ética, como la buena fe, está presente como un imperativo jurídico y moral sobre todos los actos de conducta humana.

No obstante, aparte del costo de tener que responder a cuatro agencias fiscalizadoras, la AEELA ha continuado operando eficientemente y sin problemas fiscales o legales. Entiendo que la razón de su conducta honrada reside en el alto sentido de moral solidaria de sus directivos, elegidos democráticamente por sus socios miembros y su capacidad de auto reglamentarse. Por lo tanto, la AEELA existe como ejemplo de una empresa privada exitosa que opera dentro de los criterios más exigentes de conducta fiscal y ética.

5 Los Males Concretos

A pesar de esta importante legislación que le confiere a dichos organismos del gobierno el poder de fiscalizar y sancionar a los funcionarios públicos que se desvían del camino recto, el país no ha podido efectivamente controlar la corrupción y hoy en día sufre una crisis económica que comenzó en el 2006 y no parece que se va a poder enderezar en un momento cercano. Una de las consecuencias más lamentables de esta crisis ha sido la reducción en los presupuestos de salud y educación, pilares en la lucha por la igualdad y la justicia social en una sociedad moderna que persigue el bienestar general. Si no se restablecen esos presupuestos no se va a poder lograr el cambio social requerido para echar hacia adelante el país.

La expresión más preclara del mal social que nos atrasa y agobia, según el profesor Alfonso Sabán Godoy, es que los políticos no reconocen

que la corrupción constituye una “traición fundamental de los deberes de lealtad, probidad y fidelidad inherentes a la función pública”, por parte de unos funcionarios públicos instigados por el egoísmo desmedido que, habiéndosele concedido soberanía de poder, burlan la confianza en ellos depositada.¹⁹ Continúa diciendo el profesor *Sabán Godoy*, pg. 58:

"La presencia de corrupción en la vida pública está directamente vinculada a los componentes éticos de los grupos sociales que la conforman, entendidos aquéllos como los valores, que, partiendo del plano personal, se traducen en normas de conducta valoradas positivamente por estos grupos. La corrupción no es, en consecuencia, sino la alteración de esos valores en lo que atañe a la administración de los intereses comunes."

Sin embargo, el poder coercitivo y sancionador como instrumento para influir en los propios valores sociales no siempre está asequible para lograr el cambio social que demanda el país. Por ello, sostiene *Sabán Godoy*, pg. 58, “concebimos el sistema jurídico como objetivo último de las concepciones éticas que posee la sociedad, pero, a su vez como el principal instrumento externo para influir en aquéllas.”

Por otro lado, el profesor José Antonio Fernández Ajenjo señala lo siguiente:

"La corrupción como estafa a la Sociedad, supone un mal gobierno de 'lo público' por lo cual las autoridades y empleados públicos des-vían los recursos de todos hacia su propio beneficio o hacia el de las personas o grupos afines. De esta forma, cuando los servicios públicos no funcionan correctamente o resultan más onerosos de lo debido por la existencia de prácticas fraudulentas en su organización y funcionamiento, se está estafando o engañando las expectativas del derecho de los ciudadanos a un Buen Gobierno."²⁰

El problema que se denuncia a base de un enfoque sociológico es que existe un nivel de tolerancia de conductas castigadas por los estatutos que la sociedad lamentablemente pasa por alto. La profesora española Adela Cortina indica que se necesita cambiar la impresión de la naturaleza de esa conducta despreciable convirtiéndola en “mala”, no ya para el funcionario sino para el ciudadano. Por ello, propone la adopción de

19 Cita de la Sentencia de 20 de septiembre de 1990 tomada de la monografía de Alfonso Sabán Godoy, *El marco jurídico de la corrupción*, pg. 73, Cuadernos Civitas (1991). (“*Saban Godoy*”).

20 José Antonio Fernández Ajenjo, *El Control de la Administraciones Publicas y la Lucha contra la Corrupción*, pg. 52, Ed. Thomson Reuters (2011).

códigos éticos que autorregulen el mundo profesional y empresarial, en lugar de profundizar en la regulación legal.²¹

Sostengo que, además de profesionalizar y sensibilizar la administración de la función pública, es imprescindible profesionalizar y sensibilizar a la ciudadanía con un sentido de empatía por el otro y de solidaridad con la sociedad en que vive.

6 El Problema con la Ignorancia

Desde que tenemos uso de razón la humanidad se enfrenta al gran desafío de escoger entre el atrecho torcido, pero más fácil, y el camino empinado que le brinda observar auténticos valores éticos. La chilena Patricia Debeljuh (“*Dra. Debeljuh*”), doctora en filosofía, nos convoca a reflexionar en torno a lo que es virtuoso y lo que es vicioso. Se trata de un proceso que requiere “estudiar qué es bueno por sí mismo, qué papel juega la intención y las circunstancias que rodean tal acción.”²²

Sin embargo, nos olvidamos que el factor ignorancia impacta, negativamente, el desarrollo humano y su incremento es preocupante. Acudimos nuevamente a la *Dra. Debeljuh*, pg. 101:

"En el caso de la ignorancia, el problema se da cuando el conocimiento de la moralidad de la acción que se posee es erróneo, es decir, se considera buena una acción que en realidad es mala o viceversa. La ignorancia implica carencia de ciencia en quien debería tenerla, solo se tiene en cuenta el desconocimiento de aquello que es obligatorio saber."

La ignorancia destruye la libertad o la debilita al impedir el conocimiento necesario para la voluntariedad del acto.

El profesor de filosofía Daniel R. DeNicola (“*DeNicola*”) en su libro *Understanding Ignorance: The Surprising Impact of What We Don't Know* (MIT Press, Kindle Ed. (2017), denuncia que, a pesar de los esfuerzos de los distintos países en imponer un sistema de educación compulsoria, el desconocimiento florece como una muestra de la decadencia de los gobiernos. Señala que, increíblemente, el nivel de analfabetismo en los Estados Unidos puede ser mayor ahora de lo que era durante la colonización de Nueva Inglaterra. Al referirse a un estudio que hizo el Departamento de Educación de los E.E.U.U. en el 2014 encontró que alrededor

21 Ética de la sociedad civil ¿Un antídoto contra la corrupción? en Laporta, F.J. y Álvarez, S. (eds.) (1997) citado por *El Control de la Administraciones Públicas y la Lucha contra la Corrupción*, pg. 56.

22 Patricia Debeljuh, *El desafío de la ÉTICA*, pg. 20, Ed. Temas (Argentina, 2003).

de 32 millones de personas (14% de la población) en ese país no sabe leer y para un 21% su capacidad de lectura está por debajo de un estudiante de quinto grado de escuela elemental. (*DeNicola*, pg. 310).²³

El autor advierte que no existe mucha bibliografía sobre el tema de la ignorancia y le atribuye al alemán Nicholas de Cusa, un pensador del siglo 15, interesarse por el tema para conocer su propio desconocimiento de las cosas. También se remonta a Sócrates, a quien se atribuye haber dicho “solo sé que no sé nada.”²⁴ Obviamente, Sócrates sabía lo suficiente para admitir lo mucho que desconocía.

El problema surge porque al carecer de los conocimientos básicos, uno en realidad no sabe lo que debería saber o interesarse en saber. Entonces, ¿cómo va uno a saber qué es lo que desconoce? *DeNicola*, pg. 443. Esto plantea la urgencia de una educación ejemplar que permita al ciudadano poder agenciarse la información que necesita para tener o aumentar su conocimiento de las cosas que verdaderamente importan. Urge hacerlo, pues prolongar el desconocimiento atrasa el desarrollo de la persona y por consiguiente de la sociedad. Es como apoyar la dependencia y la ignorancia en lugar de propiciar lo contrario, a saber, fomentar la independencia y el deseo por el conocimiento. *DeNicola*, pg. 1289.

Por otro lado, *DeNicola*, pg. 1765, subraya que el ideal democrático de contar con ciudadanos bien informados parte de la premisa de que exista un conocimiento básico común. Sin embargo, como es difícil definir lo que significa ese conocimiento básico común, se hace necesario fomentar la importancia de no abandonar la enseñanza de las humanidades y las ciencias sociales a favor del conocimiento técnico como herramienta única para emplearse en un mundo globalizado y cambiante. Es de suma importancia poderse comportar con sensibilidad, prudencia y corrección. Sostenemos que a ello se llega por medio de una educación balanceada.

Coincido con *DeNicola* cuando se pregunta sobre la importancia del conocimiento y contesta ofreciendo su definición de lo que significa la filosofía:

"Philosophia no es amor por el conocimiento; es el amor por la sabiduría. La sabiduría entraña conocimiento, por supuesto, pero espera

²³ Se refiere a la página en la edición de Kindle.

²⁴ *DeNicola*, pg. 269 (“Claimed to know only that he was ignorant- an ironic self-awareness that entitled him to a reputation for wisdom.”)

mucho más, y comienza con el asombro. Es Sócrates, según Platón, quien primero dijo que el asombro es el sentimiento del filósofo, y la filosofía comienza con asombrarse.”²⁵

Para Condorcet²⁶ “toda sociedad que no esté ilustrada por filósofos es engañada por charlatanes”²⁷ y “un pueblo ignorante es esclavo”.²⁸ “Es necesario entonces que el plan de instrucción general encierre el análisis de las diversas operaciones de la inteligencia humana, la de los sentimientos morales, la de las ideas de deberes, de justicia, de derechos [...] un conocimiento analítico razonado de los derechos del hombre.”²⁹. Nos dice *Coutel*, pg. 78, que Condorcet denunció cómo “la ignorancia ha contribuido más a establecer la servidumbre que las pasiones, la fuerza o el temor”, alertándonos sobre aquellos que tratan de “sumergirnos en la ignorancia, y por consiguiente en la esclavitud.”

7 La Importancia de la Educación Ética

El profesor mexicano *Eduardo Andere*³⁰ nos invita a perfeccionar la sociedad mediante la educación para lograr un ambiente de vida razonablemente bueno para la mayoría de la población, no sin antes reconocer que la predicción de la conducta humana es imposible. A ello añade lo que bien se preguntaba el novelista norteamericano Ernest Hemingway: ¿para qué sirve la educación? Y contestaba “para detectar la basura.” *Eduardo Andere*, pg. 497). “A *contrario sensu*, la ignorancia nada sobre la basura como el aceite sobre el agua.” *Id.*, pg. 500.

También indica el profesor Andere que la “Democracia e ignorancia es un coctel que no se mezcla o se mezcla de manera perversa.”;³¹ que “[l]a educación sin buena crianza ni buena escuela... la que ve televisión, lee poco y nada sobre aguas artificiales, requiere años o generaciones

25 (Traducción suplida). *DeNicola*, pg. 4297. El texto en inglés lee como sigue: “*Philosophia* is not love of knowledge; it is the love of wisdom. Wisdom entails knowledge, of course, but it expects much more; and it begins in wonder. It is Socrates, as depicted by Plato, who first says that ‘wonder’ is the feeling of a philosopher, and philosophy begins in wonder.” Plato, *Theaetetus*. 155d. From Plato, *Complete Works*, Ed. John Cooper and D.S. Hutchinson (Indianapolis, IN: Hackett, 1997).

26 Se refiere al filósofo francés, Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, marqués de Condorcet (1743-1794) (“Condorcet”).

27 Cita tomada de Charles Coutel, Condorcet, *Instituir al ciudadano*, pg. 67, Ed. Signo (2005). (“*Coutel*”).

28 Coutel, pg. 73 (*citando a* Condorcet).

29 *Coutel*, pg. 76 (*citando a* Condorcet).

30 Eduardo Andere, *Democracia, transparencia y educación: demagogia, corrupción e ignorancia*, pg. 134, Siglo Veintiuno Ed., Ed. Kindle (2018). (“*Andere*”).

31 *Andere*, pg. 541.

para elevarse en conocimiento, creatividad, respeto, tolerancia, decencia y civilidad.”³² Coincido plenamente con el profesor Andere que la democracia y la vida bajo un sistema democrático se aprenden en el hogar, la escuela y la comunidad por lo que resulta necesaria una educación cultural amplia.³³ Pero para lograr que el ciudadano le sirva mejor a la sociedad y así mismo es necesario que participe en el proceso de decisión de su pueblo, pues después de todo el sentido de responsabilidad exige respeto, pero también cooperación.³⁴

“La cultura se desarrolla con el tiempo, la educación es un insumo desarrollador, pero como toma tiempo, tenemos que buscar la ayuda de instituciones y arreglos que ‘inviten’ a los ciudadanos y a sus re-presentantes a comportarse con hábitos transparentes. Cuando esto ocurra, como sucede en sociedades muy avanzadas en el tema de la transparencia... quizá no necesitemos tantos arreglos institucionales porque será parte de nuestra cultura ... no ser corrupto.”³⁵

De otra parte, el profesor catalán de filosofía José Vicente Mestre Chust³⁶ nos invita a considerar cómo la solución de los problemas que tiene el estado de bienestar reside en recuperar los valores morales, cívicos y de respeto a los derechos individuales, y se debe rechazar todo lo que ha llevado a la corrupción política y a no valorar las necesidades de la ciudadanía.

Según el profesor *Mestre*, pg. 145-147, es imprescindible garantizar un acceso universal a una educación gratuita de calidad y, por ello, es necesario crear una red de educación pública a la que todo el mundo tenga acceso. Además, esta red pública debe ser de una calidad suficiente para garantizar igualdad de oportunidades de todos, independientemente de cuál sea su origen social, o el nivel de educación de sus padres. Esto permite que la escuela pueda ser un ascensor social, es decir, que sea la educación la que marque el papel que cada uno jugará en la sociedad y el nivel económico o social que acabe teniendo.

El profesor *Mestre*, pg. 577, nos propone, en momentos de crisis económica, fortalecer el referente ético del derecho para evitar la corrupción política y el desprecio de las necesidades de la ciudadanía. A

32 *Andere*, pg. 544.

33 *Andere*, pg. 549, 558.

34 *Andere*, pg. 561.

35 (Intercalado suplido). *Andere*, pgs. 713-719.

36 José Vicente Mestre Chust, *La refundación de la democracia: La ética como alternativa a la corrupción*, pg. 25, Ed. Kindle (2014). (“*Mestre*”)

ese fin invita a las empresas, a los servidores públicos e incluso a todos los ciudadanos a detener la corrupción pensando y actuando a partir de conceptos y normativas morales y éticas.

Para ello, *Mestre*, nos remite a la distinción hecha por Immanuel Kant entre los criterios personales, los universales, el bien propio y el bien común,³⁷ al afirmar que se debe crear un sistema ético racional en dos versiones diferentes. La primera dicta: "Obra sólo de forma que puedas desear que la máxima de tu acción se convierta en una ley universal." La segunda, "Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca como un medio." *Mestre*, pg. 584-587.

En ese contexto sugiere "que debemos actuar como creemos que debería hacerlo todo el mundo, teniendo en cuenta que no podemos utilizar ningún ser humano como instrumento debido a la dignidad que posee." *Mestre*, pg. 587. Es menester, por lo tanto, iniciar un diálogo permanente que lleve a conocer mejor las normas ético/legales que rige la conducta de los ciudadanos.

Cobra importancia también la cita que el profesor *Mestre* hace de Francesc Torralba, catedrático de Ética de la Universidad de Ramón Lull:

"El civismo es el ejercicio de una virtud de la ciudadanía. El ciudadano se define por los derechos y los deberes. Ser ciudadano significa asumir una serie de derechos como propios, pero también implica interiorizar y exteriorizar los deberes.

El civismo se podría definir, pues como la expresión libre y voluntaria de los deberes sociales y políticos. Cuando esta expresión es impuesta o se desarrolla bajo coacción todavía no se puede hablar de civismo propiamente dicho. Un ser humano puede calificarse de cívico cuando cumple sus deberes sociales y políticos espontáneamente y no por medio de la censura o la denuncia." *Mestre*, pg. 661-664.

El proceso pedagógico incluye ofrecer una educación en derechos humanos y en valores como la tolerancia, el respeto, la universalidad de la dignidad humana. Se trata de crear ciudadanos cívicos, responsables,

37 Immanuel Kant filósofo alemán (1724-1804) autor de la *Crítica de la razón pura*. Sobre Kant se ha dicho que era un libre pensador que no soportaba "ni las doradas cadenas de la corte, ni los pesados hierros de las galeras", pero que no temía enfrentarse con el poder político, con una deferencia plena de ironía, sobre cuestiones tan candentes como la paz, la guerra o la razón y la religión. Y también como "el pensador que cierra el siglo XVIII sistematizando el espíritu de las Luces, y que, al dar razón de la metafísica, inaugura la filosofía contemporánea." Citas tomadas de Denis Huisman, *Diccionario de las mil obras claves del pensamiento*, Ed. Tecnos 1997, originalmente publicado en francés en 1993 por la Editions Nathan, Paris.

tolerantes, democráticos y participativos que entiendan cuáles son sus derechos y respeten los de los demás. *Mestre*, pg 775-778. Finalmente, el profesor *Mestre*, pgs. 1517-1520, señala que:

"Hay que concienciar a la gente para que trabaje por un mundo mejor, de la misma manera que las generaciones anteriores lo han hecho por nosotros. Hay mucha gente que cree que, como lo que puede hacer es poco, más vale dejarlo estar y no hacer nada. Hay que cambiar esa postura y tener claro lo que para mí es evidente: entre todos podemos cambiar el mundo."

8 La Urgencia de la Acción, Ideas y Soluciones

La idea de que los ciudadanos asuman un rol participativo mayor en los asuntos de gobierno no es nueva ni reciente. Tampoco lo es que la ciudadanía asuma mayor responsabilidad en los asuntos del país. Lo difícil es ejecutarlo, aunque peor es no hacer nada y dejar que las cosas sigan de mal en peor, al extremo que la experiencia nos indica que cada nuevo gobierno es peor que el anterior.

Durante una visita que hice hace tres (3) años a la ciudad de Valencia en España conocí la existencia del Tribunal de las Aguas, probablemente el Tribunal más antiguo del mundo con más de mil años resolviendo los conflictos entre agricultores por el uso del agua en las fincas aledañas al río Turia. Esa experiencia me permitió recobrar la confianza en la capacidad de las personas de poder resolver sus controversias de manera eficiente, rápida y sin mayor costo, pero sobre todo descansando en la autoridad de la palabra dada mediante un dictamen oral, sin que mediara papel o documento alguno que, además, era inapelable.

Mientras trabajaba en este ensayo me encontré con una referencia al Tribunal de las Aguas en un libro de la profesora Adela Cortina,³⁸ quien describe cómo los agricultores de ese litoral de España no solamente protegen un bien común, el agua, sino que lo hacen tan bien que se erige como prueba de que la "ética abarata costos." Dicho de otra forma, si comparamos ese milenario Tribunal con nuestro sistema judicial resulta obvio, como expresa la profesora Cortina, lo mucho que nos cuesta "la falta de ética, en dinero y en dolor" [...] (y si no tomamos medidas) [...] "el costo de la inmoralidad seguirá siendo imparables. Y

38 Adela Cortina, ¿Para qué sirve realmente...? La Ética, pg. 13, Ed. Paidós 7ta Impresión (2016).

[...] seguirán pagándolo sobre todo los más débiles.”³⁹ Al final de su libro, la profesora Cortina contesta de la siguiente manera la pregunta que plantea en el título de su libro “¿Para qué sirve la ética?” : “Para aprender a apostar por una vida feliz, por una vida buena, que integra como un sobrentendido las exigencias de la justicia y abre camino a la esperanza.” *Id.*, pg. 178.

Dicho lo anterior, expongo una serie de ideas que se pueden desarrollar para lograr una mayor participación de la ciudadanía en la administración de un buen gobierno.

9 Qué Hacer

La sociedad civil está compuesta por asociaciones, colegios o agrupaciones formadas por médicos, abogados(as), ingenieros(as), comerciantes, industriales, agricultores(as), ebanistas, plomeros(as), mecánicos(as) y jardineros(as), entre otras profesiones. Estas organizaciones se ocupan, principalmente de velar por los intereses de sus miembros y, tangencialmente se interesan por el bienestar general, excepto cuando alguna legislación o acto de gobierno pueda afectar sus intereses particulares. En consecuencia, no es típico que participen en eventos político-partidistas y participen limitadamente en actividades cívicas que se apartan de sus circunstancias. Uno de sus preceptos debe ser no verse envueltas en procesos controversiales que resulten ajenos a sus intereses. No obstante, cada una de estas asociaciones mantienen un interés en proteger la imagen de sus miembros e incluso incorporan a sus reglamentos reglas de conducta aplicables a sus gestiones profesionales, vocacionales o de negocio.

Lo que propongo es involucrar a todas estas asociaciones en un proyecto de país que tenga como fin adoptar una conducta ética de excelencia. El proceso debe comenzar reconociendo que existe un problema serio de corrupción e ineficiencia en el gobierno y que los ciudadanos que no son empleados del gobierno y los que lo son no pueden ignorar esa realidad.

Esto no significa que los ciudadanos que no pertenecen a estas asociaciones queden fuera de participar en los procesos de concientización del problema que existe. Todo lo contrario, el llamado es a toda la

39 (Intercalado suplido). *Id.*, pg. 17.

ciudadanía y si bien es voluntario, no es menos cierto que sea necesario que respondan.

En momentos de crisis la búsqueda de una mejor administración pública requiere acciones concretas. La esencia de un buen servidor público es el respeto por la conducta ética porque es lo que espera la ciudadanía y de igual modo es lo que esperan los servidores públicos de sus ciudadanos. Según el profesor *Jesús González Pérez*:

"No existen dos morales, una pública -cuyo ámbito sería la vida en sociedad- y otra privada – destinada a dirigir la vida personal e individual-. 'Lo que se produce son dos manifestaciones distintas de una misma realidad; dos dimensiones diferentes de un mismo fenómeno, como es el comportamiento ético, dos expresiones íntimamente vinculadas de un mismo acontecimiento: el desarrollo vital.'"⁴⁰

Esto significa que el ciudadano, tanto el que sirve como el que solicita un servicio, tiene que estar dispuesto a observar una conducta ética todo el tiempo y no dejarse tentar, en palabras del profesor *Jaime Rodríguez Arana* por:

"el poder y el dinero, [que] son grandes ídolos a los que se adora con intensa devoción. El poder por el poder, sea financiero o político, explica sobradamente el sentido de crisis en la que nos encontramos."⁴¹

En las páginas previas me referí al ejemplo que significa la AEELA como entidad que opera bajo las más altas exigencias éticas y fiscales en tanto constituye un parámetro a seguir. Igualmente aludí al Tribunal de las Aguas como un mecanismo efectivo para la resolución de controversias. Además, reiteré que no deben existir derechos sin deberes. Esto significa que si los ciudadanos no están de acuerdo en cómo se administra el país tienen el deber de dejar saber su insatisfacción y la mejor manera de hacerlo es exigiendo desde la atalaya de cada cual que se conduzca una campaña efectiva de educación y concientización sobre la importancia de la Ética como un principio que deben observar con igual rigor no sólo los servidores públicos que están sujetos por Ley, sino también el resto de los ciudadanos, estén organizados en asociaciones o no. Esa campaña debe incluir particularmente las asociaciones

40 Jesús González Pérez, *La ética en la Administración pública*, pg. 27-28, Ed. Cuadernos Civitas 2da Ed. (2000).

41 (Intercalado suplido). Jaime Rodríguez Arana, *El Ciudadano y el Poder Público*, pg. 32 y 35, Ed. Reus (2012).

o agrupaciones que desarrollen alternativas de resolución de controversias sencillas, dispositivas y eficientes para resolver las controversias entre sus miembros.

La idea que se persigue es crear conciencia nacional de que existe una grave crisis de valores que requiere atención urgente y se hace necesario promover una discusión amplia en todos los sectores; las asociaciones, los sindicatos, las iglesias y primordialmente en las escuelas, las universidades, el gobierno central, las corporaciones públicas y las alcaldías, entre otros. Después de todo si la buena administración es una obligación de todos(as) y va dirigida a servirle al ciudadano, resulta inexcusable que estos no asuman un rol activo en su fortalecimiento.

Se trata, también, de identificar la mejor manera de llenar el vacío que existe y no caer en explicaciones generales de lo que constituyen los principios éticos o la Ética para salir del paso. Sostengo que hay que colocar el problema en contexto, dramatizarlo e invitar a los(as) ciudadanos(as) a ofrecer ideas de cómo mejorar una enseñanza que valore un nuevo y abarcador concepto de eticidad, como dije antes, debe comenzar desde la infancia.

Lo que aquí importa es aceptar que el problema existe y es deber de todos(as) resolverlo. No se trata de responsabilizar a ningún partido político o gobierno sino reconocer que hay un problema que requiere atención y solución inmediata que sabemos tardará en resolverse, pero hay que empezar por desarrollar una ciudadanía libre de maleantes que se prestan a tomar ventaja con falsas apariencias para engañar al pueblo. En fin, que todos deseamos vivir en una sociedad con abundancia de ciudadanos virtuosos, respetuosos y solidarios con el prójimo.

Bibliografía

Legislación de Puerto Rico

Constitución de Puerto Rico del 25 de julio de 1952

§ 21

§ 22, Art. III

Ley 9 de 24 de julio de 1952

Ley 18 de 30 de octubre de 1975

Ley 12 de 24 de julio de 1985, 3 L.P.R.A. § 1801 et seq.

Ley 150 de 22 de diciembre de 1994

Ley 127 de 31 de mayo de 2004

Ley 1 de 3 de enero de 2012, 3 L.P.R.A. § 1854 et seq

Ley 58 de 19 de marzo de 2012

Ley 33 de 20 de marzo de 2015

Jurisprudencia de Puerto Rico

Belinda Aponte et al v. Hospital Regional de Guayama et al, 143 D.P.R. 829, 844, 871 (1997)

Colón Colón v. Mun. De Arecibo, 170 D.P.R. 718, 730 (2007)

Jaap Corp. v. Depto. de Estado, 187 D.P.R. 730, 739, 741, 742 (2013)

Rodríguez Ramos v E.L.A., 190 D.P.R. 448, 456-457 (2014)

Comentaristas

Andere, Eduardo, *Democracia, transparencia y educación: demagogia, corrupción e ignorancia*, pg. 134, 541, 544, 549, 558, 561, 713-719, Siglo Veintiuno Ed., Ed. Kindle (2018)

Cabanellas, Guillermo, Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, T. III, Ed. Heliasta (1981)

Cicerón, Marco Tulio, Marco Tulio Cicerón, *Sobre los deberes*, pg. 14, Tecnos (1989)

Condorcet, Charles Coutel, *Instituir al ciudadano*, pg. 67, Ed. Signo (2005)

Cortina, Adela, *Ética mínima*, pg. 167, Ed. Tecnos 1986 (Undécima edición 2007)

Cortina, Adela, *Ética de la sociedad civil ¿Un antídoto contra la corrupción?* en Laporta, F.J. y Álvarez, S. (eds.) (1997) citado por *El Control de la Administraciones Publicas y la Lucha contra la Corrupción*, pg. 56

Cortina, Adela, *¿Para qué sirve realmente...? La Ética*, pg. 13, 17, 178, Ed. Paidós 7ta Impresión (2016)

Cotta, Sergio *¿Qué es el derecho*, pg.95, Ed Rialp, Madrid 4ta Ed (2005),

Debeljuh, Patricia, *El desafío de la ÉTICA*”, pg. 20, 101, Ed Temas (Argentina, 2003)

DeNicola, Daniel R., *Understanding Ignorance: The Surprising Impact of What We Don't Know* (MIT Press, Kindle Ed. (2017), pg. 269, 310, 443, 1289, 4297

Echevarría Vargas, Javier, *Derecho Administrativo Puertorriqueño*, pg. 37, Ed. Situm (2017)

- Fernández Ajenjo, José Antonio, *El Control de la Administraciones Públicas y la Lucha contra la Corrupción*, pg. 52, Ed. Thomson Reuters (2011)
- Fernández Quiñones, Demetrio, *Derecho Administrativo y Ley uniforme de Procedimientos Administrativos*, pg. 59, 524, Ed. Fórum (1993),
- González Pérez, Jesús, *La ética en la Administración pública*, pg. 27-28, Ed Cuadernos Civitas 2da Ed. (2000),
- Huisman, Denis, *Diccionario de las mil obras claves del pensamiento*, Ed Tecnos 1997, originalmente publicado en francés en 1993 por la Editions Nathan, Paris
- Mestre Chust, José Vicente, José Vicente Mestre Chust, *La refundación de la democracia: La ética como alternativa a la corrupción*, pg. 25, 145-147, 577, 584-587, 661-664, 775-778, 1517-1520, Ed. Kindle (2014).
- Moreno Rodríguez, Rogelio, *Diccionario de Ciencias Sociales*, Ed. Diciobibliografía Ed. SRL (2003)
- Plato, Theaetetus. 155d. *From Plato, Complete Works*, Ed. John Cooper and D.S. Hutchinson (Indianapolis, IN: Hackett, 1997).
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, P.109, 6ta Ed. (2003)
- Rodríguez Arana, Jaime, *El Ciudadano y el Poder Público*, pg. 32 y 35, Ed Reus (2012)
- Savater, Fernando, *Ética de urgencia*, pg. 16, 19, 37, 49, 109, Ed Ariel 2012
- Sabán Godoy, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, pg. 58, 73, Cuadernos Civitas 1991

Instrumentos de Ética y Conducta en el Sector Público y su Vinculación con el Marco Jurídico Administrativo, como Mecanismos contemporáneos de Control en México

José Iván Sánchez Aldana Morales*

Introducción

Actualmente en el sector público en México los instrumentos de ética y conducta han tomado mayor importancia en el quehacer cotidiano, los gobiernos federales han pugnado por enfocarse en estos rubros, como un mecanismo dentro de otros para combatir la corrupción, dentro de estos instrumentos destacan los códigos de ética y códigos de conducta que se han elaborado en los diversos sectores de la administración pública, y que son aplicables a las dependencias, entidades, empresas productivas del Estado, secretarías de Estado, organismos administrativos desconcentrados y en general todos entes públicos federales de la Administración Pública, así como de forma coordinada con los gobiernos estatales y municipales, estos mecanismos son creados y redactados de forma que puedan entenderse de una manera pragmática a los servidores públicos que ejercen la función administrativa, en este contexto estos instrumentos están vinculados directamente con las leyes de derecho positivo que cuentan con mecanismos punibles y coercitivos, que aplican y hacen cumplir la ley dentro de su esfera jurídica y facultades que la misma legislación les confiere, los instrumentos de ética y de conducta son mecanismos contemporáneos a través de los cuales la administración pública ha implementado como recurso de prevención y que ha apostado para el correcto desarrollo de las actividades del Estado y con esto garantizar la función administrativa, protegiendo los intereses de los gobernados a la par de disminuir las posibles actuaciones fuera

* Profesor de la Universidad Panamericana de México.

de la ley combatiendo la corrupción, finalmente todo coadyuvará a contar con controles eficientes para fomentar prácticas adecuadas minimizando riesgos en el actuar.

En este trabajo se referenciarán estos mecanismos y se analizará su vinculación con las principales regulaciones vigentes mexicanas que se encargan de vigilar esta materia, desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la legislación reglamentaria aplicable, como es la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, la Ley General de Responsabilidades Administrativas y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

1 La Ética en la Administración Pública

La ética juega un papel fundamental en la vida jurídica de las instituciones públicas, y en general en la sociedad, en los últimos años los instrumentos de control de la administración pública se han fortalecido desde su origen, es decir, a través de los valores, de la ética y la moral, de ahí la importancia de desarrollar estos temas.

En México existe un grave problema de corrupción, que afecta a diversos ámbitos del país, de acuerdo con el Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional, al cierre del ejercicio 2018, México se encuentra en el sitio 138 de 180 en el ranking anual elaborado por Transparencia Internacional donde obtuvo apenas 28 puntos de 100 posibles, a nivel continental, donde la media es de 44 puntos, México está en el puesto 28, Canadá es el país mejor calificado de la región con 81 puntos de 100 posibles, siendo noveno país menos corrupto en el mundo. Dinamarca liderea, con 88 puntos, y Nueva Zelanda, con 87, después Finlandia, Singapur, Suecia y Suiza, con 85. Chile, está en el lugar 27 a nivel mundial, con 67 puntos. Debajo de la mitad está Sudáfrica, con 43 puntos, Turquía, con 41, y Brasil, con 35. En este sentido Transparencia Internacional reporta un problema mundial, pues más de 60% de los países tienen menos de 50 puntos, lo que demuestra que existen problemas para controlar la corrupción.¹

Bajo este contexto, a través de los años los gobiernos federales y locales han instrumentado diversidad de políticas públicas y programas para combatirla, sin embargo, no hay resultados contundentes.

1 <https://www.transparency.org/cpi2018>

En cuanto a la corrupción “se caracteriza como la irrupción del interés privado, actuando por fuera de las normas, en el recinto de lo público, como la conducta de quienes, en lugar de servir al bien común se sirven de su ejercicio para su provecho.”² in pretender abarcar el inmenso campo de estudio filosófico de la ética y moral, mencionaré algunos aspectos apoyándome en doctrina.

Para adentrarnos en este enfoque ético se puede hacer mención a la Deontología:³ “La deontología se ocupa de las reglas para los miembros de una profesión con el objeto de cumplir su fin sin desprenderse de la generalidad de los principios de la Ética.” Asimismo, jurídicamente, “Es la rama de la filosofía jurídica que tiene como finalidad específica la determinación de cómo debe ser el derecho y como debe ser aplicado”.

Una vez mencionado esto y siendo la ética objeto de nuestro estudio, propongo algunos conceptos de ética como podrían ser:⁴ “La Ética es la disciplina filosófica que estudia la dimensión moral de la existencia humana”, por su parte “La Ética es la ciencia del deber ser en función de lo que el hombre es”. Se ha hablado mucho entre la moral y la ética por lo que resulta importante marcar su diferencia, “mientras la moral comprende lo que hace el hombre en su vida, la ética indica como debe hacerlo.”⁵ En este tenor y como se desarrollará más adelante es a través de instrumentos jurídicos, como son los códigos, las leyes, los reglamentos, los lineamientos, a través de los cuales el Estado tiene la obligación de regular el comportamiento de la sociedad, a través de los instrumentos jurídicos se establece un orden y un deber ser, sujeto a restricciones establecidas en las normas, en estricto sentido, con esto debería bastar, sin embargo es evidente que no ha sido suficiente, las penas aun y siendo severas, las leyes tutelando más supuestos, el establecimiento de un aparato judicial más robusto, no ha sido suficiente, teniendo la necesidad de voltear a ver el origen de las conductas a través de la implementación de instrumentos de control de concienticen a la sociedad en aspectos básicos del hombre como la ética y la moral.

Enfocando este tema a los servidores públicos del Estado como ele-

2 Neira Quintero Jesus, *El buen Servidor Público*, Ed. Grupo Editorial Ibáñez, 4a Edición, Bogotá, 2015, pág. 32.

3 Polania Tello Nicolás, *La moralidad administrativa: de la formulación a la eficacia*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2014, pág. 10.

4 Ruiz Rodríguez Virgilio, *Ética y Deontología Jurídica*, Ed. Porrúa, México, 2013, pág. 6.

5 *Ibid.*, pág. 8.

mentos clave en el desarrollo de la administración pública, una figura utilizada en países del continente americano como Brasil, Colombia, entre otros, es la Moralidad Administrativa, “no se trata de la moral común, más sí de una moral jurídica, entendida como el conjunto de normas de conducta elaboradas a partir de la disciplina de la Administración.”⁶ Asimismo y como lo menciona el autor, el administrador en su actuación no solo debe observar lo legal o lo ilegal, lo conveniente o inconveniente, lo oportuno o inoportuno, si no también lo honesto o deshonesto, se debe actuar de manera adecuada y ética en el grupo social que existe.

En este sentido y ampliando el concepto respecto a la Moralidad Administrativa, “es un mecanismo complejo de control de la función administrativa, que se concreta en un sistema configurado por un principio constitucional y un derecho colectivo, y que consiste en asegurar mediante este la realización de aquel, en el sentido de que dicha función se ejerza siempre y sin excepciones en orden a satisfacer el interés general porque, al margen de las revisiones a que se someta este concepto, como concluye Cassagne, la médula de la Administración es la de constituir una actividad servicial o vicarial para la realización del interés público o bien común”.⁷ Como lo mencionan los autores, este elemento que se reproduce en las acciones y funciones de la Administración Pública siempre deberán tomar el cauce inconfundible de velar por el bien común o interés público como fin último del Estado, bajo este escenario y como se ha mencionado respecto de la Moralidad Administrativa y tomando en consideración que la ética es el deber ser, los Códigos de Ética y de Conducta están directamente vinculados con el cumplimiento de los fines del Estado, motivo por el cual se sustenta de fondo el objeto de crear estos instrumentos de control de la administración.

“En definitiva, si la moral o ética está ligada al ámbito de los valores, a los cuales se somete, y si el orden jurídico (que no es más que solo orden normativo) acepta la superioridad de principios generales que contienen valores como fundamento del ordenamiento, es evidente que no se puede sostener que el valor sea algo extraño al derecho.”⁸

A este respecto y como es conocido, las normas jurídicas están sus-

6 Polania Tello Nicolás, Op. cit. pág. 119.

7 *Ibid.*, pág. 152.

8 Cassagne Juan Carlos, Los grandes principios del Derecho Público, (Constitucional y Administrativo), Ed. REUS, Madrid, 2016, pág. 47.

tentadas en aspectos axiológicos, por lo que para el tema que nos ocupa los códigos de ética y de conducta, son instrumentos fundamentales para el derecho y que actualmente podemos considerarlos como mecanismos contemporáneos de control, en el entendido que los aspectos éticos datan de muchos años en el origen del hombre, sin embargo actualmente los gobiernos han apostado por concientizar a la sociedad y a los actores que manejan recursos públicos en aplicar estos aspectos más puntuales.

Una vez llegado a este punto, y sin que sea óbice y exclusivo para los funcionarios públicos, ya que, para que se dé un acto de corrupción, acto deshonesto o fuera de la ley, los particulares juegan un papel importante, sin embargo y como se debe entender el Estado debe normar a sus funcionarios imponiendo límites y control en su actuar:

“Los servidores públicos, así como el gobierno en su conjunto, son íntegros o no, es impropio y absurdo hablar de mucha o poca integridad, porque ésta no se mide por grados. Ser íntegro implica ser recto, honrado, de comportamiento intachable, alguien en quien se puede confiar, que cuando se compromete es con la firme convicción de cumplir su promesa, y esto no puede ser a medias, solo cuando las luces están enfocadas sobre nosotros y los demás nos están mirando, porque eso es hipocresía, y lo mismo sucede con la ética, no se puede hablar de mucha o poca ética en los actos, de ciertos funcionarios, porque la responsabilidad de construir condiciones de gobernabilidad, de impartición de justicia y de paz, constituyen exigencias inseparables de las funciones propias de la administración pública y sus funcionarios.”⁹

Esta reflexión, es a donde se deberán llevar las conductas de los servidores públicos, reforzando el compromiso en aras del buen desarrollo de las funciones estatales que se traducirá en mejores condiciones para sus gobernados y para la productividad del Estado, ya que se generaría un círculo virtuoso que elevará la calidad de los servicios y por ende la calidad de vida de la sociedad a la que sirve, tal como bien lo complementa el autor:

“En la medida que “administrar” quiere decir etimológicamente “servir a” y que, por tanto, la función administrativa es función de servicio, la dimensión ética de la misma tiene su eje central en la idea de servicio a la sociedad en orden a la consecución del bien común.”¹⁰

9 Platas Pacheco, María del Carmen, *Ética del servicio público; Elementos de reflexión en torno de la prudencia judicial*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011, pág. 57 y 58

10 Neira Quintero Jesus, Op. cit., pág. 31.

A este respecto y rescatando una magnífica reflexión, si como lo vio Kant, el hombre en cuanto a individuo alcanza su dignidad únicamente por proponerse, en ejercicio de su autodeterminación moral, como fin el hombre con referencia a sí mismo y a los demás -esto es, por proponerse no sólo la “conservación”, sino el “fomento” de la perfección propia y la felicidad ajena-, también en cuanto a miembro de la sociedad logra su dignidad al intervenir y cooperar en el decurso del progreso humano, a partir de cuya interacción la humanidad puede sólo avanzar hacia a una perfección y felicidad mayores”.¹¹

Como breve referencia, para analizar los códigos de ética y de conducta como instrumentos de control de la administración pública, se puede decir que:

“También estimaremos que el control, interno y externo, forma parte del subsistema de rendición de cuentas que opera en la administración pública. Así, las referencias que hicimos a la planeación, programación, gestión, operación o actuación, verificación, constituye el llamado círculo del control.”¹²

El proceso de administración aplicable a la función administrativa que aquí se menciona de manera muy práctica, ya que no es el objeto de este estudio, está vinculado directamente con el actuar de los funcionarios y este actuar, está previsto en las normas y derecho positivo aplicable, y es aquí en donde se fortalece a través de estos mecanismos el llamado círculo de control, ya que se está apostando a fortalecer estos mecanismos para el buen desempeño de la función del estado.

Finalmente, y para concluir esta parte, la función administrativa debe regirse al principio de juridicidad al principio de buena administración, “las actuaciones administrativas deben ajustarse no solo al derecho objetivo vigente, sino también a las reglas de ética y moral públicas, particularmente en el manejo y cuidado del patrimonio público, evitando expedir y aplicar actos en fraude a la ley. En desarrollo de este principio las autoridades adoptarán Códigos de Ética y de Buen Gobierno”¹³, más adelante analizaré los principios que rigen los códigos de ética y conducta en el Sector Públicos.

11 Maihofer Werner, *Estado de Derecho y dignidad humana*, Ed. B de F Ltda, Argentina, 2008, pág. 80.

12 Márquez Gómez Daniel, *Calidad en la Administración Pública*, Ed. Novum, México, 2011, pág. 30.

13 Polania Tello Nicolás, Op. cit., pág. 38.

2 Marco Jurídico Administrativo Vinculante con los Códigos de Ética y Conducta en el Sector Público

Los códigos de ética y de conducta *per se*, están directamente vinculados con preceptos jurídicos que se originan desde mandatos constitucionales pasando por leyes reglamentarias, lineamientos, y demás instrumentos hasta su conformación, como se ha mencionado en la parte de ética del presente trabajo, estos códigos cuentan con sustentos legales que hacen que tengan la fuerza necesaria para su cumplimiento, desde un enfoque moral.

Como lo menciona el autor respecto al análisis Kelseniano efectuado, “El Estado, en sentido jurídico, no es una realidad social, si no un conjunto de normas.”¹⁴ Es por esto que los códigos tienen origen legal ya que deben tener un fundamento jurídico que ayude a la aplicación de los mismos, y que regulen esta realidad social que cada día se amplía más en su esfera jurídica, motivo por el cual el Estado debe encontrar la manera y ser más creativo para lograr la efectividad anhelada de protección y servicio a la ciudadanía.

En este orden de ideas y siendo México país integrante de la Organización de las Naciones Unidas, es prudente mencionar al Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley¹⁵, instrumento internacional adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979, a través del cual se establecen artículos y comentarios fundamentales y que sirven de soporte en nuestra materia de estudio.¹⁶

14 Schreier Fritz, *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*, Ed. Coyoacán, México, 2010, pág. 213.

15 <https://www.gob.mx/pgr/documentos/codigo-de-conducta-para-los-funcionarios-encargados-de-hacer-cumplir-la-ley>

16 ARTÍCULO 1. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.

ARTÍCULO 2. En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.

ARTÍCULO 3. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

ARTÍCULO 4. Las cuestiones de carácter confidencial de que tengan conocimiento los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se mantendrán en secreto, a menos que el cumplimiento del deber o las necesidades de la justicia exijan estrictamente lo contrario.

ARTÍCULO 5. Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Respecto al marco jurídico administrativo relacionado con los códigos de ética y conducta en el sector público mexicano, es fundamental invocar la fracción III del artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se hace mención a los servidores públicos que deberán observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia.

El 18 de julio de 2016, en ejercicio del Gobierno Federal en turno, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el cual se expidieron las siguientes legislaciones: la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, la Ley General de Responsabilidades Administrativas y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, como un conjunto de leyes para atender de forma directa los temas relativos a la corrupción y la aplicación de sanciones y el ejecutor de las mismas en materia administrativa, estas leyes son el sustento legal que conforman el Sistema Nacional Anticorrupción y que con fundamento en el artículo 113 constitucional es la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos.

En este orden de ideas y conforme a los considerandos del Acuerdo por el que se emitió en ejercicio del actual Gobierno Federal, el “Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal”, que más adelante se detallará, la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción es de orden público y de observancia general en toda la República, y tiene por objeto establecer las bases y políticas para la promoción, fomento y difusión de la cultura de integridad en el servicio público, establecer las acciones permanentes que aseguren la integridad y el comportamiento ético de las y los servidores públicos, y crear

ARTÍCULO 6. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise.

ARTÍCULO 7. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no cometerán ningún acto de corrupción. También se opondrán rigurosamente a todos los actos de esa índole y los combatirán.

ARTÍCULO 8. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán la ley y el presente Código. También harán cuanto esté a su alcance por impedir toda violación de ellos y por oponerse rigurosamente a tal violación.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que tengan motivos para creer que se ha producido o va a producirse una violación del presente Código informarán de la cuestión a sus superiores y, si fuere necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.

las bases mínimas para que todo órgano del Estado mexicano establezca políticas eficaces de ética pública y responsabilidad en el servicio público, de igual forma que tiene por objeto establecer las bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, los municipios y las alcaldías de la Ciudad de México, para el funcionamiento del Sistema Nacional previsto en el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁷, para que las autoridades competentes prevengan, investiguen y sancionen las faltas administrativas y los hechos de corrupción.¹⁸ Asimismo conforme a los artículos 5 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, y 7 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, se establecen como principios rectores del servicio público lo de legalidad, la objetividad, el profesionalismo, la honradez, la lealtad, la imparcialidad, la eficiencia, la eficacia, la equidad, la transparencia, la economía, la integridad y la competencia por mérito, asimismo dispone que los entes públicos sujetos a la misma, están obligados a crear y mantener condiciones estructurales y normativas que les permita el adecuado funcionamiento del Estado en su conjunto, en la actuación ética y responsable de cada servidor público.

Por su parte la Ley General de Responsabilidades Administrativas tiene por objeto distribuir competencias entre los órdenes de gobierno para establecer las responsabilidades administrativas de los Servidores Públicos, sus obligaciones, las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que estos incurran y las que correspondan a los particulares vinculados con faltas administrativas graves, así como los procedimientos para su aplicación.¹⁹ Es en el artículo 6 y 16 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, en donde se estipula que será obligación de los entes públicos crear y mantener condiciones que permitan la actuación ética y responsable de cada persona servidora pública, por lo que el personal que labore en el servicio público deberá observar el Código de Ética que emitan las Secretarías o los Órganos Internos de Control, conforme a los lineamientos que emita el Sistema Nacional Anticorrupción para que, en su actuación, impere una conducta digna que responda a las necesidades de la sociedad y que oriente su desempeño.

17 Artículo 113. El Sistema Nacional Anticorrupción es la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos.

18 Cfr. Art. 1° Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción

19 Cfr. Art. 1° Ley General de Responsabilidades Administrativas

Finalmente la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa tiene por objeto determinar la integración, organización, atribuciones y funcionamiento del Tribunal, es un órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus fallos y con jurisdicción plena, formará parte del Sistema Nacional Anticorrupción, las resoluciones que emita el Tribunal deberán apegarse a los principios de legalidad, máxima publicidad, respeto a los derechos humanos, verdad material, razonabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, tipicidad y debido proceso.²⁰

Por su parte, el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción tiene entre sus facultades, la de establecer las bases y políticas para el fomento a la cultura de la integridad.

Una vez expuesto lo anterior y continuando con el marco jurídico que no ocupa, el 6 de marzo de 2012 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el documento con los “Lineamientos generales para el establecimiento de acciones permanentes que aseguren la integridad y el comportamiento ético de los servidores públicos en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones” (Lineamientos de Integridad y Ética). Posteriormente, el 20 de agosto de 2015 se publicaron también en el Diario Oficial de la Federación el “Acuerdo que tiene por objeto emitir el Código de Ética de los servidores públicos del Gobierno Federal, las Reglas de Integridad para el ejercicio de la función pública” y “Lineamientos generales para propiciar la integridad de los servidores públicos y para implementar acciones permanentes que favorezcan su comportamiento ético, a través de los Comités de Ética y de Prevención de Conflictos de Interés”, cabe señalar que estos instrumentos jurídicos fueron emitidos por el Gobierno Federal en turno.

Tomando en consideración que el presente estudio se ha realizado con una actualización en su emisión vigente, el 5 de febrero de 2019, y una vez que en México se presentó la alternancia en el Gobierno Federal, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el “ACUERDO por el que se emite el Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal”, el cual, entre otros aspectos, abroga al Código de Ética de los Servidores Públicos del Gobierno Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2015 y señala que las dependencias, entidades y empresas productivas del Estado deberán emitir sus respectivos Códigos de Conducta en un plazo no mayor a los

20 Cfr. Art. 1° Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa

90 días naturales siguientes a la emisión de la guía para la elaboración del Código de Conducta, que emita la Unidad de Ética, Integridad Pública y Prevención de Conflictos de Intereses de la Secretaría de la Función Pública.

Recientemente y dentro de los aspectos actuales que se tomaron en consideración en el presente trabajo, el 22 de abril de 2019 se expidió por parte de la Secretaría de la Función Pública la guía para la elaboración y actualización del Código de Conducta de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal así como para las empresas productivas del Estado.

Con respecto a los códigos de ética y de conducta aplicables a las entidades federativas estos están de igual forma sustentados en los ya mencionados artículos constitucionales, fracción III del artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el 113, referente al Sistema Nacional Anticorrupción, así como con las facultades otorgadas por las constituciones políticas de cada estado, tomando en consideración las leyes estatales en materia de responsabilidades administrativas, así como los acuerdos de la Comisión Permanente de Contralores Estados – Federación, y el Sistema Nacional Anticorrupción, dichos códigos se han promulgado, a fin de conjuntar los principios, valores y reglas de integridad que establecen y delimitan el actuar de los servidores públicos en su puesto, encargo o comisión dentro de la Administración Pública de los Estados, cabe señalar que estas acciones se encuentran dentro del Sistema Nacional de Control y Evaluación de la Gestión Pública, el vínculo entre los Órganos de Control y Evaluación de la Gestión Pública del Gobierno Federal, de los Gobiernos Estatales.

3 Códigos de Ética y Códigos de Conducta en el Sector Público

Una vez invocado el marco jurídico administrativo vinculante con los códigos de ética y conducta, y como se señaló anteriormente, el 5 de febrero de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el “ACUERDO por el que se emite el Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal”, estableciendo que las dependencias, entidades y empresas productivas del Estado deberán emitir sus respectivos Códigos de Conducta en un plazo no mayor a los 90 días naturales siguientes a la emisión de la guía para la elaboración del Código de Conducta, que emita la Unidad de Ética, Integridad Pública

y Prevención de Conflictos de Intereses de la Secretaría de la Función Pública, recientemente el 22 de abril de 2019 se expidió por parte de la Secretaría de la Función Pública la guía para la elaboración y actualización del Código de Conducta de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, así como para las empresas productivas del Estado por lo que actualmente se encuentran dentro del plazo para la elaboración de los códigos de Ética.

En este sentido, y tomando en consideración los recientes cambios en el poder ejecutivo en México, se ha establecido un Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal, que tomando en cuenta que es el documento vigente en esta materia en México resulta importante comentarlo.

El Código de Ética tiene por objeto, establecer un conjunto de principios, valores y reglas de integridad que orienten, en un marco de aspiración a la excelencia, el desempeño de las funciones y la toma de decisiones de las personas servidoras públicas, asumiéndolos como líderes en la construcción de la nueva ética pública y constituir el eje, a partir del cual, las dependencias, entidades y empresas productivas del Estado, elaboren sus respectivos Códigos de Conducta en los que se consideren riesgos éticos específicos, en atención a su misión, visión y atribuciones.²¹ Es importante mencionar que actualmente con la evolución del Derecho Administrativo, la misión de las empresas públicas está sujeta al cumplimiento productivo de satisfacción a los “clientes” sociedad a los que sirven ya sean interior o de cara al público, cada día más servicios son concesionados o prestados en coordinación con los entes públicos motivo por el cual su actividad debe cumplir en observancia de estos valores.

El Código de Ética será aplicable a todas las personas que desempeñen un empleo, cargo o comisión, al interior de alguna dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o bien, en alguna empresa productiva del Estado, será aplicable a las secretarías de Estado y sus órganos administrativos desconcentrados, los Órganos Reguladores Coordinados, la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal y la Oficina de la Presidencia de la República, entidades es decir los organismos públicos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos que tengan el carácter de entidad paraestatal, así

21 Cfr. Artículo 1° Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal. (CEPS-PGF)

como a aquellas que desempeñan un empleo, cargo o comisión en los entes públicos del ámbito federal, conforme a lo dispuesto en el artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²²

Dentro del apartado de definiciones cabe destacar:²³

Código de Conducta: El instrumento deontológico emitido por la persona que ocupe la titularidad de la dependencia, entidad o empresa productiva del Estado, a propuesta de su Comité de Ética y de Prevención de Conflictos de Intereses o análogo, previa aprobación de su respectivo Órgano Interno de Control o Unidad de Responsabilidades, en el que se especifique de manera puntual y concreta la forma en que las personas servidoras públicas aplicarán los principios, valores y reglas de integridad contenidas en el Código de Ética.

Ética pública: Disciplina basada en normas de conducta que se fundamentan en el deber público y que busca en toda decisión y acción, la prevalencia del bienestar de la sociedad en coordinación con los objetivos del Estado mexicano, de los entes públicos y de la responsabilidad de la persona ante éstos.

Juicio Ético: En un contexto de ambigüedad, será el ejercicio individual de ponderación de principios y valores que lleve a cabo cada persona servidora pública, previo a la toma de decisiones y acciones vinculadas con el desempeño de su empleo, cargo o comisión.

Riesgo ético: Situaciones en las que potencialmente pudieran transgredirse principios, valores o reglas de integridad y que deberán ser identificados a partir del diagnóstico que realicen, las dependencias, entidades o empresas productivas del Estado, en términos de lo ordenado por el artículo 15 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Valores: Cualidad o conjunto de cualidades por las que una persona servidora pública es apreciada o bien considerada en el servicio público.

La ética pública se rige por la aplicación de los Principios Constitucionales de Legalidad, Honradez, Lealtad, Imparcialidad y Eficiencia en el

22 Cfr. Artículo 2° CEPSPGF

Artículo 108 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

"Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial de la Federación, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión o en la Administración Pública Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones. (...)"

23 Cfr. Artículo 4° CEPSPGF

entendido de que, por su naturaleza y definición, convergen de manera permanente y se implican recíprocamente, con los principios legales, valores y reglas de integridad, que todas las personas servidoras públicas deberán observar y aplicar como base de una conducta que tienda a la excelencia, en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.²⁴

El Principio de Legalidad fomentará el cumplimiento a las normas jurídicas, con un estricto sentido de vocación de servicio a la sociedad, garantizando el profesionalismo, así como los valores de respeto a los derechos humanos y liderazgo.²⁵

“Cuando definimos la función administrativa, indicamos que constituye una función del Estado que se realiza bajo un orden jurídico. Este último elemento significa que dicha función se desarrolla sometida al llamado principio de legalidad que precisamente consiste en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada.”²⁶

Este principio toral del Derecho Administrativo, orienta a los servidores públicos a conducirse apegados a lo que les dicta las leyes, existe el principio general del derecho aplicable a los particulares que señala “todo lo que no está prohibido está permitido”, este principio no es aplicable de igual forma a los servidores públicos ya que a contrario sensu, se podría decir que el funcionario público podrá realizar únicamente lo que le esté facultado para cumplir por una norma.

El Principio de Honradez fomentará la rectitud en el ejercicio del empleo, cargo o comisión promoviendo un gobierno abierto que promueva la máxima publicidad y el escrutinio público de sus funciones ante la sociedad, garantizando la transparencia y la rendición de cuentas, así como el valor de respeto.²⁷

En este orden de ideas, dentro de las normas propuestas del servidor público:

“Declaro asimismo que he de actuar sin privilegiar ni discriminar a nadie a través de la dispensa de favores o servicios especiales en el desempeño de mi cargo, ni recibir beneficios ni remuneraciones

24 Cfr. Artículo 6 CEPSPGF

25 Cfr. Artículo 7 CEPSPGF

26 Fraga Gabino, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, 42a Ed., México, 2002, pág. 99.

27 Cfr. Artículo 8 CEPSPGF

adicionales a los que legalmente tenga derecho por el cumplimiento de mis deberes”.²⁸

Asimismo aquí se invocan las materias de transparencia y rendición de cuentas, mismas que llevan más de 15 años que se implementaron en México y que hoy forma parte de derecho constitucional que pueden ejercer los mexicanos.

El Principio de Lealtad buscará que las personas servidoras públicas correspondan a la confianza que el Estado les ha conferido, a fin de satisfacer el interés superior de las necesidades colectivas y generar certeza plena de su conducta frente a todas las personas, garantizando la integridad; los valores de interés público y entorno cultural y ecológico, así como las reglas de integridad de cooperación y desempeño permanente con la integridad.²⁹ En este principio se hace mención al entorno cultural y ecológico este último como un derecho de cuarta generación que hoy en día tienen los ciudadanos. Con respecto a la lealtad y dentro de las normas propuestas del servidor público se puede invocar, “Afirmo que todos mis actos se guían e inspiran por el amor a la Patria, sus símbolos e instituciones; por el respeto a la Constitución y a las leyes que de ella emanan; y por la más firme creencia en la dignidad de la persona humana.”³⁰

El Principio de Imparcialidad buscará fomentar el acceso neutral y sin discriminación de todas las personas, a las mismas condiciones, oportunidades y beneficios institucionales y gubernamentales, garantizando así la equidad, la objetividad y la competencia por mérito; los valores de equidad de género e igualdad y no discriminación y la regla de integridad de comportamiento digno.³¹ Con respecto a la imparcialidad, Fernández del Castillo señala que es la capacidad de ser independiente en las decisiones y es una pieza clave de la ética de los servidores públicos:

“Este deber se deriva de la justicia y en concreto de la justicia distributiva, la cual se basa en la búsqueda de la igualdad para todos los ciudadanos.”³²

28 Pérez Fernández del Castillo Bernardo, *Deontología Jurídica, Ética del abogado y del Servidor Público*, Ed. Porrúa, 19a Edición, México, 2012, pág. 200.

29 Cfr. Artículo 9 CEPSPGF

30 Pérez Fernández del Castillo Bernardo, *Op. Cit.*, pág. 199.

31 Cfr. Artículo 10 CEPSPGF

32 Pérez Fernández del Castillo Bernardo, *Op. cit.*, pág. 146.

El Principio de Eficiencia buscará consolidar los objetivos gubernamentales a través de una cultura de servicio público austero, orientada a resultados y basada en la optimización de recursos, garantizando la eficacia, la economía y la disciplina, así como el valor de cooperación.³³ A través de este principio se transmiten las líneas de acción actuales que el Gobierno Federal está implementando.

Es compromiso de las personas servidoras públicas, actuar atendiendo a los principios, valores y reglas de integridad contenidas en el Código, así como a las disposiciones legales aplicables a sus funciones, favoreciendo en todo momento, como criterio orientador, el bienestar de la sociedad. Como ya se mencionó el fin último del servicio público es satisfacer las necesidades de bien común.

Las personas servidoras públicas deberán brindar un trato igualitario a todos los individuos, evitando cualquier acción u omisión que menoscabe la dignidad humana, derechos, libertades o constituya alguna forma de discriminación.

Las personas servidoras públicas, en el ámbito de sus atribuciones y competencias, fomentarán la igualdad entre mujeres y hombres, y respetarán la identidad y orientación sexual, con el propósito de contribuir a la institucionalización de la perspectiva de género en el servicio público.

Las personas servidoras públicas emplearán lenguaje incluyente en todas sus comunicaciones institucionales con la finalidad de visibilizar a ambos sexos, eliminar el lenguaje discriminatorio basado en cualquier estereotipo de género, y fomentar una cultura igualitaria e incluyente.

Las personas servidoras públicas observarán un comportamiento digno, y evitarán realizar cualquier conducta que constituya una violación a los derechos humanos, con el objeto de generar ambientes laborales seguros que privilegien el respeto de las personas.

Las personas servidoras públicas deberán cumplir con las declaraciones patrimoniales, de intereses y fiscales, atendiendo en todo momento al principio de honradez, por lo que éstas deberán presentarse con completa veracidad y transparencia en su contenido, en los términos previstos en la normativa aplicable.³⁴

Las personas servidoras públicas, con motivo del ejercicio de su empleo, cargo o comisión, no deben aceptar, exigir u obtener cualquier obsequio, regalo o similar, sean en favor de sí mismas, su cónyuge, con-

33 Cfr. Artículo 11 CEPSPGF

34 Cfr. Artículo 12-17 CEPSPGF

cubina, concubinario o conviviente, parientes consanguíneos, parientes civiles o para terceras personas con los que tenga relaciones personales, profesionales, laborales, de negocios, o para socios o sociedades de las que la persona servidora pública o las personas antes referidas formen parte.³⁵

Para la divulgación, conocimiento y apropiación del Código de ética, el Código de Conducta y las políticas de integridad las dependencias, entidades y empresas productivas del Estado, deberán establecer, en conjunto con los Comités o análogos, un programa anual para la divulgación de dichos instrumentos y la capacitación que refuerce la prevención y sensibilización para evitar la materialización de riesgos éticos y, en su caso, refuerce la formación del juicio ético necesario para su prevención. En este sentido, las entidades ya llevan camino andado ya se tiene en las dependencias instituidos Comité de Transparencia, combate a la corrupción, entre otros, los cuales servirán para cumplir con estos preceptos normativos.

Los mecanismos de capacitación a que se refiere el párrafo anterior, se impartirán de manera presencial o virtual, y podrán consistir en cursos, talleres, conferencias, seminarios o cualquier otra dinámica que facilite el conocimiento y sensibilización en los principios, valores y de integridad que rigen el ejercicio del servicio público.

Se reconocerá de manera particular a aquellas personas que, en su desempeño, motiven a sus compañeros y compañeras en la práctica de los valores del servicio público.³⁶

Asimismo, y respecto a la ejecución del Código, se señala que cualquier persona servidora pública o particular podrá hacer del conocimiento de dos instancias, los incumplimientos al Código de Ética:

1. El Comité, en su carácter de instancia preventiva podrá emitir recomendaciones encaminadas a mejorar el clima organizacional y a evitar la reiteración de la o las conductas contrarias al contenido de este Código, y,
2. Los Órganos Internos de Control en las dependencias o entidades y las Unidades de Responsabilidades en las empresas productivas del Estado, serán quienes determinarán si se actualiza una falta administrativa, sin perjuicio de las acciones que en derecho correspondan conforme a las leyes aplicables.³⁷

35 Cfr. Artículo 20 CEPSPGF

36 Cfr. Artículo 27-28 CEPSPGF

37 Cfr. Artículo 29-31 CEPSPGF

La Unidad, el Órgano Interno de Control de la Secretaría, los Comités y los Órganos Internos de Control, en las dependencias y entidades, así como las Unidades de Responsabilidades en las empresas productivas del Estado, en el ámbito de sus atribuciones, darán cumplimiento, y vigilarán la observancia de lo previsto en este Código de Ética.³⁸ Es a través de estos mecanismos mediante los cuales se dota de “dientes” para el cumplimiento de dicho instrumento axiológico.

Como se mencionó respecto a la:

“La moralidad administrativa es diferente del Derecho, pero subyace a la red de normas que conforman el ordenamiento jurídico y esta con él, en una relación, si se quiere, de complementariedad y retroalimentación, lo que de ninguna forma lleva a admitir que las normas de carácter moral tengan efectos jurídicos vinculantes, salvo que se hayan concretado en una norma positiva que haya pasado por el cedazo del Legislador.”³⁹

En este sentido, resulta de suma importancia señalar que si bien en cierto no tienen fuerza vinculatoria estos códigos estas vinculados directamente con derecho positivo como son las leyes invocadas en el presente trabajo.

En este sentido y como se ha mencionado, a raíz de los recientes cambios en el Gobierno Federal en México, las dependencias, entidades, empresas productivas del Estado, secretarías de Estado, organismos administrativos desconcentrados y en general todos los entes públicos federales, deberán observar el Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal, publicado el pasado 5 de febrero de 2019, así mismo deberán emitir sus respectivos Códigos de Conducta en el mes de agosto de 2019.

Bajo este contexto, empresas productivas del Estado como Petróleos Mexicanos, la Comisión Federal de Electricidad, como con fundamento en las facultades de sus estatutos orgánicos, así como con base en sus Códigos de Ética emitidos previamente a la entrada en vigor del multicitado “Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal”, ya contaban con códigos de ética y de conducta los cuales fueron diseñados en el caso de Petróleos Mexicanos tomando en cuenta las mejores prácticas a nivel internacional, así como legislación

³⁸ Cfr. Artículo 29-31 CEPSPGF

³⁹ Polania Tello Nicolás, *La moralidad administrativa: de la formulación a la eficacia*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2014, pág. 133.

internacional adicional a la nacional como La Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA por sus siglas en inglés, Foreign Corrupt Practices Act), Ley Antisoborno del Reino Unido 2010 (UK Bribery Act 2010), convenciones internacionales como la Convención para el Combate al Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la Convención de las Naciones Unidas contra Corrupción (UNCAC), entre otras.

En Petróleos Mexicanos ya se contaban con Políticas y Lineamientos Anticorrupción (con formatos de percepción de la corrupción, manifiesto de compromiso de ética profesional, instrumentos de identificación de conflictos de intereses entre otros) y como ya se mencionó el Código de Ética que data del año 2016, basado en los principios de respeto, igualdad y no discriminación, efectividad, Honradez, Lealtad, Responsabilidad, Legalidad, Imparcialidad e Integridad, dicho código está redactado de forma práctica, contiene ejemplos de conducta, con un lenguaje ciudadano amigable con los servidores públicos de todos los niveles en la organización, con fotografías, invocan las pautas de la relación con los terceros, con la comunidad y el medio ambiente, así como con la implementación de una línea ética anónima, mecanismos de cómo usar el código interactuando de forma jerárquica según sea el caso, política de no represalias, y un Código de Conducta que data del año 2017, fundamentado entre otros ordenamientos legales en la Resolución 17/19. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Ley Federal del Trabajo, Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, Acuerdo por el que se modifica el diverso que expide el Protocolo de actuación en materia de contrataciones públicas, otorgamiento y prórroga de licencias, permisos, autorizaciones y concesiones y que contiene el marco de conductas esperadas y de las que no serán toleradas, guía de las principales conductas aceptables y provee ejemplos de comportamientos inaceptables que violan los estándares establecidos por Pemex, términos actuales como Mobbing o Acoso Laboral, entre otros aspectos.

El código de ética y el código de conducta en Petróleos Mexicanos, forman parte del compliance, como instrumento de práctica internacional y que engloba diversos instrumentos para cumplir con los aspectos jurídicos, contables, valores éticos, y encaminado al buen desempeño de la empresa y sus relaciones internas y externas.

Asimismo, otro mecanismo que utilizó Petróleos Mexicanos, es la Ley Sarbanes Oxley conocida como la “Ley SOX”, por ser emisor de deuda en los mercados internacionales de capital, bajo reglas y seguimiento de la Securities & Exchange Commission en los Estados Unidos de América y que tiene la finalidad de establecer controles internos de control de diversos rubros de las empresas a efecto de transparentar su gestión y cumplir disposiciones normativas empresariales.

Por su parte las secretarías de estado con fundamento en los artículos la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (actualmente derogada) sus reglamentos interiores y la normatividad señalada anteriormente emitida en el ejercicio 2015, se dieron a la tarea de emitir sus códigos de conducta y de ética respectivos, siguiendo las líneas del ejecutivo federal en turno.

En este orden de ideas, y con respecto a los Códigos de Conducta como ya se mencionó en el apartado de marco jurídico en el mes de abril de 2019 se expidió por parte de la Secretaría de la Función Pública la guía para la elaboración y actualización del Código de Conducta de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal así como para las empresas productivas del Estado, en dicha guía se establece un marco de referencia para orientar la elaboración y emisión del Código de Conducta que deben emitir y publicar las dependencias, entidades y empresas productivas del Estado. Con base en el Código de Ética, se desprende que el Código de Conducta es el instrumento deontológico en el que se especifica de manera puntual y concreta la forma en que las personas servidoras públicas aplicarán los principios, valores y reglas de integridad y otras disposiciones que resulten procedentes, considerando la misión, visión y las atribuciones de cada institución, a fin de enfrentar los riesgos éticos específicos de cada uno de los cargos, áreas o unidades administrativas que forman parte de su estructura orgánica.

En esta guía se establecen los aspectos formales para la elaboración de los códigos de conducta, asimismo los aspectos sustanciales como el objetivo de los códigos de conducta, aplicación y obligatoriedad, identificación de riesgos éticos, especificación de conductas de las personas servidoras públicas, entre otras.

Con respecto a los códigos de ética y de conducta aplicables a las entidades federativas de acuerdo con lo establecido en la Carta Magna, así como con las facultades otorgadas por las constituciones políticas de

cada estado, tomando en consideración las leyes estatales en materia de responsabilidades administrativas, así como los acuerdos de la Comisión Permanente de Contralores Estados – Federación, y el Sistema Nacional Anticorrupción, dichos códigos se han promulgado, a fin de conjuntar los principios, valores y reglas de integridad que establecen y delimitan el actuar de los servidores públicos en su puesto, encargo o comisión dentro de la Administración Pública de los Estados, cabe señalar que estas acciones se encuentran dentro del Sistema Nacional de Control y Evaluación de la Gestión Pública, el vínculo entre los Órganos de Control y Evaluación de la Gestión Pública del Gobierno Federal, de los Gobiernos Estatales lo que se busca homologar, a nivel nacional, conceptos, principios, criterios y objetivos, fomentando, a su vez, la cultura de la legalidad en el desempeño del servicio público, lo que se logrará asumiendo una efectiva convicción ética y de servicio a la ciudadanía, a través de la prevención de conflictos de interés, la implementación de reglas de integridad y el establecimiento de directrices para lograr un comportamiento ético por parte de todos los servidores públicos, fortaleciendo la transparencia, la rendición de cuentas, la legalidad y así estar en posibilidad de hacer frente a los nuevos retos que se presentan en materia de combate a la corrupción, en este orden de ideas se pretende que los tres niveles de Gobierno cuenten con herramientas para prevenir la corrupción y evitar posibles conflictos de interés.

Como se ha expuesto, en México ha habido un gran avance en esta materia prácticamente en los tres niveles de gobierno se cuentan con instrumentos de ética y conducta, sin embargo, aún queda mucho por hacer ya que se debe reflejar estos esfuerzos en resultados tangibles que ayuden a México a salir adelante en el rubro de combate a la corrupción.

Finalmente se puede decir que:

“Tratándose de los dos códigos (el moral y el jurídico) con vocación de estabilidad, pero sensiblemente dinámicos, su relación ha de ser continua, tensa y de complemento recíproco, puesto que el Derecho tiene la necesidad de incorporar a la moral, pero la moral (la social, pero también la ética pública que posibilita éticas personales y privadas libres) también recibe un importante apoyo y refuerzo del Derecho”,⁴⁰

40 Fernández García Eusebio, *Valores Constitucionales y Derecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, pág. 121.

como se mencionaba en apartados anteriores, sin lugar a dudas los aspectos morales retoman su fuerza en el entendido que el diseño de las normas jurídicas perse están sustentadas en valores, sin embargo al momento de convertirse en derecho positivo pasan a tener la fuerza coercitiva de una norma, situación muy diferente que caracteriza a los códigos de ética y de conducta analizados ya que estos tienen la característica de llegar directamente a la concientización del deber ser desde un aspecto de humanístico.

4 Conclusiones

A través de este trabajo, se expusieron y desarrollaron los instrumentos de ética y conducta en el sector público en México en donde se abordó y profundizó en el tema de ética, ya que juega un papel fundamental en la vida jurídica de las instituciones públicas, y en general en la sociedad, en los últimos años los instrumentos de control de la administración pública se han fortalecido desde su origen, es decir, a través de los valores, de la ética y la moral.

Los diversos aspectos que envuelven la moral y la ética se podrían concretar en el deber ser del hombre como se mencionaba, con respecto a la moralidad administrativa, los administradores en su actuación no solo debe observar lo legal o lo ilegal, lo conveniente o inconveniente, lo oportuno o inoportuno, si no también lo honesto o deshonesto, se debe actuar de manera adecuada y ética en la sociedad en donde se desenvuelven, apegados siempre a las normas e instrumentos como son los códigos de ética y de conducta, que no son otra cosas que una guía que recuerda cómo deben comportarse, específicamente en el actuar como servidores públicos, transformándose en alguien en quien se puede confiar, comprometidos con sus deberes de servir a la institución a la que prestan sus servicios y al País al que sirven.

En materia de fundamento legal y la vinculación con los Códigos de Ética y de Conducta, estos tienen fundamento desde la Carta Magna, fracción III del artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde se hace mención a los servidores públicos que deberán observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia así como el artículo 113 referente al Sistema Nacional Anticorrupción, en la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, y Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Actualmente en México el Código de Ética vigente y aplicable para la Administración Pública Federal es el “Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal”, el cual se publicó el 5 de febrero de 2019, en el Diario Oficial de la Federación el cual se sustenta en las líneas de acción que el Gobierno actual alternancia ha establecido, por lo que respecta a los códigos de conducta estos se encuentran en proceso de elaboración en las dependencias derivado de la guía para la elaboración y actualización del Código de Conducta de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal así como para las empresas productivas del Estado expedida por parte de la Secretaría de la Función Pública el pasado 22 de abril, teniendo 90 días para tenerlos.

El Código de Ética vigente esta enfocado a establecer una nueva ética pública en la administración Pública Federal en donde se consideren riesgos éticos específicos, en atención a su misión, visión y atribuciones asimismo se rige por la aplicación de los Principios Constitucionales ya mencionados. Es importante mencionar que actualmente con la evolución del Derecho Administrativo, la misión de las empresas públicas está sujeta al cumplimiento productivo de satisfacción a los “clientes” sociedad a los que sirven ya sean interior o de cara al público, motivo por el cual su actividad debe cumplir en observancia de estos valores.

En México se contaban con Códigos de Ética y de conducta en la Administración Pública, no obstante, el actual Gobierno Federal está impulsando una cultura homologada enfocada a impulsar los valores éticos y combatir la corrupción, motivo por el cual se establecieron estos mecanismos de control.

Con respecto a los códigos de ética y de conducta aplicables a las entidades federativas están contemplados conforme a las facultades otorgadas por las constituciones políticas de cada estado, tomando en consideración las leyes estatales en materia de responsabilidades administrativas, así como los acuerdos de la Comisión Permanente de Contralores Estados – Federación, y el Sistema Nacional Anticorrupción.

Como se pudo apreciar en este trabajo, existen medios de control, y han existido desde hace mucho tiempo, basados en la ética y la moral, sin embargo, la corrupción en México continua, es una cultura que se tendrá que cambiar, como se ha demostrado en este estudio el Gobierno de México no ha quitado el dedo del renglón en este tema, y se requieren esfuerzos constantes y acciones creativas como son los Códigos de Ética, Códigos de Conducta, el Compliance, las mejores prácticas internacionales que sirven de herramientas para una política pública moderna que

ayude a combatir la corrupción al mismo tiempo de mantener altos los niveles de productividad, eficiencia y atención a la sociedad a la que sirven. De igual forma está en cada ciudadano, sea o no servidor público, que su desenvolvimiento conductual y ético sea de tal forma que aporte en beneficio común de la sociedad, cabe concluir que el perfeccionamiento del hombre se realiza mediante la prudencia, la justicia, la fortaleza y la templanza.⁴¹

Referencias

Fuentes Bibliográficas

- Cassagne Juan Carlos, Los grandes principios del Derecho Público, (Constitucional y Administrativo), Ed. REUS, Madrid, 2016.
- Fraga Gabino, Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, 42a Ed., México, 2002.
- Maihofer Werner, Estado de Derecho y dignidad humana, Ed. B de F Ltda, Argentina, 2008.
- Márquez Gómez Daniel, Calidad en la Administración Pública, Ed. Novum, México, 2011.
- Neira Quintero Jesus, El buen Servidor Público, Ed. Grupo Editorial Ibáñez, 4a Edición, Bogotá, 2015.
- Pérez Fernández del Castillo Bernardo, Deontología Jurídica, Ética del abogado y del Servidor Público, Ed. Porrúa, 19a Edición, México, 2012.
- Platas Pacheco, María del Carmen, Ética del servicio público; Elementos de reflexión en torno de la prudencia judicial, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.
- Polania Tello Nicolás, La moralidad administrativa: de la formulación a la eficacia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2014.
- Ruiz Rodriguez Virgilio, Ética y Deontología Jurídica, Ed. Porrúa, México, 2013.
- Schreier Fritz, Conceptos y formas fundamentales del Derecho, Ed. Coyoacán, México, 2010.

⁴¹ Betanzos Torres Eber Omar, Navarro Aldape Fernando de Jesús, *Apuntes sobre la Ética Judicial III "La prudencia, la Excelencia y el Decoró"*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013, pág. 7.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Responsabilidades Administrativas

Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Fundamentos Convencionales para el Control de la Arbitrariedad de la Administración.

Instrumento Idóneo en los Países Signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos

Jaime Orlando Santofimio Gamboa*

Introducción

La convencionalidad un concepto complejo, preponderante y amplificador del ordenamiento jurídico.

El de convencionalidad es un concepto amplio, omnicompreensivo y complejo en el ámbito del derecho, que involucra, dada su configuración, un claro e inobjetable elemento amplificador del ordenamiento jurídico vigente en cada Estado, no solo por el hecho de la pertenencia de estos a la comunidad internacional¹, y adicionalmente, por estar ligados a ella, a través de instrumentos jurídicos vinculantes como pueden ser, entre otros, los tratados y convenciones internacionales de todo orden².

* Profesor Emérito de Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia.

1 HABERMAS, Jürgen, “La idea kantiana de la paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años”, en HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, 7ª impresión, Paidós, Barcelona 2013, p.147. “[...] La < < paz perpetua > > , por la que el abate de Saint-Pierre había hecho votos, representa para Kant un ideal gracias al cual puede presentarse atractivo y fuerza visible a la idea del orden cosmopolita. Con ella Kant introduce en la teoría del derecho una tercera dimensión, una innovación de gran trascendencia: junto al derecho estatal y al derecho internacional coloca el derecho cosmopolita. El orden republicano de un Estado constitucional democrático basado en los derechos humanos no sólo requiere un débil control – en términos del derecho internacional- de las relaciones entre los pueblos dominadas por las guerras. El orden jurídico en el interior de los Estados debe, más bien, culminar en un orden jurídico global que congrege a los pueblos y elimine las guerras”. KANT, Immanuel, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*, Tecnos, Madrid, 1987, p.95. “[...] La idea de una constitución en consonancia con los derechos naturales del hombre, a saber, que quienes obedecen la ley deben ser al mismo tiempo legisladores, está en la base de todas las formas políticas, y la comunidad conforme a ella [...] se la denomina ideal platónico, no es una vana quimera, sino la norma eterna para Profesor Emérito de Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia.

2 JINESTA L., Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y las Salas Constitucionales”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundación Universitaria de Derecho Administración y Política S.C., p.3. “[...] El control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (v.gr. la supremacía exclusiva de la

En esta línea de pensamiento la convencionalidad es esencialmente una estructura sustancial y material de derecho, nutrida de principios, valores, reglas y normatividad imperativa y preponderante, surgida del hecho natural de la existencia misma de un conjunto de naciones, así como del ejercicio pleno de la buena fe³ objetiva [< < pacta sunt servanda > >] entre ellas, que se hace acompañar de instrumentos adjetivos y procesales para su debida aplicación, el cabal cumplimiento de sus propósitos y el logro de las finalidades que de ella se desprenden, en cada caso, para cada uno de los sectores de la actividad pública o privada en donde deban surtir plenamente sus efectos, configurando esencialmente un todo normativo y de principios que excluye cualquier lectura dualista de ordenamientos⁴.

Constitución) y, en definitiva, un nuevo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano”.

- 3 SORENSEN, Max, *Manual de derecho internacional público*, 1ª ed, 12 reimp, Fondo de Cultura Económica, México, 2011, pp.158 y 159. “Los Estados y las demás personas internacionales quedan obligadas por los tratados celebrados en forma regular y que hayan entrado en vigor: ellos deben cumplirse de buena fe. Este principio, afirmado por la Carta de las Naciones Unidas, se expresa comúnmente por la máxima *pacta sunt servanda*, lo que quiere decir, literalmente, “los tratados deben ser cumplidos” [...] ¿Cuál es la naturaleza de este principio? Si bien todos los escritores reconocen su existencia, así como su importancia, no siempre convienen en cuanto a su naturaleza. Para algunos es una regla del derecho natural; para otros, un principio general de derecho; y todavía para otros, una regla consuetudinaria”. VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, 5ª ed, 3ª reimp, Aguilar, Madrid, 1973, p.35.
- SORENSEN, Max, *Manual de derecho internacional público*, ob., cit., pp.200, 201, 229 y 230. VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, ob., cit., p.82. “No siendo la comunidad jurídico-internacional una entidad fundada en un señorío, puesto que descansa en la cooperación y el común acuerdo de los Estados, sus normas solo serán eficaces si los Estados cumplen, de buena fe, las obligaciones contraídas. Ya BYNKERSHOEK hizo referencia a ello, cuando escribió: “*Pacta privatorum tuetur ius Gentium, pacta principum bona fides. Hanc si tollis, tollis inter principes commercia... quin et tollis ipsum illus Gentium*”. En otros términos: si hacemos abstracción del principio de la buena fe, todo el D.I cae por su base (...) Esta idea se manifiesta, asimismo, en la Carta de la O.N.U por cuanto el art.2.º, obliga a todos los miembros a cumplir “de buena fe” los compromisos por ellos contraídos de conformidad con la Carta. Y por ello entiende la comisión competente de la Conferencia de San Francisco, que los tratados no han de interpretarse y aplicarse a la letra, sino según su espíritu”. BUERGENTHAL, Thomas; NORRIS, E; SHELTON, Dinah, *La protección de los derechos humanos en las américas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, 1994, p.94. “El concepto de *ius cogens* se deriva de una ‘orden superior’ de normas legales establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones. Las normas de *ius cogens* han sido descritas por los publicistas como las que abarcan el ‘orden público internacional’”.
- 4 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, caso Costa, sentencia de 15 de julio de 1964, as. 6/64, Rec.1141. La concepción *dualista*, durante mucho tiempo prevalente, considera que el orden jurídico internacional y los ordenamientos nacionales constituyen sistemas independientes y separados que coexisten de forma paralela, de suerte que un tratado perfeccionado, es decir regularmente ratificado, sólo producirá efectos en el ordenamiento internacional, pues para que resulte imperativamente aplicable en el sistema jurídico de un Estado parte resultará necesario que éste recoja las disposiciones del tratado en una norma nacional —usualmente la ley— o las incorpore por medio de alguna fórmula jurídica que opere la correspondiente recepción. Así opera una auténtica *nacionalización* del tratado que lo hace aplicable por las autoridades nacionales en su calidad de norma de derecho interno y no como precepto de derecho internacional. La concepción *monista*, en cambio, se sustenta en la unidad del ordenamiento jurídico, circunstancia que excluye la posibilidad de que exista solución alguna de continuidad entre los órdenes jurídicos internacional y nacionales de los Estados, de forma que dentro de esta concepción la norma

Si bien la reciente evolución doctrinal y jurisprudencial identifica la figura en cuestión como “*convencionalidad*” denotando la idea de ordenamiento jurídico derivado de lo acordado entre naciones, la realidad de la conformación material de la misma nos permite sostener, que más que una consecuencia de lo pactado, por (i) convencionalidad se entiende de manera principal un claro derecho internacional de carácter consuetudinario surgido de las relaciones propias de la existencia de las naciones mismas y de su convivencia, así como del reconocimiento al valor supremo que representamos los seres humanos independientemente del contexto nacional al que por accidente nos corresponda pertenecer. La persona en sí misma no es solo una responsabilidad y compromiso directo de los estados, es un interés general y supremo de la humanidad. Precisamente, la convencionalidad permite establecer criterios mínimos e igualitarios de tratamiento y respeto a nivel universal.

Lo anterior no obsta para aceptar que (ii) convencionalidad también es la derivada del acuerdo y del pacto internacional que vincula y obliga bajo criterios de preponderancia, sujeción, acatamiento, respeto a los

internacional se aplica en dichos Estados de manera inmediata, en su condición de tal, esto es sin necesidad de recepción o de transformación en el sistema de cada uno de los Estados parte en el Tratado; entonces, el instrumento internacionalmente perfecto se integra de pleno derecho en el sistema normativo que deben aplicar los operadores jurídicos nacionales y sus disposiciones resultan de imperativa observancia en su condición originaria de preceptos internacionales. En el caso de la Unión Europea —referente indiscutible del modelo de Andino de integración—, como lo ha subrayado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —TJCE—, al indicar que el sistema comunitario, especialmente en la medida en que implica conferir atribuciones de naturaleza normativa a las instituciones que lo integran, sólo puede concordar con el monismo, única concepción compatible con un sistema de integración como el europeo, habida cuenta de que “[...] al constituir una Comunidad de duración ilimitada, dotada de atribuciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica ... y, con más precisión, de poderes reales surgidos de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y creado de esta manera un cuerpo de derecho aplicable a sus nacionales y a ellos mismos”. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, caso Simmenthal, sentencia de 9 de marzo de 1978, as. 106/77, Rec. 609. La afirmación es particularmente clara: “a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el tratado de la Comunidad Económica Europea ha creado un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del tratado y que se impone a sus órganos jurisdiccionales”... De esto hay que deducir que si los Estados miembros son libres de conservar su concepción dualista respecto del derecho internacional, el dualismo, por el contrario, es rechazado de las relaciones Comunidades/Estados miembros y que el derecho comunitario, original o derivado, es inmediatamente aplicable en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros o, según una fórmula mejor del Tribunal, forma “parte integrante ... del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros”, lo que implica tres consecuencias: • el derecho comunitario está integrado de pleno derecho en el ordenamiento interno de los Estados, sin necesitar ninguna fórmula especial de introducción; • las normas comunitarias ocupan su lugar en el ordenamiento jurídico interno en calidad de derecho comunitario; • los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el derecho comunitario” [subrayado fuera de texto]. Puede verse: STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan, “Vertical interpretation: International Human Rights Law within States Legal and Political Orders”, en STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, 3th ed, Oxford University Press, New York, 2007, pp.1096 a 1099.

Estados, y que compromete a sus autoridades a que todas las decisiones en las materias pactadas deban estar mediadas en cuanto a la interpretación y aplicación del derecho interno por los valores, principios, valores, normas y estándares del convencionales sin que el ordenamiento o normas de derecho interno se opongan, contradigan o reduzcan su eficacia, tal como se desprende de la Convención de Viena de 1969 [artículo 26 *pacta sunt servanda*⁵; artículo 27. No invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado⁶], salvo que aquella cumpla de mejor manera o este por encima de los estándares materiales que deban imponerse convencionalmente, lo cual no rompe de todas maneras el carácter del derecho convencional⁷.

La convencionalidad domina en consecuencia el funcionamiento pleno de los poderes públicos de todos los estados y del accionar de todas sus autoridades, penetrando espacios o esferas de acción de la misma bajo criterios de preponderancia y vincularidad, en escenarios de la más

5 CONVENCION DE VIENA. Derecho de los Tratados. "Artículo 26.- "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". SORENSEN, Max, *Manual de derecho internacional público*, ob., cit., pp.158 y 159. "Los Estados y las demás personas internacionales quedan obligadas por los tratados celebrados en forma regular y que hayan entrado en vigor: ellos deben cumplirse de buena fe. Este principio, afirmado por la Carta de las Naciones Unidas, se expresa comúnmente por la máxima *pacta sunt servanda*, lo que quiere decir, literalmente, "los tratados deben ser cumplidos" [...] ¿Cuál es la naturaleza de este principio? Si bien todos los escritores reconocen su existencia, así como su importancia, no siempre convienen en cuanto a su naturaleza. Para algunos es una regla del derecho natural; para otros, un principio general de derecho; y todavía para otros, una regla consuetudinaria". VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, 5ª ed, 3ª reimp, Aguilar, Madrid, 1973, p.35.

6 CONVENCION DE VIENA. Derecho de los Tratados. "Artículo 27.- .El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

7 RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 26. "En atención a las disposiciones contenidas en los ordenamientos jurídicos internos sobre la recepción de las normas convencionales internacionales, cabe dividirlos en ordenamientos jurídicos dualistas y monistas. En los sistemas dualistas no cabe la posibilidad de que los órganos internos apliquen los tratados internacionales mientras que no hayan sido transformados mediante un acto normativo interno, ya que las normas internacionales son irrelevantes en los ordenamientos jurídicos internos. Esta postura tiene su razón de ser en el hecho de que el Derecho internacional y los Derechos internos son concebidos como ordenamientos jurídicos separados e independientes. Desde esta perspectiva, "una norma internacional incorporada a un ordenamiento interno lo será en virtud de algún mandato legal establecido en el ordenamiento interno, pero al incorporarse pierde su naturaleza internacional para convertirse en norma interna. En realidad la norma será internacional por su origen, pero plenamente interna en cuanto a su naturaleza y aplicabilidad". MANGAS MARTÍN, A., "La recepción del Derecho internacional por los ordenamientos internos", en *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2003, p.221. El sistema monista, al contrario que el dualista, proclama la unidad de todos los ordenamientos jurídicos, en tanto que expresiones diferenciadas del fenómeno jurídico, y, por tanto, los tratados internacionales son parte del ordenamiento jurídico interno una vez obligatorios en el ámbito internacional pues, como señala MANGAS MARTÍN, no puede existir "una disociación entre la validez internacional de la norma y la validez interna". ACOSTA ESTEVEZ, José, "El derecho internacional, el derecho comunitario europeo y el proyecto de constitución europea", en [The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series is produced by the Jean Monnet Chair of the University of Miami, in cooperation with the Miami European Union Center. Vol.4, No.3, 2004; <http://aei.pitt.edu/8117/1/acostafinal.pdf>].

variada naturaleza, como los referentes a las decisiones que estas deban tomar en aspectos relativos a los derechos humanos, sociales, políticos, militares, económicos, etc. Precisamente, en la medida en que se trata de garantizar unos mínimos de convivencia, paz y respeto internacional y en relación con todos los asociados, dentro del marco de naciones civilizadas y estados constitucionales que hacen parte de la comunidad internacional.

1 Antecedentes y Formación de la Idea Convencional para el Sistema Interamericano

Esta experiencia constructiva de un marco jurídico y de principios se ha consolidado a partir de la reconstrucción jurídica, política y social de la humanidad después de las rupturas violentas de la convivencia internacional y del menosprecio a la condición humana que caracterizó la última centuria, siendo el sistema interamericano de derechos humanos a través de la labor pretoriana de la Corte IDH la gran cultivadora y propagadora en la región del concepto de convencionalidad y de sus instrumentos adjetivos de control sobre el ejercicio del poder público de los Estados.

A través de la idea sustancial de convencionalidad profundizada por la Corte IDH en sus precedentes se han dado pasos conscientes y firmes en torno a la consolidación de barreras jurídicas forjadas en principios prevalentes y valores superiores derivados de la misma condición humana y la idea de convivencia pacífica sin distinción de fronteras y por encima de consideraciones jurídicas locales.

El derecho europeo de los derechos humanos, ha sido baluarte significativo en esta construcción. La Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, ha venido edificando todo un espectro sustancial de convencionalidad a partir del reconocimiento de un derecho común prevalente y ejerciendo de manera permanente control de convencionalidad, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese sentido se puede citar los siguientes casos:

1. Golder contra Reino Unido, sentencia de 21 de febrero de 1975⁸
[en cuyo párrafo 35 considera: “En su parágrafo 3 c), el artículo

⁸ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Affaire Golder c. Royaume-Uni, (Requête n° 4451/70), Arrêt 21 février 1975. Caso de la interceptación de cartas de ciudadano británico pri-

31 de la Convención de Viena invita a tener en cuenta, al mismo tiempo que desde su contexto, “de toda regla pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Entre estas reglas figuran los principios generales de derecho, principalmente los “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (artículo 38 par 1) del Estatuto de la Corte internacional de Justicia); la Comisión jurídica de la Asamblea consultiva del Consejo de Europa ha previsto, en agosto de 1950, “que la Comisión y la Corte (deberían) necesariamente aplicar tales principios” en cumplimiento de sus tareas”;

2. Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda, sentencia de 29 de octubre de 1992⁹ [en cuyo párrafo 68 consideró: “La Corte no podría admitir que el Estado posea, en el ámbito de la protección de la moral, un poder discrecional absoluto e no susceptible de control [...] Ciertamente, se reconoce que las autoridades nacionales en la materia disfrutaban de un amplio margen de apreciación, en particular en una esfera como aquella que toca con las cuestiones de la creencia sobre la naturaleza de la vida humana. Como ya se ha anotado, se buscaría en vano en el orden jurídico y social de los Estados contratantes una noción europea uniforme de la moral ya que las autoridades nacionales se encuentran mejor posicionadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de las exigencias de esta última como la “necesidad” de una “restricción” o “sanción” destinada a responder [...] No se trata por lo tanto de un poder ilimitado de apreciación; sino más bien la Corte debe verificar si la restricción es acorde con la Convención”; agregando en el párrafo 69: “[...] Si bien las mencionadas autoridades tienen en principio la facultad de elegir las medidas que ellas juzguen necesarias para el respeto de la preeminencia del derecho o para dotar de eficacia a los derechos constitucionales, deberán usarla de manera conciliable con las obligaciones de la Convención”];

vado de la libertad por robo a mano armada y con el que se configuraron imputaciones penales.

9 COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande, Requête n° 14234/88; 14235/88, Arrêt 29 octobre 1992. Se trata del caso de las asociaciones sin ánimo de lucro Open Door y Dublin Well Woman a las que las jurisdicciones irlandesas les prohibieron suministrar a las mujeres embarazadas, en el marco de las consultas, informaciones acerca de las posibilidades de abortar fuera del territorio irlandés.

3. Partido comunista unificado de Turquía contra Turquía, sentencia de 30 de enero de 1998¹⁰ [en cuyo párrafo 27 señaló: “[...] Como la Corte ya ha manifestado, si las autoridades nacionales tienen en principio la facultad de elegir las medidas que juzguen necesarias para el respeto de la preeminencia del derecho o para lograr la eficacia de los derechos constitucionales, deberán usarla de una manera conciliable con sus obligaciones derivadas de la Convención y bajo reserva del control de los órganos de aquella”; y agrega en el párrafo 30: “[...] Así mismo la organización institucional y política de los Estados miembros debe respetar los derechos y principios inscritos en la Convención. Poco importa, en este sentido, que se encuentren en cuestión disposiciones constitucionales [...] o simplemente legislativas. Cuando el Estado en cuestión ejerce por ellas su < <jurisdicción > >, ellas se encuentran sometidas a la Convención”];
4. caso Zielinski y Pradal y González y otros contra Francia, sentencia de 28 de octubre de 1999¹¹;
5. caso Al-Adsani contra el Reino Unido, sentencia de 21 de noviembre de 2001¹² [en cuyo párrafo 60 considera: “La importancia primordial que reviste la prohibición de la tortura es cada vez más reconocida, como se da testimonio en otros ámbitos del derecho internacional. Así mismo, la tortura esta prohibida por el artículo 5 de la Declaración universal de los derechos del hombre y el

10 COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Affaire Parti Communiste Unifié de Turquie et autres c. Turquie (133/1996/752/951), 30 janvier 1998. Se trata del caso del Partido Comunista Unificado de Turquía que fue disuelto por decisión de la Corte Constitucional. Se demandó su disolución cuando en 1990 se aprestaba a participar en las elecciones legislativas. El Procurador General al interponer el recurso para que se disolviese a este movimiento político por las siguientes razones: “haber querido establecer la hegemonía de una clase social sobre las demás (artículos 6, 10, 14 y 68 de la antigua Constitución y 78 de la ley n° 2820), de haber adoptado, en el nombre del partido, el término < <comunista > >, prohibido por el artículo 96 3 de la ley n° 2820, de haber perseguido actividades que en sí mismas atentaban contra la integridad territorial del estado y la unidad de la nación (artículos 2, 3, 66 y 68 de la antigua Constitución, y 78 y 81 de la ley n° 2820) y de haber declarado ser el sucesor de un partido político anteriormente disuelto, el Partido obrero turco”. Para el caso en concreto, señalado, la CEDH termina ejerciendo un control de convencionalidad que le lleva a aplicar el artículo 17 de la Convención y a conciliar los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y los de la salvaguardia de los derechos individuales [párrafo 32].

11 COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Affaire Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France, (Requêtes jointes n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96), Arrêt 28 octobre 1999. Puede verse en: SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8ème ed, PUF, Paris, 2006, p.191-2. RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1997, p.42.

12 COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni, (Requête n° 35763/97), Arrêt 21 novembre 2001. Caso de ciudadano británico kuwaití sometido a tortura y restricciones al acceso a la justicia, al tener informaciones comprometedoras, sexuales, contra el emir de Kuwait.

artículo 7 del Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos. En su artículo 2, la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otras penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes ordena a todo Estado parte a tomar las medidas legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas eficaces para impedir que los actos de tortura sean cometidos en todo el territorio bajo su jurisdicción y, en su artículo 4, de velar porque todos los actos de tortura constituyan infracciones en consideración de su derecho penal [...] Además, según diferentes decisiones de justicia, la prohibición de la tortura ha alcanzado un valor de norma imperativa, es decir de *ius cogens*. Así pues, en su sentencia de 10 diciembre de 1998 en el asunto *Furundzija* [...], el Tribunal penal internacional para la ex - Yugoslavia, se refirió principalmente al conjunto de reglas convencionales mencionado”;

6. caso *Neulinger y Shuruk* contra Suiza, sentencia de 6 de julio de 2010¹³ [en cuyo párrafo 132 considera: “En materia de rapto de menores internacionalmente, las obligaciones que el artículo 8 hace pesar sobre los Estados contratantes deben interpretarse teniendo en cuenta la Convención de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles del rapto de menores internacional [...] y de la Convención relativa a los derechos del menor de 20 de noviembre de 1989 [...] La Corte, por ejemplo, en diferentes ocasiones se inspiró en la Convención de la Haya, en particular en su artículo 11, cuando ha sido confrontada la cuestión de saber si las autoridades judiciales o administrativas al conocer de una demanda de retorno de un menor ha procedido con la rapidez y la diligencia necesarias, ya que toda inacción o duración que exceda de seis semanas puede dar lugar a una demanda motivada”];
7. caso *Nada* contra Suiza, sentencia de 12 de septiembre de 2012¹⁴ [en cuyo párrafo 169 se consideró: “[...] la Corte recuerda que la Convención no debe ser interpretada aisladamente sino de tal manera que se concilie con los principios generales del derecho

13 COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Affaire *Neulinger et Shuruk* c. Suisse, (Requête n° 41615/07), Arrêt 6 juillet 2010. Caso relativo a la orden judicial de retorno a Israel del hijo de madre Belga, a petición de su padre.

14 COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Affaire *Nada* c. Suisse, (Requête n° 10593/08), Arrêt 12 septembre 2012. Caso de la revocatoria de un permiso para circular entre Suiza e Italia a un ciudadano musulmán con ocasión de las medidas internacionales adoptadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como consecuencia de los ataques a las embajadas de los Estados Unidos en Nairobi [Kenia] y de Dar el Salaam [Tanzania] el 7 de agosto de 1998.

internacional. En virtud del artículo 31 3 c) de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, la interpretación de un tratado debe hacerse teniendo en cuenta que < < toda regla pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes > > , en particular de aquellas relativas a la protección internacional de los derechos del hombre”; agregando en el párrafo 170:

“Asumiendo nuevas obligaciones internacionales, los Estados no pueden querer y suponer sustraerse a aquellas suscritas precedentemente. En cuanto a diversos instrumentos aparentemente contradictorios que simultáneamente son aplicables, la jurisprudencia y la doctrina internacional se esfuerza por interpretar sus efectos de manera coordinada, evitando la oposición entre ellos. En consecuencia dos obligaciones divergentes por tanto deberán en lo posible armonizarse de manera que se les pueda conferir sus efectos en todos sus aspectos conforme al derecho en vigor”.

Estas experiencias han servido sin duda como parámetros de reconocimiento entendimiento y aplicación del concepto dentro del contexto del sistema americano de derechos humanos y en la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que debe examinarse la convencionalidad en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

2 Convencionalidad y los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano

Control a la actividad de las autoridades de cada país

Precisamente la convencionalidad como concepto relevante y determinante del derecho ha sido asumida y desarrollada ampliamente por la doctrina a propósito del análisis, entendimiento y alcance del sistema interamericano de derechos humanos, a partir de un razonable entendimiento de sus sustentos básicos, entre otros, en los (i) principios de preponderancia de las normas, principalística y valores convencionales, (ii) buena fe en el cumplimiento de obligaciones internacionales, (iii) efecto útil de los convenios¹⁵ y su no disminución por la unilateralidad de los

¹⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Orden de 19 de agosto de 1929. “[...] Considerando que, en caso de duda, las cláusulas de un compromiso por el cual un diferendo es sometido a la Corte, deben ser interpretadas, si con ello no se violentan sus términos, de manera que se permita a dichas cláusulas desplegar su efecto útil”.

estados, derivados de la convención de Viena sobre los tratados y adoptado como parámetro de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de lo dispuesto en los artículos 1 [obligación de respetar derechos¹⁶], 2 [deber de adoptar disposiciones de derecho interno¹⁷] y 29 [normas de interpretación mas favorables¹⁸] de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Como construcción jurídica la convencionalidad deviene de manera directa del precedente consolidado en la sentencia del “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile”¹⁹, al cual se llevo a través de un arduo trabajo de construcción que tiene sus antecedentes en algunos votos singulares expuestos a propósito de sentencias anteriores de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el año 2002²⁰, y si se quiere, desde un poco mas atrás, en la jurisprudencia de los finales de los años ochenta y noventa de la misma Corte ya se vislumbra la consideración de convencionalidad en la base misma del sistema para efectos de los derechos humanos²¹.

-
- 16 CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Artículo 1.- Obligación de respetar los derechos: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”
- 17 CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Artículo 2.- Deber de adoptar disposiciones de derecho interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.
- 18 CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Artículo 29.- Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”
- 19 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- 20 SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014]. “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”.
- 21 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de excepciones preliminares de 26 de junio de 1987. “30. [...] Los tratados deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del

Resulta pues innegable que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han incorporado paulatinamente los elementos necesarios para la consolidación de un claro precedente de existencia y vincularidad de la convencionalidad en los términos expuestos, y que adquiere configuración jurídica a partir de la integración sistemática de su compleja estructura sustancial generadora de un marco amplificador del derecho material y de los consecuentes, inevitable y necesarios controles llamados a ser activados de manera permanente para garantizar su vigencia, interpretación y aplicación. En este sentido, cada uno de estos elementos debemos entenderlos en una perspectiva dialéctica sincronizados en línea de los siguientes propósitos y finalidades.

El primero de los elementos determina la existencia de un claro y profundo derecho sustancial que deviene no solo de los principios y valores en que se sustenta el sistema, sino también de su estructura normativa y de reglas. En cuanto a los primeros el elemento enunciado puede analizarse en una doble perspectiva la sustancial y la objetiva.

Adquiere carácter sustancial, y amplio, que podríamos catalogar de subjetivo, al estar vinculado para su adecuada y razonable entendimiento, conformación y estructuración a las técnicas de ponderación y proporcionalidad, que procuran en lo fundamental la sujeción por parte de todas las autoridades públicas del Estado del patrón o modelo conceptual “*mínimo*” de aplicación de los principios y valores inherentes a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y sus diferentes protocolos e instrumentos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que constituye la base para la aplicación de las disposiciones de la Convención salvo que otra norma o principio derivado de otro tratado internacional sea más favorable [artículo 29b de la Convención Americana de Derechos Humanos²²], al igual

tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados). El objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello, la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo “su efecto útil”. Puede verse: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, sentencia de excepciones preliminares de 26 de junio de 1987 [párrafo 35]; caso Godínez Cruz vs. Honduras, sentencia de excepciones preliminares de 26 de junio de 1987 [párrafo 33].

22 Ninguna disposición del Pacto de San José puede ser interpretado en el sentido de que “limite el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

que los nacidos del Derecho Internacional Humanitario y los principios del derecho internacional público del *ius cogens*²³ y de *humanidad*²⁴.

Se trata de un ejercicio que permite cumplir con los parámetros sustanciales de la convencionalidad mas allá de esfuerzos simplemente exegéticos. La aplicación del ordenamiento interno de los países no puede hacerse simplemente atendiendo a la rigidez y estrechez normativa cuanto entrañan afectación de derechos humanos, y de principios estructurales como el de *ius cogens*, humanidad y seguridad jurídica, que lejos de excluirse o excepcionarse, deben armonizarse en aras de una adecuada ponderación, de tal manera que se favorezca la protección eficaz de los derechos e intereses que se puedan invocar como vulnerados por parte del Estado o de sus agentes.

Se reconoce su carácter decididamente objetivo, o de subsunción, al referirse al ejercicio pleno de adecuación y subsunción de los actos y normas nacionales, [*países que han suscrito o se han adherido a la CADH y de aquellos que han reconocido la competencia de la CIDH*] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

23 VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, ob., cit., p.80 ss. GOMEZ-ROBLEDO, Alfonso; WITKER, Jorge, *Diccionario de derecho internacional*, Porrúa-UNAM, México, 2001, pp.201 y 252. "La noción de *ius cogens* designa, en derecho internacional [...], las reglas de carácter imperativo (no dispositivas), las cuales no pueden ser derogadas por acuerdo particular entre los sujetos de derecho, bajo pena de nulidad absoluta (...). Se llaman de orden público internacional aquellas normas y principios generales de un sistema jurídico determinado que constituyen su fundamento estructural y, por esta razón, no pueden ser reemplazados ni sustituidos sin que el sistema pierda sus características definitorias".

24 VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, ob., cit., pp.84 y 85. El Tribunal Internacional de Justicia en el dictamen acerca del "Convenio relativo al genocidio" consideró: "La convención fue manifiestamente adoptada para una finalidad puramente humanitaria y civilizadora. Y resulta difícil imaginar una convención que pudiera tener este carácter dual en mayor grado, puesto que su objeto es por una parte salvaguardar la propia existencia de determinados grupos humanos, y por otra, confirmar y hacer suyos los más elementales principios de moralidad. En una convención de esta índole, los Estados no tienen intereses propios; tienen tan solo, todos y cada uno, un interés común, a saber, el cumplimiento de los altos fines que constituyen la *raison d'être* de la misma. No cabe en consecuencia hablar, en tales convenios, de ventajas o desventajas individuales de los Estados, o del mantenimiento de un equilibrio contractual perfecto entre derechos y deberes. Los elevados ideales que inspiraron la convención suministran, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones. La primera norma jurídico-internacional de esta clase es la prohibición de principio de la trata de esclavos por el Congreso de Viena de 1815, pero que no fue desarrollada hasta después de la Primera Guerra Mundial (...). El principio de humanidad desempeña también un importante papel en la humanización del derecho de la guerra, así como en la cláusula MARTENS (...) de ahí que todas las normas dudosas del derecho de la guerra deban interpretarse en el sentido de este principio. Pero el mismo principio vale para el derecho de la paz, según afirmó el T.I.J en el litigio sobre el paso por el Estrecho de Corfú: "certains principes généraux et bien connus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre..." El principio de humanidad ha llegado, finalmente, a penetrar en el ámbito de actuación generalmente reservado a los Estados; así, el art. 56 de la Carta de la O.N.U obliga a los miembros a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para convertir en realidad el respeto de los derechos humanos" [subrayado fuera de texto].

Humanos. La dimensión objetiva comprende una doble valoración: negativa de confrontación entre las normas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y las de los ordenamientos internos de cada Estado; y, positiva, que implica la consideración de otras normas de orden universal o regional de protección de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, así como los principios de derecho general internacional para la motivación y justificación de la decisión judicial, que afloró en la jurisprudencia interamericana de finales de los años ochenta²⁵, los noventa²⁶, de la primera década del siglo XXI²⁷, y en la más reciente. En este último sentido, no se trata tan sólo

- 25 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988. En el párrafo 153 de esta sentencia considera: “[...] Si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad [...] La Asamblea de la OEA ha afirmado que “es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad” (AG/RES.666). También la ha calificado como “un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal” (AG/RES.742)”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Godínez Cruz vs. Honduras, sentencia de 20 de enero de 1989. En materia probatoria, la Corte considera: “133. La Corte debe determinar cuáles han de ser los criterios de valoración de las pruebas aplicables en este caso. Ni la Convención ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento tratan la materia. Sin embargo, la jurisprudencia internacional ha sostenido la potestad de los tribunales para evaluar libremente las pruebas, aunque ha evitado siempre suministrar una rígida determinación del quantum de prueba necesario para fundar el fallo (Cfr. Corfu Channel [...] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, sentencia de 15 de marzo de 1989 [párrafos 130 y 133].
- 26 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Neira Alegría y otros vs. Perú, sentencia de 19 de enero de 1995 [párrafo 77]; caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, sentencia de 29 de enero de 1997 [párrafos 77, 81 y 95]; caso Suárez Rosero vs Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997 [párrafos 72 y 98]; caso Blake vs Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998 [párrafos 62, 63 y 97]; caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs Guatemala, sentencia de 8 de marzo de 1998 [párrafos 133 y 136]; caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999 [párrafos, 101, 108, 110, 111, 119, 121, 132, 133, 138, 139, 141, 146, 147, 152, 154, 155, 160, 161, 182, 186, 198, 207 y 221]; caso Cesti Hurtado, vs Perú, sentencia de 29 de septiembre de 1999 [párrafo 124]; caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999 [párrafos 74, 135, 145, 170, 176, 192, 193, 194, 195, 196, 222, 233, 248, 249, 250 y 251].
- 27 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Durand y Ugarte vs Perú, sentencia de 16 de agosto de 2000 [párrafos 100, 108, 125 y 126]; caso Cantoral Benavides vs Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000 [párrafos 73, 75, 86, 95, 97, 98, 99, 101, 102, 111, 112, 155, 156, 157, 189 y 190]; caso Bámaca Velásquez vs Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000 [párrafos 122, 126, 153, 156, 162, 164, 172, 179, 180, 189, 207, 208, 209, 210 y 223]; caso del Tribunal Constitucional vs Perú, sentencia de 31 de enero de 2001 [párrafos 73, 74, 75 y 84]; caso Baena Ricardo y otros vs Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001 [párrafos 97, 98, 99, 106, 126, 127, 128, 129, 133, 134, 157, 158, 159, 162, 163, 166 y 171]; caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001 [párrafos 69 y 88]; caso Ivcher Bronstein vs Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001 [párrafos 92, 103, 106, 107, 108 y 127]; caso Barrios Altos vs Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001 [párrafos 41, 42 y 43]; caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs Trinidad y Tobago, sentencia de 21 de junio de 2002 [párrafos 103, 104, 105, 106, 108, 116, 166 y 167]; caso “Cinco Pensionistas”, vs Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003 [párrafos 115, 116, 117 y 118]; caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003 [párrafos 84, 99, 110, 111, 112, 128 y 133]; caso Bulacio vs Argentina, sentencia de 18 de septiembre de 2003 [párrafos 96, 118, 126,

de colmar una laguna normativa, sino afirmar un principio de integración entre diferentes sistemas jurídicas con el objetivo de la protección eficaz de los derechos y del acceso a la justicia.

El segundo de los elementos admite la existencia de instrumentos para su eficacia, radicados de manera directa y concentrada, en vía judicial, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de manera desconcentrada a la manera de control difuso, por todas y cada una de las autoridades de cualquiera de los poderes públicos de los países miembros del sistema, cuando estos deban ejercer sus funciones aplicando la preceptiva del mismo, en especial las judiciales en el ámbito específico de sus competencias²⁸.

En este sentido, podemos sostener que la base de cualquier análisis o aproximación en relación con el control en la convencionalidad debe hacerse a partir del reconocimiento a una clara e inobjetable regla general, que postula su carácter de concentrado. Esta regla, hace reposar en la Corte Interamericana de Derechos Humanos el control obvio y natural a la convencionalidad. A esta Corte se le atribuye en la CADH claras e inobjetables instrumentos de control subjetivo al resolver los litigios sobre violación de derechos humanos que se susciten frente a cada país miembro, como también un objetivo y concentrado control, a partir del cual, determina en cada caso y conforme a sus competencias si una norma propia del derecho interno de cada país miembro ha sido concebida conforme al orden jurídico convencional.

Acrescenta este marco de controles las facultades que la CADH le asignan a la Corte Interamericana en materia de interpretación y consultas a través de las cuales se contribuye con autoridad a determinar la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico convencional.

127, 129, 130, 131, 132, 135, 136 y 140]; caso Myrna Mack Chang, vs Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 [párrafos 157 y 179]; caso Martiza Urrutia vs Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003 [párrafos 91, 92, 93, 94 y 95]; caso Molina Theissen vs Guatemala, sentencia de 4 de mayo de 2004 [párrafo 43]; caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004 [párrafos 113, 114, 122, 125, 134 y 170]; caso 19 comerciantes vs Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004 [párrafos 120, 121, 149 y 174]; caso de los "Hermanos Gómez Paquiyauri" vs Perú, sentencia de 8 de julio de 2004 [párrafos 83, 93, 112, 113, 114, 116, 117, 124, 131, 151, 152, 162, 166, 167 y 170]; caso Ricardo Canese vs Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004 [párrafos 84, 85, 86, 89, 90, 102, 115, 116, 124 y 148].

28 Aspecto este último de la figura mejor conocido como el "control de convencionalidad", que si bien es el mas destacado doctrinalmente, no es el único, si tenemos en cuenta que fundamentalmente convencionalidad es derecho sustancial, entendiendo por lo mismo, que el denominado control, no es mas que un instrumento para el cumplimiento pleno y amplio de los cometidos y finalidades de su contenido sustancial y material por parte de todos los responsables locales en materia de derechos humanos.

Ahora bien, en desarrollo de estos controles se fijan precisamente los grandes parámetros y estándares de interpretación y aplicación de las normas, principios y valores propios del sistema, generando precedentes vinculantes, que en su conjunto configuran un marco de fuente trascendente en la alimentación permanente del concepto de convencionalidad. Esta regla general se estructura a partir de lo dispuesto en los artículos 62 [competencias de la CIDH²⁹], 63 [facultades de la CIDH³⁰] y 64 [interpretación y Consultas CIDH³¹] de la CADH, en lo consagrado en el Reglamento de la CIDH.

Casos paradigmáticos del ejercicio del control concentrado de convencionalidad los tenemos en sentencias de la CIDH a través de las cuales se han dado precisas órdenes a algunos de los países miembros para adoptar sus ordenamientos jurídicos internos al marco jurídico convencional, entre ellas podemos destacar los siguientes casos: (1) Suárez Rosero vs Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997 [declaró que una norma del Código Penal era violatoria de la Convención³²]; (2) Castillo

29 CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Artículo 62.- 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial".

30 CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Artículo 63.- 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión".

31 CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Artículo 64.- 1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires".

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

32 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997. En el numeral quinto de la parte resolutive declara: "[...] que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia

Petruzzi y otros vs Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999 [declaró la invalidez de un proceso penal militar y ordenó modificar que permitían el juzgamiento de civiles por militares³³, considerándose un precedente

con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma”. Como fundamento de dicha decisión se argumentó: “[...] 97. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella (*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* [arts. 1 y 2 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*], Opinión Consultiva OC_14/94 de 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 36). Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 *bis* del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho. 98. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpaos. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma *per se* viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso”.

- 33 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999. En el numeral trece de la parte resolutive: “[...] declara la invalidez, por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del proceso en contra de [...] y ordena que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal”. En tanto que en el numeral 14: “[...] ordena al Estado adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna”. A estas decisiones llega con base en los siguientes argumentos: (1) al aplicar la legislación vigente el Estado de Perú mantuvo en detención de manera excesiva a varias personas, contradiciendo la Convención [párrafo 111]; (2) al estudiar la tipificación penal de ciertas conductas consideró: “[...] 121. La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta inculpada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana”; (3) en cuanto a las competencias de la jurisdicción militar para juzgar a los civiles por el delito de traición a la patria consideró: “[...] 128. [...] El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase [sic] íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia [...] 129. [...] El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” [“Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985”] [...] 132. En relación con el presente caso, la Corte entiende que los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal”; (4) con relación a la defensa técnica se consideró: “[...] 147. La disposición que niega la posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculpaado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, *per se*, una violación de, artículo 8.2.d de la Convención”; (5) se evidencia la violación de

del control de convencionalidad objetivo puro]; (3) “La última tentación de cristo vs Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001 [ordenó modificar el artículo 19 de la Constitución³⁴]; (4) Castañeda Gutman vs México, sentencia 6 de agosto de 2008 [ordenó completar adecuación derecho interno para la protección de los derechos del ciudadano³⁵].

-
- la norma que imposibilita el derecho a interrogar a los testigos, considerando: “[...] 153. La Corte considera que la legislación aplicada al caso imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas”; (6) frente a los proceso militares y sus recursos consideró: “[...] 161. La Corte advierte que [...] los procesos seguidos ante el fuero militar contra civiles por el delito de traición a la patria violan la garantía del juez natural establecida por el artículo 8.1 de la Convención. El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso [...] En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece”; (7) la Corte consideró que “[...] 172. [...] los procesos militares de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro”, y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal”; (8) en relación con la detención consideró la Corte: “[...] 198. Las condiciones de detención impuestas a las víctimas como consecuencia de la aplicación de los artículos 20 del Decreto-Ley No. 25.475 y 3 del Decreto-Ley No. 25.744 por parte de los tribunales militares, constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana”; (9) las normas de emergencia violaron el artículo 2 de la Convención, para lo que consideró: “[...] 207. Por otro lado, la Corte declara que las disposiciones contenidas en la legislación de emergencia adoptada por el Estado para hacer frente al fenómeno del terrorismo, y en particular los Decretos-Leyes 25.475 y 25.659, aplicados a las víctimas en el presente caso, infringen el artículo 2 de la Convención, por cuanto el Estado no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivos los derechos consagrados en la misma”.
- 34 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso “La última tentación de Cristo” [Olmedo Bustos y otros] vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001. En el numeral cuarto de la parte resolutive se decidió: “[...] decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”. En este caso, en su parte argumentativa se sustentó dicha decisión en la siguiente motivación: “[...] 87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial [“cfr. *“principe allant de soi”*; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I [...] *Caso Durand y Ugarte*]. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención. 88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención”.
- 35 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Castañeda Gutman vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008. En el numeral sexto de la parte resolutive se establece: “[...] El Estado debe, en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido”.

Ahora bien, surge claramente de este segundo aspecto de la convencionalidad, una clara regla de excepción a las de las funciones concentradas de control de la CIDH que habilita a los funcionarios y servidores de todos poderes y entidades públicas de los Estados miembros a ejercer el control a la convencionalidad³⁶, mecanismo este concebido, con mayor precisión, en la doctrina como el “*control difuso de convencionalidad*”, cuyo destinatario, inicialmente lo fue, todo juez nacional en el ámbito de sus competencias, y que se reconduce al ejercicio efectivo de garantizar en todo caso y asunto de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”³⁷. Al respecto cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”³⁸, la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, llegándose a afirmar que representa una obligación en cabeza del poder judicial.³⁹⁻⁴⁰

- 36 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.
- 37 FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014]. “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.
- 38 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Cabe tener en cuenta los numerales cinco y seis de la parte resolutive: “[...] 5. El Estado debe asegurarse que el decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables [...] 6. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley. No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile”.
- 39 CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014]. “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente [...] cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”.
- 40 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafos 123 y 124. “[...] 123 La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía esta-

Si bien en su configuración inicial el control de convencionalidad se recondujo al ámbito judicial, en posteriores desarrollos jurisprudenciales se han fijado claros precedentes que ubican este tipo de control en cabeza de todas las autoridades públicas del Estado diseñando de esta forma el más amplio espectro de deberes funcionales y de garantías en relación con la convencionalidad. Caso Vélez Loor⁴¹; Fernández Ortega [donde se llega argumentar que la Constitución Política Mexicana debe

blecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado en una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

41 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Vélez Loor vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010. En los numerales quince, dieciséis y diecisiete de la parte resolutive la convencionalidad se concreta en lo siguiente: "[...] 15. El Estado debe, en un plazo razonable, adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen acorde para migrantes, y cuyo persona sea civil y esté debidamente calificado y capacitado [...] 16. El Estado debe implementar, en un plazo razonable, un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consultor [...]".

ajustarse a los principios convencionales del debido proceso y del acceso a la justicia^{42]}, Gelman⁴³.

Las autoridades nacionales de todos los órdenes y poderes no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que debe proyectarse sobre este una “interpretación convencional”, de manera tal que pueda constatar si las mismas son o no “compatibles”, o se corresponden con los mínimos consagrados en la Convención

- 42 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010. En los numerales doce, trece, catorce y dieciocho se concreta el control de convencionalidad de la siguiente manera: “[...] 12. El Estado deberá, de acuerdo con la normativa disciplinaria pertinente, examinar el hecho y la conducta del agente del Ministerio Público que dificultó la recepción de la denuncia presentada [...] 13. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] 14. El Estado deberá adoptar las reformas pertinentes para permitir que las personas afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo de impugnación de tal competencia [...] 18 El Estado deberá continuar con el proceso de estandarización de un protocolo de actuación, para el ámbito federal y del estado de Guerrero, respecto de la atención e investigación de violaciones sexuales considerando, en lo pertinente, los parámetros establecidos en el Protocolo de Estambul y en las Directrices de la Organización Mundial de la Salud”. A dichas decisiones se llega con base en los siguientes argumentos: “[...] 235. Para este Tribunal, no solo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantiza los derechos contenidos en la Convención Americana. De conformidad con la obligación comprendida en el artículo de dicho instrumento, también se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. La existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, como ya lo ha establecido esta Corte, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana. 236. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 237. De tal manera es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar [...] en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario”.
- 43 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011. En el numeral 11 se concreta la convencionalidad en los siguientes términos: “[...] 11. El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos”.

Americana de Derechos Humanos y en otros tratados y normas de derecho internacional de los derechos humanos, y de derecho internacional humanitario, o del mismo derecho de gentes⁴⁴⁻⁴⁵.

Conforme a lo anterior, tenemos que la convencionalidad, bajo los trabajos doctrinales y los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se caracteriza por ser un concepto amplio y omnicomprendivo que no se reconduce de manera específica al reducido marco de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El precedente amplio su referente normativo y construye sus principios en el contexto de los protocolos adicionales a la convención, o sea que desborda los marcos del mero entendimiento de una convencionalidad edificada en conceptos de derechos individuales y penetra en el ámbito de los derechos sociales, políticos y colectivos por esta vía⁴⁶.

44 FERRER MACGREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014]. "[...] Se trata de un estándar "mínimo" creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del "bloque de constitucionalidad/convencionalidad" otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales".

45 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". FERRER MACGREGOR, Eduardo. "El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional", en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014]. En opinión de Ferrer MacGregor: "Si observamos los alcances del "control difuso de convencionalidad", podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de "bloque de constitucionalidad" derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un "deber" de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un "bloque de convencionalidad" para establecer "estándares" en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional"

46 Fallos en relación con otros componentes del bloque de convencionalidad: (i) asociación [Baena Ricardo, Huilca Tecse, López Alvarez], (ii) desarrollo progresivo de los derechos [Cinco Pensionistas, Comunidad Indígena Yakye Axa, Trabajadores cesados del Congreso], (iii) familia [Castillo Páez, Hermanas Serrano Cruz, Fermin Ramirez, García Asto y Ramirez Rojas], (iv) libertad sindical [Baena Ricardo, Acevedo Jaramillo], (v) derechos del niño [Villagrán Morales, Instituto de Reeducación del Menor, Masacre de Pueblo Bello, Vargas Areco], (vi) propiedad privada individual y comunal o comunitaria aborigen [Palamara Iribarne, Comunidad Indígena Sawhoyamaya, Masacres de Itu-

El papel de las autoridades al ejercer este control, no puede reducirse a la simple confrontación de las normas de cada país con la simple Convención Americana de Derechos Humanos, en su voto razonado el juez García Ramírez, a la sentencia del “caso Trabajadores cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú, consideró que debía proceder dicho control respecto a “todo el corpus iuris convencional de los derechos humanos” interamericano⁴⁷.

ango), (vii) derechos de autor (Palamara Iribarne), (viii) naturaleza de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo [Baena Ricardo], (ix) pérdida de vida y de chance (Loayza Tamayo, Castillo Páez), (x) proyecto de vida [Villagrán Morales, Gutiérrez Soler, Cantoral Humana], (xi) jubilaciones y montos pensionarios (Acevedo Buendía), (xii) derecho a una existencia digna [Zambrano Vélez, Ximenes Lopes, Montero Aranguren], (xiii) aplicación del Protocolo de San Salvador [Baena Ricardo, Instituto de Reeducción del Menor].

- 47 En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el control de convencionalidad se viene consolidando como puede verse: a) caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, donde el control implicó determinar que las leyes de autoamnistía eran incompatibles con la Convención [párrafo 173]; b) caso Boyce y otros vs Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007, en la que encontró incompatible la “cláusula de exclusión” consagrada en el artículo 26 de la Constitución de Barbados, que impedía la impugnación de leyes vigentes, previas a la Constitución [párrafo 78]; c) caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, en la que sostuvo que “cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos” [párrafo 180]; d) las Resoluciones de supervisión de 9 de mayo de 2008 en los casos Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes vs. Guatemala, el control se dirigió a la exigencia al Congreso y al Judicial de no ejecutar a ningún condenado hasta que no se adoptara un decreto que consagrara el indulto; e) caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009, donde el control se centra en cuanto a las interpretaciones constitucionales y legislativas relacionadas con los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar, las que debe estar conforme con los principios de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, llegando, incluso, a exigir a los jueces nacionales dejar de aplicar una norma del Código de Justicia Militar. Bloque de convencionalidad: (1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, aprobada en Bogotá [Colombia] en 1948; (2) Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado el 17 de noviembre de 1988, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, ratificado por Colombia el 23 de diciembre de 1997; (3) Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, adoptado en Asunción [Paraguay] el 8 de junio de 1990, y que aún no ha sido ratificado por Colombia; (4) la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará”, adoptada en Belem do Pará [Brasil] el 9 de junio de 1994, entró en vigor el 5 de marzo de 1995 y Colombia la ratificó el 15 de noviembre de 1996; (5) la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas, adoptada en Belém do Pará [Brasil] el 9 de junio de 1994, entró en vigor el 28 de marzo de 1996 y ratificada por Colombia el 12 de abril de 2005; (6) Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptado en Cartagena de Indias [Colombia] el 9 de diciembre de 1985, entró en vigor el 28 de febrero de 1987 y Colombia lo ratificó el 19 de enero de 1999; (7) Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, adoptada en Ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999, entró en vigor el 14 de septiembre de 2001, y Colombia la ratificó el 11 de febrero de 2004; (8) Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, adoptada en La Antigua [Guatemala] el 5 de junio de 2013; (9) Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y la formas conexas de intolerancia, adoptado en La Antigua [Guatemala] el 5 de junio de 2013; (10) Carta Democrática Interamericana, aprobada el 11 de septiembre de 2001; (11) Declaración de Principios sobre libertad de expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 108 período de sesiones celebrado del 2 al 20 de octubre de 2000; (12) Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas, adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 131 período de sesiones, celebrado del 3 al 14 de

Así mismo, el precedente entiende que el contexto de los derechos humanos es de por sí complejo y que las elaboraciones profundas del derecho internacional en relación con el derecho internacional humanitario y del derecho de gentes, este último, de carácter consuetudinario, no pueden estar al margen de una completa sistemática de entendimiento, interpretación y aplicación de los derechos humanos de manera prevalente sobre el ordenamiento jurídico interno de los países miembros.

La integración entre las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de Derecho Internacional Humanitario y los principios del derecho internacional público del *ius cogens* y de *humanidad*, no supone, en estricto sentido, la prevalencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario sobre el ordenamiento jurídico interno, como negación a la mencionada norma, sino que tiene como efecto complementar su contenido, de tal manera que se pueda cumplir armónicamente con las normas imperativas y el orden interno.

La autoridad nacional, en especial el juez está llamado [en ejercicio del control de convencionalidad] a operar la integración normativa de aquellas reglas correspondientes a cada uno de los ámbitos del derecho mencionados, bien sea de manera directa [por haber sido firmados y ratificados los textos normativos], o por vía de la aplicación de los principios [mandatos imperativos] del *ius cogens*, de *humanidad*, así como sustentado en el criterio de universalidad.

Como puede observarse, el control de convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a sólo el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado de manera amplia.

Lo que nos permite concluir que el control en relación con la aplicación del derecho sustancial que se desprende de la convencionalidad dentro del sistema interamericano se extiende también en dirección a todos y cada uno de los elementos enunciados en cuanto componentes indiscutibles de la convencionalidad en materia de derechos humanos entendida de manera sustancial y amplia.

Al respecto vale recordar que el control de convencionalidad como construcción jurídica no se agota en el ámbito del derecho interamericano

de los derechos humanos, tal como ya ocurrió en el derecho comunitario europeo, en el que se planteó la denominada doctrina “Simmenthal”⁴⁸.

El control de convencionalidad así visto, resulta a todas luces obligatorio y oficioso ⁴⁹⁻⁵⁰. Es deber inaplazable de todas las autoridades públicas en general y de los jueces ordinarios en particular, efectuar el juicio de revisión de la adecuación del ordenamiento interno a la luz de los postulados convencionales, a fin de velar por la regularidad y armonía de las normas del derecho interno frente a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos al momento de su aplicación, acatando la interpretación que de las primeras ha efectuado la Corte Interamericana; no es más que un instrumento para garantizar la efectividad de las disposiciones convencionales en el marco de las

-
- 48 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, caso “administration des finances italiennes c. Simmenthal, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207. Se trata del caso “Administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia del 9 de marzo de 1978 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el que consideró: “[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”.
- 49 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 128. Así mismo, se consideró como función que “no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.
- 50 Fundamentado en los artículos 8.1 “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.” y 25 “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso” de la Convención Americana de Derechos Humanos. Puede verse: BREWER-CARÍAS, Allan R; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, 1° 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Es preciso destacar que la caracterización del control de convencionalidad como un deber oficioso al cual debe proceder el Juez es una cuestión que se dejó en claro desde la sentencia de 24 de noviembre de 2006 en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs Perú*.

decisiones judiciales ordinarias⁵¹ y en general de parte de todos los órganos que integran de los Estados parte de la Convención⁵².

Esto lleva a que adicional a las normas internas que rigen el trámite de los procedimientos contencioso administrativos, a que al momento de su interpretación y aplicación, el funcionario judicial no sólo debe remitirse a ellas, sino que en su razonamiento debe acudir a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional, fundándose

51 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Almonacid Arellano, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Esta doctrina surgió en los casos Almonacid Arellano vs Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, en donde se dijo: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, apuntándose en esta decisión lo siguiente: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones".

52 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Gelman, vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011. En la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Gelman Vs Uruguay de 24 de febrero de 2011, se destacó que tal control correspondía a "todos sus órganos", claro está que se enfatiza en la labor del poder judicial en ello, más, es claro que no es la única autoridad sobre la cual reside tal obligación. "Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". En este mismo fallo la Corte consideró la conexión entre el control de convencionalidad y la legitimidad democrática de las actuaciones de un Estado al estar sujeto a las interpretaciones que la Corte hace respecto del desarrollo y alcance de los Derechos Humanos contenidos en la Convención. La Corte señala esta idea de la siguiente manera: "La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad" (*supra párr. 193*), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial".

principalmente en la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; reconociendo, en todo caso, las distintas formas en que este control se puede manifestar, cuestión dependiente de la situación concreta en la que se encuentre el Estado al que pertenece el Juez o autoridad obligada a aplicar el control respecto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en otras palabras, se diferencia si el Estado ha sido parte o no dentro de la controversia que llevó a la adopción de un fallo por la Corte IDH⁵³.

Lo anterior, en razón a que es común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales, sino que en consideración al rol funcional que desempeña dentro del Estado

53 ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 "*Execution of judgments of the European Court of Human Rights*". La eficacia interpretativa del tratado internacional se observa también en la práctica de autoridades y tribunales nacionales en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, en la mencionada resolución se consideró: "[...] 3. El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte [Europea de Derechos Humanos] forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención *erga omnes* (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales. [“3. The principle of solidarity implies that the case-law of the Court forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention *erga omnes* (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgments of the Court pronounced in cases to which they are party, but also have to take into consideration the possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice”]; en <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834&Language=EN>. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 24 de febrero de 2011 caso *Gelman Vs Uruguay*. “De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional...En relación” con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia [...] Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”.

Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, *ex officio*, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina.

3 Conclusiones

En conclusión y siguiendo los parámetros determinados por los precedentes de la CIDH, y retomados por la doctrina [Sagués], podemos indicar lo siguiente: en virtud de la prevalencia convencional, el juez nacional es un juez interamericano, al igual que lo son los demás funcionarios de todos los poderes públicos de cada uno de los países miembros, con competencias suficientes en el ámbito de sus funciones para inaplicar en cada caso concreto el ordenamiento jurídico nacional contrario al marco jurídico de la CADH [caso Almonacid Arellano], lo anterior en la medida en que toda norma local contraria al ordenamiento jurídico de la CADH carece de efectos jurídicos [caso Almonacid Arellano]. La autoridad nacional como autoridad de convencionalidad aplica las directrices y alcance del pacto definidas por la CIDH [caso *Rosendo Radilla Pacheco* (338 a 340); *Comunidad indígena Xákmok Kásek*, (311); *Cabrera García-Montiel Flores*, (233)]. Para estos efectos no se puede perder de vista que la interpretación de la CADH efectuada por la CIDH es fundamental y primordial para determinar el alcance del derecho nacional [caso *Rosendo Radilla Pacheco* (338 a 340); caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek*, (311)].

El juez nacional goza de amplia competencia para construir las decisiones judiciales siempre con sujeción al marco positivo de la CADH en caso de no existir jurisprudencia de la CIDH o cualquier otro instrumento de carácter interpretativo, en este sentido se reconoce la existencia del principio de la interpretación libre del pacto [Néstor Pedro Sagués].

Los jueces nacionales deben interpretar y aplicar el derecho nacional de acuerdo con el marco jurídico sustancial y jurisprudencial de la CADH [casos *Rosendo Radilla Pacheco* (338 a 340); *Comunidad indígena Xákmok Kásek*, (311); *Cabrera García-Montiel Flores*, (233)], están obligados a efectuar análisis interpretativos convencionales fallando conforme siempre a la convención. (caso *Rosendo Radilla Pacheco* (338 a 340); *Comunidad indígena Xákmok Kásek*, (311); *Cabrera García-Montiel*

Flores, (233); reafirmar la presunción de sujeción del orden jurídico nacional a las interpretaciones y alcances definidos por la CIDH en relación con la CADH. (caso Rosendo Radilla Pacheco (338 a 340); Comunidad indígena Xákmok Kásek, (311); Cabrera García-Montiel Flores, (233)].

Parte V
Organización del Control Administrativo
(Interno, Externo e Nuevas Manifestaciones,
como Ombudsman etc.)

La Problemática Configuración Jurídica del Tribunal de Cuentas en Chile

Gladys Camacho Céspedes*

Introducción

En nuestro medio para algunos autores es un dogma sostener que la Administración del Estado debe ser excluida de la función jurisdiccional y que es al Poder Judicial al que corresponde en exclusiva realizar esta función reconociéndole competencia absoluta no solo sobre las causas civiles y criminales sino también en las causas contencioso administrativas¹. En 1989, se saludó la reforma constitucional que eliminó la frase “tribunales contencioso administrativos” del artículo 38 de la Constitución Política, en virtud de lo cual los tribunales ordinarios se reconocieron competencia para conocer tanto del contencioso anulatorio como del de plena jurisdicción. Sin embargo, el legislador, especialmente desde principios de siglo, ha ido creando tribunales especiales, tales como el Tribunal de la Contratación Pública, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Tribunales Tributarios y Aduaneros, Tribunales Ambientales, etc. que responden en muchas de sus características a tribunales administrativos. No obstante, la no definición clara del legislador suscitan

* Profesora Asociada de Derecho Administrativo y de la Cátedra OCDE-Ministerio de Relaciones Exteriores “Probidad y Transparencia Públicas”, además es Coordinadora del Área de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Abogada P.U.C. (Perú), Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Magister en Administración Pública por la Universidad de Alcalá (Madrid).

1 Al respecto la disposición constitucional de 1833 contenida en el Capítulo VIII “De la administración de justicia”, en el artículo 108, se mantiene de forma similar en las Cartas Políticas de 1925 y de 1980 en el sentido de establecer que “La facultad de juzgar las causas civiles i criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la lei”. Según SOTO, “Esta disposición está inserta en toda nuestra tradición republicana... tan rotunda afirmación del artículo 108, sólo hacia la década de 1870/80 pudo adquirir realidad la plenitud jurisdiccional de los Tribunales de Justicia... Con las reformas de 1874 y la entrada en vigencia de la nueva ley orgánica de tribunales, de octubre de 1875, los tribunales ordinarios... adquirirán esa plenitud de jurisdicción, conociendo ellos de modo exclusivo de todos los asuntos judiciales que en el orden temporal se promovieren en el territorio de la República”, SOTO (1983), pp. 68-69.

en el ámbito doctrinal discusión sobre su naturaleza. Con todo, de lo que no hay duda es que aquellos ejercen función jurisdiccional, resolviendo asuntos de materia contencioso administrativa.

En este marco, se debe enfocar el análisis del Tribunal de Cuentas como parte de nuestra institucionalidad. Con este objetivo, en primer lugar, hay que recordar que la Constitución Política en materia de juzgamiento de cuentas atribuye explícitamente esta función a la Contraloría General de la República, por lo que este órgano se constituye en tribunal administrativo para conocer de estas causas. Su respaldo constitucional es indudable, pero ni la Constitución ha dedicado mayor atención a la configuración de este tribunal ni el legislador ha regulado lo suficiente configurándose un marco normativo feble que debe recurrir a suplencia de las normas que debe seguir el tribunal para el ejercicio de su función juzgadora. Además, se advierte una discordancia entre la delineación de competencia que realiza el Texto Fundamental con la que efectúa el legislador orgánico. Sobre estos aspectos es que gira la reflexión del presente trabajo llamando la atención de la problemática que se produce en torno a la delimitación subjetiva de la competencia del tribunal de cuentas que realiza la Constitución Política y la que efectúa el legislador orgánico, así como se permite señalar algunos de los elementos del diseño institucional del tribunal de cuentas que dificultan las garantías que todo proceso jurisdiccional debe asegurar.

1 Democracia y Rendición de Cuentas

La democracia como forma de gobierno y sistema para gestionar el poder es una conquista que debe ser permanentemente resguardada, no se conquista de una vez ni tampoco está asegurada su permanencia en el tiempo. De ahí que la defensa de la democracia es una tarea de primerísimo orden porque si bien no existe una experiencia democrática del todo óptima, sí hay consenso que este es el sistema que mejor garantiza el respeto a los derechos fundamentales, la cimentación de sociedades más equitativas y cohesionadas, en última, la paz social.

Es necesario establecer unos adecuados controles que garanticen no solo la debida ejecución presupuestaria con arreglo al principio de legalidad del gasto sino que su actuación cumpla los principios básicos de eficacia, eficiencia, economía, así como de probidad y transparencia.

La defensa de la democracia tiene que ver con la construcción de una ciudadanía fuerte y *empoderada*, tarea que no es fácil y en muchos casos los gobiernos tampoco le han puesto mucho entusiasmo: al poder no le gusta el control, pero ciertamente el poder necesita del control². La elevación de la cultura política y el esfuerzo por impulsar el ejercicio de derechos inciden sobre la calidad de la ciudadanía permitiendo a las personas asumirse como titulares de derechos e incidir de manera informada en la vida pública, generando un tejido social que exige rendición de cuentas y cierra espacios a la corrupción. Una materia en la que las exigencias de transparencia se han elevado por parte de la población es el gasto público y la gestión que realizan las autoridades, siendo un importante factor para impedir el mal uso de recursos públicos o su aprovechamiento ilícito que constituyen una traba al buen gobierno.

El fortalecimiento de la democracia, entonces, tendrá en la transparencia una aliada fundamental en el resguardo al buen uso de los recursos públicos, para ello es necesario que la ciudadanía acceda a escrutar a sus autoridades en lo relativo a las decisiones que adoptan y la gestión que realizan. Para ello la institucionalidad incorpora una diversidad de mecanismos, controles, pesos y contrapesos que en su conjunto configuran la obligación que pesa sobre toda magistratura de rendir cuentas, justificar sus decisiones y en su caso asumir la responsabilidad y correspondientes sanciones por su gestión al frente de un cargo público³ en caso de incurrir en falta o ilegalidad.

Uno de estos mecanismos que se producen en el contexto de la rendición de cuentas es el examen de cuentas que realiza el Órgano de Control de la Administración del Estado que, en algunos casos, ha puesto al descubierto importantes casos de corrupción de alto impacto en la opinión pública.

La importancia de rendir cuentas ha sido un objetivo claro para quien detenta el poder, el que en democracia se pretende radicar en el pueblo o nación. De acuerdo a la Constitución Política el Estado debe cumplir una función servicial a la persona humana realizando el interés general. Para ello, los órganos del Estado cuentan con medios jurídicos y económicos. Por lo que respecta a los recursos económicos que se les otorga

2 De acuerdo con VALADÉS, el control es inherente al ejercicio del poder y toda manifestación de poder es susceptible de control. Así, los controles son una expresión de la racionalidad del poder, de tal forma que sin control, el poder sería incomprensible e inaceptable de modo que el control es un procedimiento de legitimación del poder. Vid. VALADÉS (2006), pp. 24 y 28.

3 SCHEDLER (s/f), p. 13-19.

es el presupuesto público el que anualmente traduce las prioridades y los planes definidos por el Gobierno y el Congreso Nacional sobre cuyo cumplimiento cada vez hay más creciente interés de la ciudadanía. Por ello, “si bien los entes públicos han de disponer de recursos económicos para el cumplimiento de sus fines, estos tienen la obligación de rendir cuentas de los caudales públicos utilizados en su gestión”⁴ tanto en lo relativo a su destino como al cumplimiento de los principios constitucionales y legales de probidad, transparencia, legalidad, eficacia y eficiencia, lo que exige el establecimiento de adecuados controles para que ello sea verdaderamente efectivo.

Los casos recientes y aún no resueltos de corrupción pública ligados a las más altas magistraturas⁵ han generado un clima exacerbado de desconfianza que algunos han calificado como de crisis institucional, situación que en países latinoamericanos ha sido preludio de gobiernos populistas de diverso signo (bien de izquierda o de derecha) que según la experiencia señala no son fáciles de superar. Si bien los casos de corrupción que se han puesto a la luz son expresión de los tradicionales delitos de tráfico de influencias, fraude al Fisco, cohecho, entre otros, en algunos casos se han presentado bajo la forma de crimen organizado comprendiendo a un grupo extenso de personas que se han puesto de acuerdo para llevar a cabo los ilícitos delictuosos. Algunos de los casos investigados han rozado la financiación irregular de las campañas políticas, pero esta veta no se ha profundizado (este es el caso emblemático de “SQM” vinculado al financiamiento de los partidos tanto de gobierno como de oposición).

Es claro que los casos mencionados explican, en parte, el dato sobre el deterioro de la posición relativa de Chile en el ranking de Transparencia Internacional, en los últimos años. Últimamente, Chile ha ido perdiendo lugares paulatinamente, así de ocupar el puesto 21 en 2014 en 2018 cayó al puesto 27. Si bien su puntaje global no ha sufrido un sustancial descenso otros países sí han mejorado y por consiguiente, han ido desplazando de lugar a Chile, el que no ha alcanzado mejoras

4 GARCÍA (2018), p. 121.

5 A manera de ejemplo baste mencionar el “Caso Caval” que involucró al hijo de la ex Presidenta Michelle Bachelet; el “Milico Gate” que compromete al ex Comandante y Jefe del Ejército y decenas de militares entre los cuales hay integrantes del alto mando militar; el “Paco Gate” que implica a más de un 35 funcionarios de carabineros que incluyen oficiales de diverso rango. Más recientemente, el caso de los “Tres jueces de la Corte de Apelaciones de Rancagua” que en palabras del vocero de la Corte Suprema ha conmocionado al más alto tribunal.

en el ranking desde el año 2012⁶. La percepción social de la corrupción es hoy uno de los principales problemas del país, afectando a los partidos políticos, Poder Judicial, institutos armados y policiales, Gobierno e incluso empresas privadas y organizaciones empresariales. Según el X Estudio Nacional de Transparencia 2018, realizado por el Consejo Para la Transparencia, 8 de cada 10 chilenos percibe que los organismos públicos son corruptos o muy corruptos⁷. Complementariamente la Encuesta de Percepción de Corrupción 2018 que realiza el Instituto Libertad y Desarrollo revela que los ciudadanos consultados ubican a las municipalidades, la Cámara de Diputados y Carabineros como las instituciones públicas más corruptas y entre las prácticas de corrupción se menciona como la principal el tráfico de influencias (respuesta dada por el 38,8% de los encuestados), de acuerdo a los encuestados esta práctica se produce más en los municipios, luego en las empresas públicas y seguidamente en los ministerios.

Esta mala percepción tiende a empeorar impulsada por los casos de corrupción privada que han afectado los bolsillos de la población, especialmente, los de escasos recursos, así las prácticas de colusión (“del papel confort o toilet”, “de los pollos”, “de las farmacias”), los abusos de las instituciones previsionales y de las administradoras de pensiones, entre otras, son observadas por la ciudadanía como que han gozado de no solo una alta tolerancia por parte de las autoridades sino que la regulación vigente está hecha para favorecer los intereses de los agentes económicos antes que los intereses y necesidades de la población.

Si bien la corrupción no es un fenómeno nuevo, sus manifestaciones han evolucionado o más bien se han complejizado. Ahora bien, el contexto actual en el que indudablemente las transformaciones de la sociedad están influyendo en el funcionamiento de la democracia genera nuevos espacios para la corrupción que son difíciles de atajar.

Los cambios que produce la globalización muchas veces ponen en jaque al Estado situación que se agudiza con la revolución digital que está cambiando la forma como nos relacionamos las personas entre sí y éstas con el Estado, circunstancia que según algunos observadores tiende a debilitar la democracia o al menos a ponerla en alto riesgo de colapso. No obstante, el empleo de las nuevas tecnologías de la información puede tener, ciertamente, un gran aporte para el combate contra la

6 CHILE TRANSPARENTE (2018), pp. 8-12.

7 Consejo Para La Transparencia (2019), p. 2.

corrupción, haciendo más transparente la rendición de cuentas tanto en su vertiente de disponibilidad de la información como en la necesaria accesibilidad (en el sentido de fácilmente comprensible) de la información que se pone a disposición de la ciudadanía.

De los mecanismos asociados al contexto de rendición de cuentas se revisará el Tribunal de Cuentas para hacer un balance crítico de su aporte y necesaria reforma para ajustarlo a las actuales necesidades que este tribunal debe responder.

Configuración institucional, ámbito subjetivo de competencia y las dificultades para la extensión de la competencia del Tribunal de Cuentas.

2.1 Tribunal de Cuentas como Tribunal Administrativo

El Tribunal de Cuentas es la denominación que adopta la Contraloría General de la República cuando ejerce su función jurisdiccional. La Constitución Política no refiere ninguna alusión al Tribunal de Cuentas en sentido organizativo, sin embargo, se sabe que producto de la Comisión Kemmerer, en 1927 la Contraloría General surge de la fusión de varias reparticiones, entre ellas el Tribunal de Cuentas, por lo que al atribuírsele la competencia del juzgamiento de las cuentas ésta se conforma en tribunal contencioso administrativo⁸.

El lenguaje suele ser confuso, pues al emplear la denominación de Tribunal de Cuentas tiende a encubrirse la situación actual en el que existe identidad entre éste y la Contraloría General de la República aparentando la existencia de un ente público con independencia que se ocupa del juzgamiento de las cuentas, en consecuencia, algunos afirman que el Tribunal de Cuentas *es un ente inserto dentro de la estructura de la Contraloría General*⁹, o bien que tanto el juzgado de cuentas como el tribunal colegiado especial de segunda instancia “están integrados en la propia entidad de control, pero [son] funcionalmente independientes de ella”¹⁰ o también que no obstante que la Constitución dispone que es la Contraloría General la llamada a ejercer la jurisdicción de cuentas, “lo cierto es que esta actividad es ejercida efectivamente por los

8 CALDERA con acierto examina la materia no a partir del elemento organizativo sino a partir del procedimiento jurisdiccional a través del cual la Contraloría General despliega la función de naturaleza jurisdiccional que por mandato constitucional debe cumplir. CALDERA (1978), pp. 112-113.

9 CERDA (2013), p. 60.

10 JARA (2013), p. 139.

tribunales de cuentas”¹¹. Ciertamente, esto no se corresponde ni con lo que la Constitución Política dispone ni con lo que en la práctica ocurre. Estas afirmaciones que el tribunal de cuentas funciona independiente y autónomamente de la Contraloría General se convierten en argumentos de autoridad respaldados por los dictámenes del Órgano Contralor¹², pero sin tener una justificación jurídica ni validación en la práctica.

De acuerdo con la Constitución Política, en su artículo 98, es a la Contraloría General a la que le compete, entre otras, no solo la fiscalización del ingreso y la inversión de los fondos del Fisco y otros organismos que determinen las leyes sino también, en lo que aquí interesa, el examen y juzgamiento de las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades.

Como se advierte, esta función jurisdiccional del Órgano Contralor tiene un claro respaldo constitucional, pero no por ello está exento de problemas que la Constitución no resolvió adecuadamente.

De un lado, la pluralidad de funciones que el legislador orgánico reunió en la Contraloría General: “contralor administrativo contable”; “contralor de la juridicidad de la actividad de la Administración”; “la toma de razón”; “jurisdicción” en cuanto Tribunal de Cuentas, todas ellas fueron constitucionalizadas en la Norma Fundamental. La concentración de estas diversas funciones en la Contraloría General se produjo desde su creación, en 1927, y tuvo como objetivo contribuir al buen funcionamiento de la nueva Administración que buscaba la transformación de la organización contemplativa tradicional en una Administración eficiente y moderna¹³. Obviamente, esta decisión constitucional se produjo en una etapa en la que la Administración del Estado no era tan compleja ni debía atender a cometidos tan diversos como en la actualidad. Por ello, esta concentración de funciones en un solo Ente de Fiscalizador demanda en los tiempos contemporáneos una revisión del diseño institucional para ajustarlo a las necesidades a las que debe responder. En aras de asegurar la oportunidad, eficiencia y efectividad del control que debe realizarse sobre el complejo orgánico administrativo en la sociedad

11 HANSSEN (2007), p.49.

12 Ver dictámenes N° 472/2009 y N° 37.619/2014, en los que se sostiene que “tanto el juez de primera instancia -Subcontralor General-, como el tribunal de segunda instancia –de carácter pluri-personal e integrado de acuerdo con lo establecido en el artículo 118 de la mencionada ley N° 10.336-, cuentan con un funcionamiento distinto e independiente dentro de la estructura orgánica de la Contraloría General, por lo que, si bien el Contralor General y quien preside el aludido tribunal de segunda instancia son la misma persona, sus funciones son distintas y no se relacionan entre sí”.

13 PANTOJA (2007), p. 416-417.

posmoderna, la actividad fiscalizadora debe tener por objetivo lograr evitar los abusos del poder.

Como está establecido en la LOCBGAE, la Contraloría General de la República es un órgano integrante de la Administración del Estado por lo que cuando ejerce su función jurisdiccional de cuentas actúa como tribunal administrativo, es decir, sigue siendo un órgano administrativo. Ahora bien, que la función jurisdiccional que desarrolla la Contraloría General está sometida a normas procesales especiales (establecidas en la propia LOCCGR) y ritualidades diferentes a cuando actúa sus funciones administrativas, ello no logra cambiar la naturaleza administrativa del órgano ni permite reconocerle una sustancia distinta, pues sus sentencias siguen siendo expresión de decisiones de la Contraloría General de la República.

La naturaleza administrativa además le da ciertos rasgos muy peculiares al proceso jurisdiccional de cuentas.

Esta naturaleza administrativa del órgano que ejerce la jurisdicción de cuentas, explica la debilidad con la que se diseña su función jurisdiccional, pues si bien el artículo 76 CPR para el caso de los tribunales integrantes del Poder Judicial señala que dicha función conlleva la facultad de “*conocer, juzgar y ejecutar lo juzgado*”, esta garantía no está establecida para la Contraloría General, pues la Constitución solo le reconoce la potestad de “juzgar” las cuentas (artículo 98 CPR). Así, la Contraloría General solo tiene facultades para hacer cumplir el fallo condenatorio cuando el demandado continúa vinculado al Estado, pero esto lo hará el Contralor General empleando sus atribuciones administrativas, ya que el juzgado de cuentas de primera instancia y el tribunal de segunda instancia ya no intervienen mas en esta materia¹⁴. Ello es congruente con la falta de capacidad que tiene de ejecutar sus sentencias sino es a través de descuentos de remuneraciones cuando el condenado aún mantiene su condición de funcionario público. Para obtener el cumplimiento forzado de la sentencia definitiva la Contraloría General tendría que demandar ante los tribunales ordinarios esgrimiendo el mérito ejecutivo de dicha sentencia en virtud del artículo 127 inciso 3^o LOCCGR¹⁵.

14 La LOCCGR ha establecido facultades al Contralor General para lograr el cumplimiento de la sentencia condenatoria de responsabilidad extracontractual cuando el demandado continúa siendo funcionario (artículo 125 LOCCGR). En este caso, una vez ejecutoriada la sentencia, el Contralor General podrá suspender al funcionario y de no hacer el pago íntegro en un plazo de dos meses el funcionario podrá ser separado de su cargo luego de la suspensión.

15 “Dada su condición de tribunales de la República, y por expreso mandato constitucional que les permite hacer cumplir sus resoluciones, los tribunales de cuentas disponen de imperio. Sin embar-

La aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil, particularmente de las normas del procedimiento ordinario al juicio de cuentas, avalada por las remisiones especiales que la LOCCGR efectúa y en virtud del artículo 3° CPC que ordena dicha aplicación a todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa. En virtud, de ello el Auto Acordado S/N del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia de 6 de abril de 2004, para regular, complementando, las normas de tramitación de los recursos de apelación y de revisión previstos en la ley 10.336, amplía las remisiones al CPC, aumentando las normas procesales de este cuerpo normativo que serán aplicables al juicio de cuentas. A pesar de ello, en materia de cómputo de plazos el citado Auto Acordado, en su n° 16, exceptúa esta materia de las disposiciones del CPC y establece una nueva regla que coincide con la que se aplica a los plazos administrativos estableciendo como inhábiles los días sábados, domingos y festivos (para el CPC los días sábados son hábiles) siendo que hubiera correspondido aplicar también en este caso la supletoriedad del CPC.

Luego, ligada a la aplicación supletoria del CPC, se encuentra la no aplicación de la Ley N° 18.120, que establece las normas sobre comparecencia en juicios contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, en el sentido que esta presentación sea patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, pues entendemos que cuando la Contraloría General conoce y juzga las cuentas lo hace como tribunal de la República. En el caso del juicio de cuentas la defensa letrada no es cautiva sino que la parte demandada puede comparecer por sí misma sin estar patrocinada por abogado habilitado¹⁶, lo que es propio de los procedimientos administrativos.

El legislador le da amplias prerrogativas al juez de cuentas para actuar de oficio: declarar en rebeldía al demandado (art. 109 inc. 3° LOCCGR); otorgar ampliaciones de plazo (art. 112° inc. 1° LOCCGR); para corregir de oficio los “errores u omisiones que observe en la tramitación

go, esta facultad se encuentra limitada y bastante desperfilada por las razones que a continuación se analizarán [...] para el juicio de cuentas se establece otra vía de cumplimiento forzado, la que obliga a la parte que obtuvo en el juicio _Fiscal- a recurrir ante otro tribunal de la República para hacer cumplir la sentencia, por medio de la iniciación del juicio ejecutivo de común aplicación.” HANSSEN (2007), pp. 208-209.

16 Si bien se observa que cada vez más la tendencia es a presentarse patrocinados por abogado y eso ayuda a que la defensa sea de mayor calidad, tal exigencia no es obligatoria. CERDA (2013), P. 77.

del proceso”; proponer al Contralor General la adopción de medidas de apremio o disciplinarias (art. 112 inc. 2º LOCCGR).

Igualmente, la LOCCGR en caso que con considere procedente condenar pecuniariamente al cuentadante, faculta al juez a juzgar el reparo como una infracción administrativa (artículo 116 LOCCGR), es decir, le permite cambiar el objeto de la contienda: el proceso ya no tendrá por objeto establecer las responsabilidades pecuniarias del cuentadante sino aplicar una medida disciplinaria contemplada en el Estatuto Administrativo siempre que no conlleve la sanción de destitución. De este modo, el proceso cumpliría la función de un procedimiento disciplinario siendo la sanción el único resultado el proceso.

Finalmente, dada su caracterización constitucional como “órgano autónomo” (art. 98 CPR) no se encuentra bajo la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Así, no hay intervención del Poder Judicial en el nombramiento de los jueces del tribunal de cuentas de segunda instancia, tampoco en la administración de su presupuesto (pues éste forma parte del presupuesto del Órgano Contralor), ni en el ámbito disciplinario de los integrantes del tribunal de cuentas.

2.2 Ámbito Competencial del Tribunal de Cuentas: la Problemática de los Particulares que Gestionan Fondos Públicos

La Contraloría General en su función de juzgadora de cuentas tiene atribuciones legales para conocer de los reparos formulados por las unidades fiscalizadoras de dicho Órgano de Control (o que se deriven de un procedimiento disciplinario afinado) y establecer la responsabilidad civil extracontractual que corresponde a los funcionarios públicos encargados de la gestión de fondos públicos, por infracción a las normas de administración de los caudales cuyo resguardo se les encomienda.

El Tribunal de Cuentas puede establecer la responsabilidad civil que recae sobre aquellos que tienen la calidad jurídica de cuentadante, es decir, que tenga a su cargo bienes o que administre fondos de los servicios u entidades sometidas a la fiscalización de la Contraloría General. En estos casos si la cuenta rendida es reparada tras el examen de las cuentas, se procederá a iniciar el juicio de cuentas.

Ahora bien, la primera problemática que se advierte en la delimitación del ámbito subjetivo de la competencia de la Contraloría General como Tribunal de Cuentas se refiere a la distinción relativa a si el

cuentadante es una persona (o institución) de carácter privado o si tiene la calidad de funcionario público. En el primer caso, la LOCCGR solo le reconoce competencia a la Contraloría General para examinar la cuenta más no para juzgarla, remitiendo a la justicia ordinaria el conocimiento y juzgamiento de estos reparos¹⁷.

Sin embargo, la Constitución Política –en su artículo 98- emplea como conceptos gravitantes “personas”, “Fisco” y “servicios que determinen las leyes”. De este precepto podemos inferir que la competencia de la Contraloría General para juzgar las cuentas que la Constitución le reconoce no está limita a quienes tienen la calidad de “funcionario” sino que lo relevante es que las personas tengan a su cargo *bienes del Fisco o de las municipalidades y demás organismos y servicios que determinen las leyes*. La persona que administra fondos públicos se traduce en la LOCCGR a quien posee la calidad jurídica de “cuentadante”, el cual puede ser cualquier persona o entidad que “reciba, custodie, administre o pague fondos bien sea del Fisco o de las entidades sometidas a fiscalización de la Contraloría General de la República (artículo 85 loccgr). En consecuencia, la LOCCGR al limitar la competencia de la Contraloría en esta materia no es concordante con lo que establece el Texto Constitucional.

2.3 Ámbito Competencial del Tribunal de Cuentas: la Problemática de los Entes Autónomos Constitucionales

Una segunda observación que podemos inferir de los conceptos ya indicados que la Constitución Política emplea, en el artículo 98 CPR, para delimitar la competencia de la Contraloría General para examinar y juzgar las cuentas es que los órganos constitucionales que actúan con la personalidad del Fisco quedarían incluidos.

La Constitución de 1925, en el artículo 21 inciso 2°, excluía de la competencia de la Contraloría General a la cuentas del Congreso Nacional, las que serían juzgadas de acuerdo con los reglamentos internos del Congreso, pero esta disposición no se estableció de modo explícito

¹⁷El artículo 85 inciso 3° preceptúa: “No obstante, la fiscalización de la inversión de los fondos fiscales que perciban personas o instituciones de carácter privado, por leyes permanentes, a título de subvención o aporte del Estado, para una finalidad específica y determinada, se limitará a establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad. En caso de que se produzcan reparos sobre la materia, las acciones que procedieren serán entabladas ante la justicia ordinaria directamente por la Contraloría General o por el Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de poner los reparos en conocimiento del Presidente de la República, para los efectos que procedan”.

entre las disposiciones constitucionales del Texto Constitucional vigente. Ello fue advertido por el Contralor General don Héctor Humeres, quien ocupó el cargo en la época en que funcionó la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que recomendó mantener esta previsión constitucional explícita en la Constitución que se estaba redactando¹⁸ y que finalmente daría lugar a la Carta Fundamental que se sancionaría en 1980.

Sin embargo, esta previsión constitucional no se contempló por lo que no se encuentra presente en nuestro Texto Fundamental. En tal sentido la habilitación competencial que consagra la Constitución al mantener como uno de los conceptos clave el de “bienes del Fisco” no hay razón para entenderla restringida interpretando que es posible que el legislador reduzca esta competencia.

De este modo, el legislador a la hora de llevar a cabo el desarrollo normativo del contenido de esta competencia para juzgar las cuentas debe respetar lo establecido por el artículo 98 CPR, en virtud del principio de jerarquía normativa.

Como se ha señalado, los conceptos que delimitan la competencia fiscalizadora y juzgadora de la Contraloría General en el artículo 98 CPR son “Fisco” y “demás organismos y servicios que determinen las leyes”. Sin embargo, el asunto es problemático especialmente, por lo que respecta a dilucidar la competencia del Órgano Contralor para fiscalizar y juzgar las cuentas, particularmente, de los órganos constitucionales autónomos. Del artículo 98 CPR se desprende una regla de competencia clara: todo aquel que actúe con la personalidad jurídica del Fisco está sujeto a la competencia fiscalizadora y juzgadora de la Contraloría General actuando, en este último caso, como tribunal de cuentas. Sin embargo, esto no es así y el legislador orgánico constitucional ha ido tomando decisiones disímiles para cada uno de los órganos autónomos, por ejemplo, el artículo 89 de la LOC del Tribunal Constitucional lo excluye de las

18 HUMERES subrayó: “Es preciso advertir que en el amplio enunciado de las facultades de examen y juzgamiento de las cuentas de quienes tengan a su cargo fondos o bienes del Estado, que corresponden a la Contraloría General con arreglo al primer inciso del nuevo precepto constitucional propuesto, debe entenderse excluida la gestión patrimonial del Congreso Nacional, lo que armoniza con el régimen vigente que expresamente excepciona, en el artículo 21 de la Constitución Política, la fiscalización administrativa de este Organismo respecto de esas cuentas. *No obstante, esta excepción debería, en opinión del suscrito, establecerse de modo explícito* entre las disposiciones constitucionales que regulen la organización y funcionamiento del Poder Legislativo”. Biblioteca del Congreso Nacional (s/f): Oficio N° 88.536 de 10 de noviembre de 1973, Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 16ª, celebrada en martes 13 de noviembre de 1973. Tomo I, p. 167. Disponible en: https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf

disposiciones que rigen la acción de la Contraloría General, pero en el caso del Servicio Electoral, el artículo 60 de la Ley N° 18.556, en lo que respecta al examen y juzgamiento de sus cuentas de entradas y gastos sujeta a este servicio al control de la Contraloría General.

Si bien algunos de estos órganos constitucionales autónomos no tienen personalidad jurídica propia, sí gozan de cierta autonomía de gestión por lo que cada una de ellos cuenta con un aparato burocrático, aunque pequeño en comparación con otras reparticiones administrativas, que le gestiona los medios personales y materiales necesarios para cumplir sus funciones y estos últimos integran el patrimonio del Fisco por lo que esa gestión, según se observa, estaría sujeta a la fiscalización de la Contraloría General.

2.4 Dificultades para la Extensión de la Competencia del Tribunal de Cuentas

En nuestra cultura institucional existe un gran escollo para reconocer competencias fiscalizadoras o de control externas sobre los órganos constitucionales autónomos. Esta reticencia ya se ha expresado en relación con el cumplimiento de la Ley de Acceso a la Información Pública, delimitando la competencia del Consejo Para La Transparencia exclusivamente a los órganos de la Administración del Estado, aunque incluso en el ámbito administrativo hubo algunas entidades administrativas que no están sujetas al régimen común de la Ley de Transparencia (Contraloría General y el Banco Central). En general, una dificultad que tenemos para la eficacia de la política anticorrupción es la resistencia a impulsar un Derecho Administrativo general que regule los aspectos comunes que tiene todo órgano del Estado, esto es en lo relativo a régimen de personal, contratación pública, gestión económica y administración de fondos públicos. Así, las regulaciones existentes en estas materias solo alcanzan a los órganos que integran la Administración del Estado, dando a lugar una variedad de regímenes que cada órgano autónomo sanciona.

En general, los argumentos para rechazar la competencia de controles externos sobre los órganos constitucionales autónomos tienen relación con la vulneración de la autonomía constitucional.

Si bien la Constitución Política es la que reconoce autonomía a algunos órganos de gran incidencia para el correcto funcionamiento del Estado, tales como el Ministerio Público, la Contraloría General de la

República, el Servicio Electoral, el Banco Central, entre otros, ello no puede servir de fundamento para que cada uno de estos órganos sea autárquico en todas las dimensiones de su actuar¹⁹.

Ciertamente, la autonomía que reconoce la Constitución Política está referida a la función que estos órganos deben desarrollar, en los casos referidos son: la persecución de los delitos, el control de los actos de la Administración Pública, la fiscalización del gasto electoral, la política monetaria, etc. En consecuencia, para realizar estas funciones tienen reconocidas, por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales, amplias facultades para complementar su organización y funcionamiento. Si bien la autonomía presupuestaria no está entre las atribuciones que el legislador orgánico les haya reconocido, una vez aprobados los presupuestos respectivos (en la Ley de Presupuestos de la Nación), por lo general gozan de una amplia autonomía para distribuir los fondos con que cuentan. Pero además de ello, como expresión de la autonomía e independencia de la organización frente al Gobierno u otro órgano público gozan de autonomía para la determinación del régimen de contratación de personal, la regulación de la materia disciplinaria y para la determinación de las disposiciones que regirán el ámbito contractual para la adquisición de bienes y servicios, facultades que ejercen a través de la potestad reglamentaria sancionando normas internas de funcionamiento²⁰.

No obstante, que los presupuestos de estas entidades no resultan un porcentaje significativo del presupuesto público comparándolos con otros servicios públicos de ámbito nacional y mucho más complejos, la gestión u administración de los recursos que se les dota a los órganos autónomos constitucionales no debe quedar exento del control externo

19 Como señala Valadés, el ejercicio de poder conlleva necesariamente el control del mismo. En un Estado constitucional los pesos y contrapesos institucionales que suponen la limitación y control del ejercicio del poder afectan la legitimidad del mismo, pues "todo aquello que debilite o tienda a debilitar los instrumentos de control, afecta la legitimidad del poder". VALADÉS, Diego (2006), p. 17.

20 A manera de ejemplo, el Ministerio Público ha sancionado diversos reglamentos por resolución del Fiscal Nacional, tales como Resolución FN/MP N° 1109 de 11 de julio de 2014, aprueba Reglamento de Personal para los Funcionarios del Ministerio Público; Resolución FN/MP N° 1362 de 30 de junio de 2009, aprueba Reglamento de Responsabilidad Administrativa de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público; Resolución FN/MP N° 93 de 11 de enero de 2016, aprueba Reglamento de Personal para los Fiscales del Ministerio Público; y Resolución FN/MP N° 2455 de 23 de diciembre de 2016, aprueba Reglamento de Compra de Bienes Muebles y de Contratación de Servicios del Ministerio Público. Por su parte el Tribunal Constitucional regula estas materias de gestión de personal y de caudales públicos a través de autos acordados, así tenemos que el Procedimiento para la Investigación y determinación de Responsabilidades disciplinarias fue aprobado por Auto Acordado del 7 de abril de 2016.

sobre sus cuentas por parte del Tribunal de Cuentas, pues su propia naturaleza de fondos públicos exige que ellos deben ser debidamente gestionados. Esta afirmación es aún más correcta en el caso que estos órganos actúen con personalidad jurídica del Fisco.

2.5 Otras Observaciones sobre el Diseño Institucional del Tribunal de Cuentas que Afectan su Función Jurisdiccional

El diseño del Tribunal de Cuentas contenido en la LOCCGR limita la eficacia del control sobre la gestión económica que realizan los que tienen a su cargo la administración de fondos públicos que están obligados a hacer una rendición de cuentas, a soportar que la corrección de éstas sea examinada y responder cuando hayan incurrido en ilegalidad en el manejo de caudales públicos. Además, también algunas características de este diseño institucional ponen en duda si se cumplen con las exigencias que el respeto a los derechos fundamentales, particularmente el principio al debido proceso exige respetar así como el principio de certeza jurídica. En este punto se ha optado por referirse a dos de esas limitaciones que básicamente se relacionan con:

2.5.1 La Identidad Existente entre la Contraloría General y el Tribunal de Cuentas

Por mas que se intente configurar al tribunal de cuentas como una estructura orgánica (juzgado de cuentas de primera instancia y el tribunal de cuentas de segunda instancia) que tiene autonomía o un funcionamiento independiente del Órgano Contralor²¹ esto no se condice con

21 En reiterada jurisprudencia administrativa se ha sostenido que “tanto el juez de primera instancia –Subcontralor General-, como el tribunal de segunda instancia–integrado de acuerdo con lo establecido en el artículo 118 de la ley N° 10.336-, *cuentan con un funcionamiento distinto e independiente dentro de la estructura orgánica de la Contraloría General*, por lo que si bien el Contralor General y quien preside el aludido tribunal de segunda instancia son la misma persona, sus funciones son distintas y no se relacionan entre sí. En efecto [...] al tratarse los referidos tribunales de entes jurisdiccionales, *actúan con independencia y autonomía* respecto de sus decisiones”, en DCGR N° 472/2009. Reiterando este criterio se sostiene que: “respecto de la eventual actuación de la Contraloría General como juez y parte al remitir los antecedentes al Juzgado de Cuentas, cumple con manifestar que, tal como se ha sostenido en el dictamen N° 472, de 2009, tanto el juez de primera instancia -Subcontralor General-, como el tribunal de segunda instancia –de carácter pluripersonal e integrado de acuerdo con lo establecido en el artículo 118 de la mencionada ley N° 10.336-, cuentan con un funcionamiento distinto e independiente dentro de la estructura orgánica de la Contraloría General, por lo que, si bien el Contralor General y quien preside el aludido tribunal de segunda instancia son la misma persona, sus funciones son distintas y no se relacionan entre sí”, en DCGR N° 37.619/2014.

el mandato constitucional ni con lo que ocurre en la realidad, por cuanto el juzgado de primera instancia recae en el Subcontralor General y en el caso del Tribunal de segunda instancia, si bien lo integran dos abogados lo preside el propio Contralor General.

Ello no debe dar lugar a confusión sobre las normas de actuación que regulan la actividad jurisdiccional de la Contraloría General, las cuales son especiales y por tanto no deben mezclarse con la función administrativa, especialmente la dictaminante, que tiene el Órgano de Control. Pero, lo anotado no es sino simplemente derivación del respeto al principio de legalidad que debe cumplir la Contraloría General, por lo que mal puede emplearse estas diferentes funciones para afirmar que los tribunales de cuentas “actúan con independencia y autonomía” respecto de la Contraloría General.

Esta identidad trae como consecuencia un menoscabo a las garantías de independencia e imparcialidad que debe asegurar el tribunal, en el sentido que es el mismo órgano el que fiscaliza, examina las cuentas e interpone la demanda en el juicio de cuentas con el órgano que luego juzga y persigue la responsabilidad a fin de resarcir el daño patrimonial ocasionado por los gestores de recursos públicos configurados como “cuentadantes”. Todos quienes intervienen en estas distintas etapas son funcionarios de la Contraloría General que tienen la calidad de exclusiva confianza de la máxima autoridad de esa repartición. A ello se suma que, en la etapa previa a la judicialización, la Contraloría General interviene de manera determinante para el curso posterior, interpretando las normas sobre gastos a los casos concretos²² y una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria es el Contralor General el que tiene a su cargo el aseguramiento de su cumplimiento. Todo lo cual configura una situación de dependencia entre la función administrativa de la Contraloría General y la función de juzgamiento de las cuentas.

La identidad que aquí se señala es criticada también porque la presencia del Contralor General o su subrogante en el tribunal de cuentas de segunda instancia no asegura la independencia e imparcialidad que se exige del órgano jurisdiccional²³.

22 CERDA CATTAN, Ángela (2018), p. 15.

23 PRECHT PIZARRO, J. (2012), pp. 237-244.

2.5.2 La Heterogénea Forma de Configurar a la Parte Demandante en el Juicio de Cuentas

La parte demandante en el juicio de cuentas tiene una configuración confusa situación que es producto de la fase administrativa previa que es necesaria para iniciar el juicio de cuentas, cual es el examen de cuentas que recae sobre los informes presentados por los cuentadantes autorizados para girar o invertir caudales públicos.

La cuenta una vez examinada puede terminar aprobada y finiquitada o reparada (artículo 96 LOCCGR)²⁴, y es en este último caso que el reparo técnicamente se transforma en la demanda que da inicio al juicio de cuentas²⁵. El reparo que constituirá la demanda en el juicio de cuentas será formulado por el Jefe de la División o el Contralor Regional que corresponda, ante el juez de primera instancia (artículo 107bis LOCCGR). Esta situación resulta una gran limitante para el éxito de la acción que se interpone con el fin de obtener el respectivo resarcimiento del menoscabo de los caudales públicos ya que la autoridad sobre la que recae la representación y defensa de los intereses públicos afectados -el Fiscal de la Contraloría General-, no interviene en el procedimiento sino hasta cuando éste está en un estado de tramitación muy avanzado. De este modo, el Fiscal no interviene en la redacción de la demanda, tampoco toma conocimiento sino después de que la parte demandada ha contestado o ha actuado en rebeldía, e incluso después que el Jefe de Departamento que ha formulado el reparo ha informado al juzgado sobre el expediente (artículo 110 LOCCGR). Solo entonces, le será remitido el expediente al Fiscal para que se haga parte en el juicio.

De acuerdo con Hanssen, son varias las dificultades que comporta este diseño del juicio de cuentas en tanto que el Fiscal, en la práctica, es notificado luego de vencido el término probatorio que se haya decretado en autos. Entre estos inconvenientes destaca que el Fiscal: a) se encontrará imposibilitado de conocer los fundamentos del reparo o de perfeccionar la demanda antes de ser presentada y tampoco tendrá

24 JARA sostiene que luego del examen de cuentas el órgano puede: 1. Aprobarla; 2. Observarla; ó 3. Repararla. JARA, J. (2012), p. 139.

25 "El período de discusión se origina con una demanda denominada también reparo, que es formulado por el Jefe de División que efectuó el examen de cuentas o el Contralor Regional -artículo 107bis, ley 10.336. Los requisitos de la demanda que prescribe la ley son mínimos, y debe considerarse que le Contralor Regional o Jefe de División interponen el reparo sin tener la calidad de parte y sin tener mayor injerencia durante la tramitación del proceso". CERDA CATTAN, Ángela (2013), p. 73.

acceso a las alegaciones y defensas de la parte demandada en forma oportuna; b) tendrá menoscabada la oportunidad de solicitar medidas precautorias; y c) pierde la posibilidad de comparecer dentro del probatorio, donde bien podría impugnar la prueba rendida por el cuentadante u ofrecer otras pruebas, ello por el tardío traslado que se le efectúa²⁶. El Fiscal actuará en el proceso con los hechos consumados y con escasa posibilidad de incidir en la suerte del mismo.

5 Conclusiones

1° La defensa de la democracia requiere que la institucionalidad contemple mecanismos, controles, pesos y contrapesos que aseguren el cumplimiento de la obligación que pesa sobre toda magistratura de rendir cuentas, justificar sus decisiones y en su caso, asumir las responsabilidades que correspondan. Unos de esos mecanismos es el examen de cuentas que realiza el Órgano de Control.

2° La Constitución Política ha reconocido expresamente la función jurisdiccional de la Contraloría General para conocer y juzgar los contenciosos administrativos y determinar la responsabilidad en que incurre el que tiene a su cargo la recaudación, custodia, inversión, gasto y administración de fondos del Fisco y las entidades sometidas a la fiscalización del Órgano Contralor.

3° La Contraloría General de la República en su función jurisdiccional conoce de los juicios de cuentas habilitado por el Texto Constitucional. Se ha pretendido afirmar que el ejercicio de esa función está radicada en el Tribunal de Cuentas, concebido erróneamente como una organización independiente y autónoma del Órgano Contralor, lo que no se ajusta a lo preceptuado por la Constitución.

4° La concentración de funciones en un solo Ente de Fiscalizador demanda en los tiempos contemporáneos una revisión del diseño institucional para ajustarlo a las necesidades a las que debe responder. Si bien la función jurisdiccional que desarrolla la Contraloría General está sometida a normas procesales especiales (establecidas en la propia LOCCGR) y ritualidades diferentes a cuando actúa sus funciones administrativas, ello no logra cambiar la naturaleza administrativa del órgano constituyéndose en un tribunal administrativo cuando cumple la función

²⁶ HANSEN TALLAR, Carlos (2007), pp. 125-129.

de juzgar las cuentas, con la particularidad que sus fallos no son revisables en los tribunales ordinarios.

5° Los órganos constitucionales autónomos forman parte del Estado e integran la organización de éste. En ciertos casos, éstos operan con la personalidad jurídica del Fisco, cuyo patrimonio y recursos públicos debe ser fiscalizado por la Contraloría General acorde con lo que la Constitución Política dispone. En consecuencia, los órganos autónomos que no tienen personalidad jurídica ni patrimonio propio deben entenderse incluidos en el ámbito subjetivo de fiscalización y el juzgamiento de sus cuentas de la Contraloría General.

6° La justificación para sustraer de la competencia de la Contraloría General el juzgamiento de las cuentas de algunos órganos autónomos constitucionales ha estado relacionada con la autonomía constitucional que se les reconoce y que se estaría vulnerando en caso que se les sometiera a la competencia de la Contraloría en esta materia. Con ello, una vez más se impide el surgimiento de un Derecho Administrativo General que sea aplicable a todos los órganos del Estado en aquellas materias (como de personal, compras públicas etc.) que no son el núcleo de su misión institucional sino que más bien están ligadas al ámbito de su gestión. El control sobre las cuentas en las que se traduce la gestión económica de estos órganos del Estado y el juzgamiento de las mismas por parte del tribunal de cuentas no vulnera la autonomía reconocida a las autonomías constitucionales.

7° El que las leyes orgánicas constitucionales de los órganos autónomos por lo general no contemplen el control externo del tribunal de cuentas o al contrario expresamente lo exceptúen no se condice con lo que la Constitución Política expresamente ha establecido reconociendo a la Contraloría General la fiscalización y el juzgamiento de los recursos del Fisco, personalidad que estos órganos emplean.

8° La naturaleza de tribunal administrativo de la Contraloría General se vislumbra con mayor nitidez a través de ciertos rasgos que lo configuran con ciertas limitaciones que no poseen los órganos jurisdiccionales (en lo relacionado con las facultades de ejecutar sus sentencias) o que le imprimen formas de actuación más propias de órganos administrativos (facultades amplias para actuar de oficio, transformar el objetivo del proceso de obtener la restitución del perjuicio fiscal a hacer efectiva la responsabilidad administrativa, facultad de comparecer en juicio sin defensa letrada, etc.).

Bibliografía

- Biblioteca del Congreso Nacional (s/f): Oficio N° 88.536 de 10 de noviembre de 1973, Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 16ª, celebrada en martes 13 de noviembre de 1973. Tomo I, p. 167. Disponible en: https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf
- CALDERA DELGADO, Hugo (1980): El Juicio de Cuentas. Legislación y Jurisprudencia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- CERDA CATTAN, Ángela (2013): El Juzgado de Cuentas y sus atribuciones, Revista de Derecho Público, Vol. 79, 2º sem., pp. 55-81.
- _____ (2018): Determinación de la responsabilidad civil por el manejo de recursos públicos en la Administración, Revista de Derecho Público, Núm. 88, pp. 11-41.
- CHILE TRANSPARENTE (2018): Índice de percepción de la corrupción. Disponible en: http://www.chiletransparente.cl/wp-content/files_mf/1548776988IPC2018.pdf [consulta: 30.04.2019].
- Consejo Para la Transparencia (2019): Detalles X Encuesta Nacional de Transparencia 2018. Percepción de corrupción, Santiago, pp. 1-4. Disponible en: https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2019/03/Minuta-Estudio-Nacional-Transparencia-Corrupción_-Graficos.pdf [consulta: 30.04.2019].
- GARCÍA BLANCO, María José (2018): El control externo por el Tribunal de Cuentas de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional, Revista Española de Control Externo, vol. 20 N° 58, pp. 119-153.
- HANSEN TALLAR, Carlos (2007): La función jurisdiccional de la Contraloría General de la República. El Juicio de Cuentas, Editorial Lexis-Nexis, Santiago.
- JARA SCHNETTLER, J. (2012): Caducidad y notificación del reparo en el Juicio de Cuentas, Revista de Derecho Público, Vol. 77, 2º sem., pp. 135-162.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2007): La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile, en [Coordinadores: FERNÁNDEZ RUIZ, J., LÓPEZ OLVERA, M.A. y CISNEROS FARIÁS, G.] Justicia administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de

- Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de México, México, pp. 381-423. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2391/16.pdf> [consulta: 30 abril de 2019].
- PRECHT PIZARRO, Jorge (2012): Un problema no resuelto: el tribunal de cuentas de segunda instancia, su independencia y la subrogancia de su presidente, *Revista de Derecho Público*, Vol. 77, 2º sem., pp. 237-244.
- SCHEDLER, Andreas (s/f): ¿Qué es la rendición de cuentas?, Cuadernos de transparencia, IFAI, México.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1983): “El Estado en la Constitución de 1833 (la libertad dentro del orden), *Revista de Derecho Público* N° 33-34, pp. 53-70.
- VALADÉS, Diego (2006): *El control del poder*, Ed. Porrúa-UNAM, México.

¿Es el Control de Convencionalidad Aplicable a la Actividad Administrativa en Sede de las Propias Administraciones Públicas?

Nuevas Dimensiones del Control

Pablo Angel Gutiérrez Colantuono*

1 El Contexto Constitucional Convencional

¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Adelantamos desde ya nuestra respuesta afirmativa con los alcances limitados que explicaremos.

Para ello cabe recordar que partimos desde nuestra mirada de considerar al control de convencionalidad tanto como una garantía de las personas frente a sus administraciones como una obligación de estas ya que se integra dentro del principio de juridicidad.

Esta doble funcionalidad del control de convencionalidad es la exteriorización del deber de garantía en su faz preventiva del Estado¹ al haber asumido obligaciones al tiempo de firmar el Pacto de San José de Costa Rica – en adelante PSJCR. Obligaciones generales contenidas en

* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Comahue y Director de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la misma Universidad.

1 Una manifestación del deber de garantía es el deber de prevención que, como la Corte ha afirmado: abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 175; Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16.11.2009. Serie C No.205, párr. 252, y Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10.10.2013. Serie C No. 269, párr.118.(todos citados en el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños, Niñas y Adolescentes Elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de la Cooperación Alemana (GIZ) Idioma español | 2018, pg. 19).

los artículos 1.1 y 2² y las específicas contenidas en sus distintas previsiones convencionales.

Es en tal alcance que la aplicación, interpretación y análisis de compatibilidad de la normas e interpretaciones convencionales con las internas son tareas que han de realizarse en el ámbito de la actuación competencial de las propias administraciones y del resto de los poderes del Estado.

Aparece así un nuevo orden del control de la actividad administrativa: el del control de convencionalidad de la actividad administrativa en su propia sede.

Esta nueva especie del control general de nuestras administraciones no es un dato menor ante sistemas con tradiciones fuertemente presidencialistas, antes que parlamentaristas. Existe una alta presencia de las administraciones y sus competencias, especialmente desde lo “normativo” en el concierto de la vida institucional y ciudadana.

Es común en nuestros sistemas latinoamericanos observar una intensa potestad reglamentaria de las administraciones. Ello llega al punto tal de generar acaso confusión y, en algunas ocasiones, hasta el ocaso de una bien entendida división de poderes. Especial atención, también, debe prestarse respecto a los límites de la actividad de las administraciones públicas en sistemas constitucionales judicialistas: aquellas determinan derechos o poseen zonas sobre las cuales ejercen aparentes tareas de contenido materialmente jurisdiccional³. En estos casos poseen límites infranqueables: la discrecionalidad administrativa se expresa desde el límite que los derechos humanos imponen y dentro de estos el debido proceso se presenta como garantía propia tanto de la decisión administrativa como de la judicial.

Actualmente las nuevas limitaciones, funciones y reconceptualizaciones de las administraciones se expresan dentro de un gran sistema constitucional y convencional. En este coexisten diversos subsistemas internacionales

2 Las acciones u omisiones estatales se encuentran delimitadas por la regla general impuesta al Estado por los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los cuales constituyen la base para la determinación de la responsabilidad internacional. En efecto, el artículo 1.1 prevé la obligación estatal de respetar y garantizar en forma genérica los derechos previstos en la Convención Americana, mientras que el artículo 2 obliga al Estado y a cada uno de sus órganos a remover cualquier obstáculo para el goce de aquellos y, por consiguiente, a llevar adelante medidas positivas tendientes a asegurar y efectivizar los derechos consagrados en ese tratado.

3 Ello con independencia de la discusión que bien pueda darse respecto del denominado activismo judicial, la politización de la justicia o la judicialización de la justicia, de entre otros términos que refieren a la tensión entre poderes del Estado y que desnuda la más actual discusión sobre el rol del poder judicial en nuestras modernas democracias.

– de integración, tratados bilaterales de inversiones recíprocas⁴, de derechos humanos, entre tantos otros - y microsistemas propios ya del orden interno constitucional – consumidores usuarios, ambiental, entre algunos que pueden mencionarse con sus propias reglas y principios.

La constitucionalización de los tratados de derechos humanos permite, según introducíamos, adicionar una nueva esfera de control de la actividad administrativa, la cual se ubica por fuera de sus propias fronteras en el sistema de protección de los derechos humanos⁵. Pero que al mismo tiempo se presenta como un novedoso control interno de las administraciones públicas desde la aplicación espontánea y de buena fé que es esperable suceda “fronteras adentro” en la actividad de los diversos poderes. Es la mentada subsidiariedad y complementariedad de la jurisdicción interna internacional de los derechos humanos⁶.

2 Aspectos del Control de Convencionalidad

Como es sabido este ha sido una creación propia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante Corte IDH - amparada

4 Basta referenciar dos hitos en este tema para tener percepción del nuevo orden internacional interno más allá de las convenciones de derechos humanos: a) Caso *CIADI No. ARB/09/1. (Aerolíneas Argentinas) LAUDO “Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. (DEMANDANTES) y La República Argentina (DEMANDADA)*, enviada a las partes 21.7.2017; b) Resolución 598/2013 del Ministerio de Economía de la Nación Argentina, que efectiviza el cumplimiento interno de una decisión del CIADI.

5 “El requisito de agotamiento de los recursos internos es una manifestación del principio de la colaboración o complementariedad del derecho internacional público (...). En este sentido, la forma de constatar que el Estado, como primer llamado a proteger y garantizar los derechos humanos, tuvo conocimiento de las violaciones y la posibilidad de actuar al respecto, es precisamente a través de la regla sobre el agotamiento de los recursos internos (...). De manera reiterada, esta Corte ha fijado algunos criterios procesales y materiales que deben ser cumplidos en relación con la excepción de falta de agotamiento de recursos internos (...). Asimismo, considera importante enfatizar la importancia de los criterios de disponibilidad, idoneidad y efectividad que han sido mencionados de manera reiterada en la jurisprudencia de la Corte frente al requisito de agotamiento de recursos internos”. Corte IDH OC 22/16, de fecha 26.02.2016.

6 “Al respecto, esta Corte ha establecido que la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de determinar, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad que informa transversalmente el sistema interamericano, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Así , el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el sistema interamericano, lo cual deriva del carácter coadyuvante o complementario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa”. – Corte IDH OC 22/16, cit. -.

en el principio evolutivo del derecho de los derechos humanos. Este principio le sugiere al intérprete desarrollar una actividad hermenéutica de ampliación de la zona de protección, según así se desprende de la lectura armónica de los artículos 1º, 2º y 29º de la Convención Americana. Los términos de la convención no se analizan según su formulación histórica textual, si no actual y contextual.

El control de convencionalidad aparece como instrumental del efecto útil del PSJCR, esto es la incorporación en el sistema interno espontáneamente y de buena fé de todas las medidas necesarias que generen la vigencia efectiva del sistema regional de derechos humanos. Es este control de convencionalidad el que permite adoptar criterios adecuados y remover aquellos otros que infraccionan la base mínima que importan los sistemas de derechos humanos.

Esta garantía del control de convencionalidad implica la obligación de los Estados principalmente a través de sus jueces de realizar de oficio, dentro el marco de las propias competencias internas, el estudio de compatibilidad entre las normas internas con las del PSJCR para cual deben tomar en cuenta cómo estas son interpretadas por la propia Corte IDH⁷.

Junto a ello se ha incorporado, ya en términos más generales, la protección de las personas por una suerte de un derecho común de los derechos humanos a partir de considerar la jurisdicción de la Corte IDH como habilitada a interpretar y aplicar el resto de los tratados de derechos humanos.

Así lo ha explicado la Corte IDH al tiempo de emitir su opinión respecto de la protección ambiental:

“En suma, al dar respuesta a la presente consulta, la Corte actúa en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por las normas que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis

7 “La Corte recuerda que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención Americana, entre ellos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. En esta tarea deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana. Asimismo, este Tribunal ha indicado que, en lo que respecta a la implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, “el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso” - Corte IDH, *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú.* – Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia - , sentencia de 30.05.2018.

estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella, conforme al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional relevantes. Al respecto, corresponde precisar que el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente. Asimismo, la Corte se basará en su propia jurisprudencia⁸.

Aquello que realiza la Corte IDH es realizar una interpretación, sistemática, teleológica y evolutiva, recurriendo al *corpus iuris internacional* en la materia que se trate en concreto para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por el PSJCR y así derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho⁹. Ello importa una notable ampliación de derechos y de regímenes protectorios de la dignidad de las personas, y un importante ensanche del deber de garantías y de responder de los Estados miembros.

3 El Rol Preventivo de las Administraciones Públicas como Obligación

En la búsqueda de nuevos significados, contenidos y funciones de las administraciones públicas aparece un nuevo rol que nosotros llamamos el rol preventivo de estas.

Como es conocido las administraciones públicas son uno de los sujetos obligados en las convenciones internacionales de derechos humanos. Estas obligan a los Estados y paralelamente generan derechos a quienes no han sido parte: la ciudadanía.

Lo cierto es que la apertura internacional decidida desde los propios resortes soberanos nacionales redimensiona a nuestras administraciones elevando notablemente su potencial en materia de derechos humanos.

8 Corte IDH , OC-23/17.

9 Conforme argumentación Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, sentencia de 8.03.2018.

Las administraciones pasan a ser todo menos abstencionistas ya que deben comportarse activamente para incorporar espontáneamente los deberes éticos universales de los derechos humanos asumidos.

En otras palabras, emerge una actitud activa antes que pasiva en la protección y promoción de los compromisos internacionales, en la que se debe tomar la iniciativa para remover cualquier valla a la efectividad de los derechos.

Para ello es necesario que las administraciones revisen sus mecanismos vinculares con la ciudadanía ya que les son exigibles atender los derechos desde la diversidad. La homogeneidad cede terreno hacia la heterogeneidad.

La actividad continua, directa, inmediata y con gran anclaje territorial y sociológico permite a las administraciones disponer de mecanismos rápidos y efectivos ante los continuos cambios que se registran en nuestras modernas sociedades. Son ellas quienes tiene mayor posibilidad de internalizar que el gobierno tiene por principalísima función en estos tiempos la de hacerle la vida más fácil, justa y armónica a las personas en una convivencia ciudadana social.

Las administraciones son quizás uno de los poderes en que se organiza el gobierno con mayor permeabilidad y ductilidad para afrontar justamente el desafío que impone el nuevo orden global.

Nuestras administraciones adquieren así un nuevo rol, activo, presente y que hemos llamado el rol preventivo. Este nuevo rol de exigencia constitucional y convencional también es una nueva expresión de la ética pública expresada en las dimensiones sociales ciudadanas en contacto con la realización del bienestar general.

Es en este contexto que debe analizarse el control de convencionalidad en la propia sede de las administraciones públicas.

4 Las Administraciones Públicas y el Control de Convencionalidad

Tal como lo ha expresado la Corte IDH en el “Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana¹⁰:

“497 Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia “todas

10 Corte IDH, sentencia de 28.08.2014

las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un 'control de convencionalidad'¹¹

El control de convencionalidad impacta en la actividad de las administraciones porque ellas han de ajustar su comportamiento a la convencionalidad – principio de juridicidad amplio. El salto de legalidad a juridicidad de nuestras administraciones impactó en la evolución del control judicial. Ahora es el tiempo de un nuevo salto cualitativo en ese control tanto interno de las administraciones públicas como externo de orden materialmente judicial – propio del poder judicial y de otros órganos que despliegan tal actividad.

Ello así en tanto las administraciones se encuentran atravesadas por el moderno constitucionalismo: aplicación, interpretación e impregnación constitucional al obrar de nuestras administraciones.

Al ser simétrico lo constitucional con lo convencional¹², es claro que ese orden interno hoy está atravesado por el del orden de la convencionalidad. De allí que nuestras administraciones aplican, interpretan y son expresión de la impregnación de la convencionalidad. Ellas aplican el PSJCR e internalizan estándares de buena fé de manera consistente con los criterios expresados por los órganos y organismos que aplican e interpretan en el sistema internacional. La tarea de la administración es constitucional y convencional. Aplica de oficio los parámetros de los derechos humanos ya que internamente su principio de oficialidad junto a la función tuitiva preventiva propia del PSJCR así lo indican.

Se trata de mirar desde la perspectiva de los derechos las competencias propias de cada poder estatal en la prevención de la posible infracción a determinados deberes asumidos internacionalmente y la realización de los valores comprometidos. Todo ello estructurado como una unidad en la realización, protección y promoción de la dignidad de las personas como valor central.

La mirada desde los derechos permite sostener la necesaria adecuación de la actividad administrativa a los estándares general de los derechos humanos, en especial a aquellos que la Corte IDH ha construido en materia de debido proceso.

11 Cfr. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30.11.2012. Serie C No.259,párr.142, y Caso Morín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del PuebloMapuche) Vs. Chile, sentencia de 29.05.2014, párr.436

12 En efecto no puede aceptarse uno y rechazarse el otro, exigírsele a uno requisitos y efectos de su ejercicio diversos al otro. Se fortalecen y debilitan recíprocamente. El control de convencionalidad y el de constitucionalidad son conectores a nuestro criterio que permiten sostener la mirada sistémica en una multiplicidad de subsistemas.

¿Pueden las administraciones declarar inconvencional y/o inaplicar una ley o reglamento en su propia sede?

Es esperable brindar una respuesta positiva o negativa según respondamos la misma pregunta, pero en términos ya de control de constitucionalidad. Podrá inaplicarse una norma por inconvencional si es posible inaplicarla por inconstitucional. Podrá declararse inconvencional una norma si esta es posible ser declarada inconstitucional en la propia sede de las administraciones. La inaplicabilidad sea por razones de inconvencionalidad o por razones de inconstitucionalidad no nos parece ser un tema complejo, es ello posible en el reparto constitucional argentino de división de poderes. En cambio, la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad parece tener algún grado de mayor complejidad justamente por la exclusiva y excluyente actividad de control que en este punto ejerce el poder judicial en un sistema judicialista¹³ como el argentino. Por principio general le corresponde a este y no a las administraciones la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad, pero ello con algún matiz. En efecto, si se registran por fuera del poder judicial órganos que desarrollan materialmente actividad judicial, son estos entonces quienes también podrán, ejerciendo el debido control de convencionalidad, declarar inconvencional una norma.

5 Algunas Proyecciones Posibles: Debido Proceso Administrativo

El sistema del PSJCR posee una intensa tradición en el tema, con estándares sumamente interesantes.

Tiene dicho que:

“El debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: a) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los

13 Desde el origen mismo de nuestro sistema constitucional este ha sido un principio básico de la división de poderes – art. 109 de la Constitución de la Nación Argentina -. Explica GELLI, María Angélica en su comentario a tal cláusula constitucional: “Por otro lado, la constitucionalidad de la jurisdicción administrativa aun con control judicial suficiente, es decir, con cabal revisión de los hechos y el derecho implicados encuentra en el art. 109 otra expresa limitación” – GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, p. 451, 4ta edición ampliada y actualizada, LL, Bs. As., Argentina, 2008.

justiciables; b) el desarrollo de un juicio justo y c) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa¹⁴.

Para desde allí estructurar que la garantía del debido proceso recogido en su artículo 8vo de la tutela judicial efectiva, no sólo es para procesos judiciales si no también para aquellos otros en los cuales existe la determinación de derechos y obligaciones – materialmente judiciales. Más precisamente a las decisiones de órganos administrativos a los cuales les corresponda la determinación de los derechos de las personas o cuando ejerzan funciones de carácter materialmente jurisdiccional¹⁵. Para agregar que han de respetarse determinadas garantías mínimas las cuales en los procedimientos de orden administrativos coinciden con los del apartado 2do del artículo 8vo del PSJCR¹⁶.

Es importante destacar que la Corte IDH en el caso “Del Tribunal Constitucional – Camba Campos y Otros - Vs. Ecuador”¹⁷ tuvo oportunidad de ratificar su postura en materia de debido proceso en ámbitos administrativos y materialmente judiciales y no tan sólo en el ámbito del poder judicial.

Esto posee innegables proyecciones en el campo del derecho administrativo, más aún en aquellos países en los cuales el tránsito en la sede administrativa es obligatorio¹⁸ y sujeto a determinadas condiciones para luego acceder a la protección de sus derechos ya en el ámbito estrictamente judicial.

Por su actualidad y trascendencia reproducimos integralmente aquello ratificado por la Corte IDH en el caso “Del Tribunal Constitucional”:

14 Corte IDH, Caso Ruano Torres y Otros Vs. El Salvador – sentencia de 5.10.2015 -.

15 Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú – 31.01.2001 -, Caso Barbani Duarte Y Otros vs. Uruguay, sentencia de 13.10.2011, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá – sentencia de 2.02.2.001 - entre otros posibles de ser citados.

16 Caso Vélez Loor vs. Panamá – párrafo 142 – sentencia de 23.11.2010 y Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia – párrafo 132 -, sentencia de 25.11.2013.

17 Corte IDH, 28.08.2013.

18 A propósito, cabe recordar que la garantía de recurrir en sede de las propias administraciones sus decisiones es una herramienta ciudadana que permite ejercer el control social sobre aquellas y no tan sólo promover y proteger los derechos individuales en el asunto administrativo concreto. Es un espacio institucional para prevenir posibles conflictos y resolver controversias entre los derechos ciudadanos y el poder – competencias públicas - generalmente sin patrocinio letrado y sin mayores formalismos.

“La Corte se ha pronunciado sobre las garantías judiciales respecto al proceso de destitución de magistrados de un Tribunal Constitucional en el marco de un juicio político llevado a cabo por el Congreso solo en el caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. La Corte ratifica los siguientes criterios mencionados en dicho caso. 68. El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención. 69. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. 70. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal. 71. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana...”. Para ratificar “...el caso Baena Ricardo Vs. Panamá se estableció que: 125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en

materia penal como en todos estos otros órdenes. 126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.¹²⁷ Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. [...] 129. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso”.

Es en los casos Tribunal Constitucional vs. Perú¹⁹ y Baena²⁰ donde la Corte IDH fuertemente lanzó una interpretación evolutiva del artículo 8vo que alumbró la creación de una nueva garantía: la tutela administrativa efectiva. Las garantías del debido proceso contenidas en el numeral 8vo del PSCJC apartado 1 son aplicables a todo tipo de procesos judiciales y aquellos otros que son materialmente judiciales. Las consecuencias de ellos son diversas, pero una de ellas es la consecuente nulidad de la actuación sancionadora administrativa si computando el plazo ocurrido en sede administrativa se ha violado el estándar razonable del debido proceso, por ejemplo²¹.

Tematizar a la tutela administrativa efectiva implica aceptar la trascendencia de revalorizar el papel del procedimiento administrativo como instrumento de toma de decisiones estatales. En efecto, pareciera en algún punto que la teoría tradicional del procedimiento administrativo se ha desarrollado en torno a los mecanismos de preparación del conflicto judicial, es decir, de los instrumentos de control a posteriori de

19 Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, cit.

20 Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, cit.

21 Sugerimos al respecto consultar en GORDILO, A. (2003). *Procedimiento Administrativo*. Depalma. 1° Edición. Buenos Aires.

lo actuado por la administración. Es por ello que las vías impugnatorias y reclamatorias, el agotamiento de la vía administrativa y, en general, los condicionantes de la habilitación de la instancia judicial han sido los protagonistas en esta materia. Sin embargo, el abordaje de este instituto no debe quedar acotado a posibilitar el control posterior de las decisiones ya adoptadas. Por el contrario, se trata de condicionar a priori el modo en que se toman las resoluciones administrativas, esto es, de fijar mecanismos de prevención de quebrantamientos de los derechos.

Este cambio de enfoque hace que el procedimiento administrativo tenga una relevancia constitucional propia y no meramente accesorio de la llegada al juez, y que por ello sea necesario enfrentarlo al sistema de garantías instituido por los pactos internacionales. No se trata solamente de encontrar la protección de esas garantías en el juez, sino de establecer mecanismos de acción que aseguren la validez convencional de la decisión de modo directo, de indagar en las formas necesarias para sujetar a priori la acción administrativa a las obligaciones estatales internacionales. La administración debe tener un papel propio en esta materia y es a partir de la noción de tutela administrativa efectiva que debemos idear el modo de adopción de la decisión administrativa. Las modalidades aplicables en ese campo adquieren su entidad característica y nos obligan a procurar salidas nuevas desde principios tales como la transparencia, la participación ciudadana, la intervención multilateral en la definición de políticas públicas y — en fin — todas aquellas formas que permitan el mayor grado de aportes antes de decidir.

¿Significa esto debilitar el control judicial? De ningún modo. Se trata en realidad de obtener una actuación oficiosa de la administración en la defensa de los derechos respaldada por una tutela judicial efectiva de aquellos que operará solamente cuando la tutela administrativa haya fallado.

Esa actuación oficiosa debe ser abordada desde dos frentes: a) el cambio conceptual — cultural, si se quiere — de la acción administrativa, esto es, la actuación de todos los agentes desde una perspectiva diferente a la actual respecto de las finalidades propias de esa organización; b) el cambio procedimental para la toma de decisiones. La formación de la decisión administrativa debe rodearse de directivas — tanto interpretativas como normativas — que tiendan a la tutela efectiva, adecuándose las pautas procedimentales y las reglas de gestión.

Por todo lo dicho, la tutela administrativa efectiva debe ser entendida como un principio sustancial del obrar estatal de acuerdo con el cual es deber (jurídicamente exigible) de la administración pública asegurar en todas sus actuaciones la posibilidad real, concreta y sin excepciones de goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en un plazo razonable en el que se garantice el derecho a ser oído en sentido amplio para luego emitir una decisión suficiente y razonablemente fundada.

6 Control Social e Injerencia en las Políticas Públicas

El control implica fiscalización, pero al mismo tiempo también significa injerencia válida y eficaz sobre aquello que se controla²². Estamos frente a un derecho ciudadano pero que también es parte de los deberes asumidos. El derecho a incidir y controlar por parte del ciudadano posee su propia contracara en materia de deberes. Es un deber humano del ciudadano contribuir efectivamente en lograr el bien común según se desprende del mismo texto del PSJC.

Ahora bien, si hablamos de control queremos significar la posibilidad de incidir en la “cosa pública” y para ello es condición previa conocer. El acceso a la información que el ciudadano y/o grupos sociales puedan tener a los expedientes públicos es un tema de primerísimo orden en nuestro moderno constitucionalismo. La informatización, la digitalización y la despapelización de la gestión administrativa se ha convertido en una exigencia de primer orden ya que es presupuesto necesario más no único del acceso a la información en tiempo real y oportuno.

El conocimiento a las actuaciones públicas, los informes, dictámenes y toda otra exteriorización de la voluntad pública en expedientes administrativos es un deber de las autoridades públicas como contracara del derecho a la buena administración que posee el ciudadano. Quizás se por ello que hace tiempo insistamos en que las formas de publicidad del acto administrativo – notificación para los individuales y publicidad para los generales – deben necesariamente incluirse dentro de los requisitos que hacen a su validez. El acto administrativo no notificado o cuya publicación hubiese sido omitida no puede generar efecto alguno desde la validez misma del acto. La distinción efectuada en países como Argentina en que su sistema federal considera a la falta de publicidad del acto

²² Ver la opinión de Ivanega, Miriam en *Control del poder*, LL 2010-B, 1290.

como un vicio que afecta a la eficacia, pero no su validez, es impropia de los modernos tiempos de nuestro constitucionalismo.

Sin acceso real y efectivo a la gestión pública no se puede hablar en términos modernos de una administración constitucional. El ciudadano por estos tiempos se involucra directamente en las políticas públicas, las asume como propias en tanto puede ejercer el control de las mismas e incidir en la planificación y en la corrección de los desvíos de las mismas.

Un diseño del gobierno, un buen diseño en términos constitucionales debe mostrarse abierto y permeable al acceso a la información pero también al impacto del diseño de las políticas públicas a partir del resultado de ese acceso y esa participación.

El control social de la gestión pública es, entonces, un realizador de principios constitucionales mayores como el republicano y el democrático. En este último, la participación del ciudadano, la libertad de prensa y la difusión de las ideas son derechos de máxima protección ya que sin ellos la democracia se debilita sensiblemente²³.

Cabe entonces bajo tales fundamentos preguntarnos ¿Existe un derecho a controlar efectivamente las políticas públicas y sus contenidos de desarrollo económico, social y cultural por parte de la sociedad?

Creemos que sí y es el principio de igualdad y trato no discriminatorio justamente el que nos permite transversalmente fiscalizar cualquier acto de gobierno en términos generales con el fin de corregir las asimetrías existentes. Sostener lo contrario - la imposibilidad de incidir en la elaboración de las políticas públicas de igualdad y no discriminación - importa vedar al ciudadano la posibilidad de verificar los niveles de acatamiento del poder al deber de garantizar y remover cualquier obstáculo estatal en la vigencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Y ello en tanto infracción a las obligaciones marco del PSJCR, permite que el afectado directo y/o quienes representan el interés de un sector vulnerable puedan acudir eficazmente por ante las autoridades públicas en la tutela administrativa y efectiva de sus derechos o el del grupo afectado en términos de desigualdad y políticas discriminatorias. Desde tal conceptualización, se puede hablar de la exigibilidad de

²³ La Corte IDH posee un firme criterio sobre el tema, justamente destacando el valor instrumental que tiene el acceso a la información pública, a los documentos, actuaciones y registros públicos. Y la Corte Federal argentina ha convalidado tales criterios enfatizando la trascendencia institucional del acceso a la información y el libre debate y difusión de las ideas. Remitimos por todos al caso *Editorial Río Negro contra Provincia de Neuquén*, CSJN, 5.09.2007.

determinados mínimos esenciales de los derechos económicos, sociales y culturales de la ciudadanía.

7 Conclusiones

Tal como hemos adelantado el control de convencionalidad ha sido una creación propia de la construcción del principio evolutivo del derecho de los derechos humanos. Este principio, según hemos indicado, le sugiere al intérprete desarrollar una actividad hermenéutica de ampliación de la zona de protección, según así se desprende la lectura armónica de los artículos 1, 2 y 29 de la Convención Americana. Los términos de la convención no se analizan según su formulación histórica textual, si no actual y contextual²⁴.

El control de convencionalidad importa la aparición de una nueva garantía ciudadana, más allá de ser una obligación asumida por los Estados con fundamento en el principio evolutivo. En este sentido nuestro propio sistema constitucional argentino y latinoamericano se caracteriza por iluminar derechos y garantías que en principio no percibimos contenidos expresamente en las constituciones. Los derechos implícitos, la necesidad que todo derecho sea protegido y promovido por una garantía, y la interpretación cruzada de los derechos, son algunos de los anclajes constitucionales y convencionales que han tornado en habitual la presencia de derechos y garantías que no existían en su enunciación expresa. En este sentido el control de convencionalidad interno viene a ratificar esa tradición constitucional y convencional latinoamericana.

Cabe recordar que esta construcción de nuevos derechos ya ha sido utilizada por la Corte IDH, más precisamente en el alumbramiento del derecho a la identidad.

Ha dicho sobre el tema²⁵:

“La Corte ha establecido que el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad es un

24 El control de convencionalidad aparece como instrumental del efecto útil del PSJCR, esto es la incorporación en el sistema interno espontáneamente y de buena fé de todas las medidas necesarias que generen la vigencia del sistema regional de derechos humanos. Es este control de convencionalidad el que permite adoptar criterios adecuados y remover aquellos otros que infraccionan la base mínima que importan los sistemas de derechos humanos.

25 Corte IDH, caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* – sentencia del 9.03/2018 -.

derecho que comprende varios elementos, entre ellos y sin ánimo de exhaustividad, la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Si bien la Convención Americana no se refiere de manera particular al derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, incluye sin embargo otros derechos que lo componen. Al respecto, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos. No obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad. El derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no es su único componente. Este derecho está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social”.

Una construcción similar pero con algunas diferencias también ha hecho al reconocer el derecho al ambiente sano como derecho autónomo para diferenciarlo del contenido ambiental presente en distintos derechos. Y así también diferenciarse con la construcción efectuada en la Europa de los derechos humanos según explica²⁶:

“Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales. De esta manera, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal”.

Para continuar explicando comparativamente:

26 Corte IDH, OC-23/17, 15.11.2017.

“...Diversos organismos de derechos humanos han analizado temas relativos al medio ambiente en relación con diferentes derechos particularmente vulnerables. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha introducido la protección del medio ambiente a través de la garantía de otros derechos, tales como los derechos a la vida, al respeto a la vida privada y familiar y a la propiedad (supra párr. 50). En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que los Estados tienen la obligación de evaluar los riesgos asociados a actividades peligrosas al medio ambiente, como la minería, y de adoptar las medidas adecuadas para proteger el derecho al respeto a la vida privada y familiar y permitir el disfrute de un medio ambiente sano y protegido”.

De regreso al tema del control es bueno remarcar que se genera entre el control de convencionalidad interno y el de constitucionalidad una suerte de simetría sinérgica que los enriquece, cambiando la sustancia cualitativa del enfoque del proceso judicial administrativo y de la propia actividad administrativa.

No es posible aceptar un tipo de control y rechazar el otro; tampoco exigirle a uno determinados requisitos y asignarles efectos diversos a aquellos exigidos y asignados al otro.

El control de convencionalidad y de constitucionalidad se fortalecen y debilitan recíprocamente²⁷. Ambos son conectores que permiten sostener la mirada sistémica en la multiplicidad de subsistemas.

En la simetría y sinergia del control de constitucionalidad y convencionalidad interno puede radicar la riqueza de un diálogo abierto y dinámico entre los tribunales nacionales e internacionales, al tiempo que se realiza plenamente el rol preventivo de las administraciones públicas en materia de derechos humanos. El control de convencionalidad interno tiene la aptitud de transformarse en la herramienta eficaz para conseguir el efecto útil de los tratados de derechos humanos.

Hace ya un tiempo hemos marcado la conveniencia de superar las antinomias internas - internacionales en materia de derechos humanos, aportando miradas desde una convergencia dialógica de los tribunales. Estos conviven dentro de un sistema común e integrado de derechos humanos en el gran espacio constitucional y convencional.

No es correcto generar discusiones en términos de poderes y supremacías. El origen y la razón de ser de las convenciones internacionales

²⁷ Ampliar en BIANCHI, A. *Una reflexión sobre el llamado „control de convencionalidad”*. (2010). La Ley Sup. Const. 2010 (septiembre).

en materia de derechos humanos es otro y no aquella discusión: la protección transnacional en forma complementaria y coadyuvante del orden interno. Y sólo tan sólo si aquellos infraccionan el sistema nace la protección transnacional como garantía de dos órdenes: a) de la víctima afectada por el hecho estatal generador de responsabilidad internacional y b) del propio orden internacional de los derechos humanos para que este se preserve, se consolide y se amplíe con las correcciones de las conductas y omisiones estatales que desconocen las obligaciones internacionales asumidas soberanamente.

La regla es adoptar criterios de decisión y mecanismos de protección que puedan dialogar entre los tribunales internos e internacionales para lograr criterios conformados y adecuados entre sí.

Para ello es necesario que ambas esferas, internacional y nacional, puedan tener criterios abiertos y dinámicos. Abiertos en tanto permeables a nuevas maneras de pensar, aplicar e interpretar al derecho. Dinámicos en tanto las continuas y recíprocas referencias a los sistemas internos e internacionales permiten la circulación de reglas y criterios interpretativos basados en el estándar de la mayor protección y promoción de los derechos fundamentales. Es esta la tarea que ha de llevarse a cabo desde la jurisdicción procesal administrativa y de la propia sede de las administraciones públicas mediante un adecuado despliegue del control de convencionalidad y constitucionalidad.

Por último, agregamos que la garantía transnacional de los derechos humanos en tanto subsidiaria y complementaria del orden interno le agrega, como nos gusta decir, calidad ciudadana a las personas en los modernos Estados que son constitucionales y convencionales de derecho²⁸.

Hemos querido aportar nuestra mirada de la convergencia dialógica dentro de un sistema común e integrado de derechos humanos en el gran espacio constitucional y convencional con las propias proyecciones en el ámbito de las administraciones públicas. Garantía ciudadana y obligación institucional, dos dimensiones de un eje común: una nueva dimensión posible del control de la actividad administrativa.

28 Nos parecen acertadas las expresiones de Jaime Rodríguez Arana-Muñoz al decir "...parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del Derecho Administrativo del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien otro, como también es bien diferente el modelo de Estado actual."; El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea", Jaime Rodríguez Arana, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, Brasil, año 10, n. 40, p. 117-149, abr./jun. 2010.

El nuevo orden integrado por la convivencia en un mismo espacio constitucional de microsistemas y subsistemas coloca a las administraciones en el rol preventivo y activo en la realización de los valores fundamentales que componen los derechos humanos. Las administraciones cuentan con las herramientas legales, constitucionales y convencionales necesarias para lograr desplegar tal rol eficazmente.

En este contexto la categoría de la tutela administrativa efectiva se inserta como un paso más dentro de la búsqueda de la eficacia práctica en los instrumentos estatales de protección de los derechos.

Gestión Pública y Control Interno

Miriam M. Ivanega*

1 Gestión Pública

Referirse a gestión pública es aludir a un ámbito de límites poco precisos, realidad que también se presenta al indagar la noción de control.

El término gestión pública se introdujo en las últimas décadas, como una forma de identificar a la Administración Pública. Nacida en un contexto diferente al derecho público, se sigue debatiendo si se trata de un campo autónomo de estudio o de una suma de investigaciones pasajeras¹.

Así, por ejemplo, uno de los enfoques científicos se encuentra en la “escuela de las políticas públicas”, que a partir de la complejidad creciente del Estado y de la Administración se preocupó por aprehender una realidad compleja, difusa y multifacética.

Más allá de esas políticas, las realidades económica, social, política e incluso los avances tecnológicos a partir de mediados del siglo XX, marcaron la configuración de un aparato gubernamental diferente con una creciente incidencia de la sociedad en los asuntos públicos. Ello generó una serie de estudios sobre la gestión y la gerencia pública, en los cuales el enfoque parte de entender, analizar y describir un sistema de redes de dependencias gubernamentales, su interrelación con el usuario, el manejo de los recursos públicos, la redefinición de sus misiones, etc.²

En definitiva, como anticipamos, los orígenes de la gestión pública tienen contornos indefinidos, pues se trata de un término y de las disciplinas que la estudian, resultaron producto de una evolución institucional, más que de un desarrollo intelectual.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora de la Universidad de Buenos Aires.

1 En ese sentido, ver Cabrero Mendoza Enrique, Estudio Introdutorio en la Gestión Pública su situación actual, Coord.: Barry Bozeman, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp.19/36

2 Ibidem.

De ahí entonces que como campo de estudio se haya considerado que su surgimiento no solo se presenta en el ámbito de las escuelas de políticas públicas, pues la gestión ha sido objeto de examen por las escuelas comerciales. Así, se presentan dos versiones de gestión pública, que en cierta forma se han entendido como rivales³.

La utilización de las denominaciones “gerencia” y “gestión” públicas encuentran base en estos enfoques.

Con “gerencia” se identificó el estudio de las escuelas de negocio, que recuperan los conceptos básicos de la administración de empresas y son menos rigurosas para distinguir las esferas pública y privada. En cambio, la noción de “gestión pública” es utilizada por las escuelas de políticas públicas.

Ahora bien, como estos criterios surgieron en Estados Unidos de América su base pragmática se encuentra en la organización gubernamental de aquel país, aspecto que incidió en el contenido y objetivos de las nuevas disciplinas⁴.

Tales apreciaciones no son menores, si se pretende transpolar tales estudios a las realidades latinoamericana, ámbito en los que los problemas de la gestión pública son ciertamente diferentes de las que transcurren en su país de origen.

En estas latitudes, la gestión pública y todo lo que ella involucra (modalidades, reformas, consecuencias) originariamente fue objeto principal de los programas y proyectos de organismos internacionales. Pero con posterioridad, tal término se masificó formando parte de Constituciones, leyes y reglamentos.

La preocupación por sus implicancias y la necesidad de entender que se pretendía con los nuevos sistemas de gestión, llegó hasta el dictado de documentos internacionales, conteniendo objetivos y propuestas, dos de ellas son la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, adoptada por la XVIII Cumbre Iberoamericana, El Salvador, octubre de 2008 y la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada por el Consejo Directivo, Caracas, octubre de 2013.

3 Bozeman Barry, Introducción: dos conceptos de gestión pública en la Gestión Pública su situación actual, Coord.: Barry Bozeman, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp.37/48. Ver Ivánega Miriam M., El Control Público, Ed. ASTREA-RAP, Buenos Aires, en prensa.

4 Cabrero Mendoza Enrique, op.cit., pp. 29/32.

La primera de las Cartas se inscribe en la propuesta de adecuar el funcionamiento de las Administraciones Públicas, para garantizar que sean instrumentos útiles, efectivos y confiables al servicio de las sociedades.

Allí se vincula la calidad en la gestión pública con dos propósitos fundamentales de un buen gobierno democrático:

1. debe estar referenciada a la satisfacción del ciudadano, ya sea como usuario o beneficiario de servicios y programas públicos, o como legítimo participante en el proceso formulación, ejecución y control de las políticas públicas bajo el principio de corresponsabilidad social;
2. tiene que orientarse para resultados, por lo que debe sujetarse a diversos controles sobre sus acciones, suponiendo entre otras modalidades la responsabilización del ejercicio de la autoridad pública por medio del control social y rendición periódica de cuentas.

La Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del ciudadano en relación a la Administración, incluyó principios y criterios con fundamento en las Cartas anteriores vinculadas a la gestión pública y define a la “buena administración”, como un derecho fundamental y por ende arraigado en la dignidad del hombre.

Respecto a este último instrumento, vale aclarar que la importancia de analizar, mejorar y evaluar la acción de la Administración Pública y los métodos por ella aplicados, no puede llevar a confusión respecto del rol que tienen los otros poderes del Estado. Una simple lectura de los principios y objetivos que caracterizan una gestión pública con calidad, llevan a confirmar que estamos frente a exigencias de todo el Estado.

En efecto, los tres poderes estatales en el marco de sus competencias, deben propender al cumplimiento de los principios que permitan la satisfacción de los derechos del ciudadano, y que hagan posible la participación, la rendición de cuentas, la igualdad, la transparencia, etc.

Si bien la gestión directa está a cargo de la Administración, el marco constitucional y legal que delimitan sus acciones, y el control judicial sobre éstas, conforman un sistema integrado⁵.

En síntesis, referirse a la gestión pública moderna es referirse a los elementos que la componen e influyen, en particular los relativos a la eficiencia, eficacia, la participación ciudadana, la rendición de cuentas, etc.

5 Ivanega Miriam M., op.cit

Por último, cabe aludir a la llamada “gestión por resultados”, modelo que propone la administración de los recursos públicos centrándose en el cumplimiento de las acciones estratégicas definidas en el plan de gobierno, durante un período de tiempo determinado⁶. Implica una administración de las organizaciones públicas, focalizada en la evaluación del cumplimiento de acciones estratégicas definidas en aquel plan. En ese contexto, tal modelo incentiva una fuerte descentralización en la toma de decisiones de gestión, para que la Administración Pública pueda responder a las demandas sociales eficazmente, sin renunciar a la transparencia de la gestión. Este sistema se ha implementado en diversos países, con el principal objetivo de incrementar la eficacia y el impacto de las políticas del sector público aumentando la responsabilización de los funcionarios por los resultados de su gestión.

2 El Control Público

Ya hemos sostenido que el control no puede ser enmarcado en una definición que comprenda todas sus manifestaciones, aunque sí podemos afirmar que hay dos particularidades comunes a todas sus variables: 1) implica acción (no hay control “por omisión”) y 2) será esencial determinar prioritariamente el *parámetro* contra el cual se va a controlar.

En la diversidad que presenta, encontramos controles judiciales, legislativos, administrativos, previos, preventivos, concomitantes, posteriores, interno, externo, de legalidad, de gestión, contable, presupuestario, social, de la opinión pública, etc. Una amplia gama de competencias, procedimientos, controladores, controlados y de “objetos” de control.

A eso se suma el paralelismo con otras figuras como la responsabilidad de los funcionarios públicos, cuyo vínculo no autoriza, a nuestro entender, a identificarlos. Tampoco es equiparable con el concepto de sanción ni con el de rendición de cuentas, realidades separables y que presuponen objetivos diversos.

Pero más allá de las clasificaciones, lo cierto es que el control no puede apartarse del marco del *bien común*, entendido en términos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH), como “un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten

6 Makon Marcos P. El modelo de gestión por resultados el modelo de gestión por resultados en los organismos de la en los organismos de la administración pública nacional, V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, República Dominicana, 2000.

a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos (...) de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de su contenido real (...). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones estrictamente ceñidas a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”⁷.

En esa línea argumental, el control “genera información”; la que cumple un doble cometido: es un insumo fundamental para poder ejercer tal función, y su principal producto o efecto.

Entre otras consecuencias, tal información debe ser puesta a disposición de otros organismos de control, de los controlados y esencialmente de la sociedad.

He aquí el principal justificativo para enfrentar ciertos mitos sobre su ejercicio, que desvirtúan los medios y fines constitucionales.

La confusión entre las especies y modelos que presenta, las ideológicas con las que pretende enmarcarlo, el desconocimiento acerca de los fines que deben perseguir, los temores por las consecuencias que pueden derivarse de él, son algunas de las causas de tales creencias.

Entre las falsas creencias⁸ caben mencionar, por ejemplo, las de:

1. Controlar es sinónimo de persecución e intromisión;
2. El control judicial es el único que garantiza la satisfacción de los derechos fundamentales;
3. El control externo tiene mayor relevancia (en cuanto a sus efectos y trascendencia en el marco del Estado de derecho) que el control interno;
4. El control interno es inútil, padece de un “vicio in natura”: la dependencia entre controlado y controlante;
5. Nadie es perfecto y por ende no se está exento de cometer errores, lo que implica que el control siempre derivará en responsabilidades para los gestores;
6. La independencia del organismo de control externo es plena cuando se encuentra ubicado en el ámbito del Poder Legislativo;

7 Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párrafos 66 y 67.

8 Ampliar en Ivanega Miriam M., El control público, Editorial ASTREA-RAP, en prensa.

7. La progresiva creación de organismos de control en los tres poderes del Estado asegura una mayor eficiencia y eficacia en la gestión;
8. Cada uno de los entes de control interno y externo, en forma coordinada, comparten información (la práctica muestra que no es así);
9. El control previo es la única modalidad efectiva para detectar y corregir las irregularidades en la gestión. El control posterior es inútil y llega tarde.

3 El control interno

3.1 Principales características

En más de una ocasión se escucharon críticas al control interno, basadas principalmente en la dependencia que existe entre el controlado y controlante.

Sin embargo, tal particularidad no configura en sí misma la “mala reputación” que aquel tiene; creemos que se trata de una especie de control trascendental en el funcionamiento de toda organización, por la función preventiva que cumple.

Dado la multiplicidad de modalidades que puede adoptar, lo identificaremos como aquel que se ejerce *desde adentro de la organización controlada*.

Este criterio permite incluir tanto al control que se inserta en la misma gestión como al que practican determinados órganos o entes especializados.

El eje sobre el cual gira, está dado por la idea de que conforma una cultura dentro de la organización, con la pretensión del mejoramiento continuo, previendo los riesgos, obstáculos, y hasta posibles incumplimientos de las normas. Ello, sin perjuicio de las diversas variantes que presenta su ejercicio: previo, concomitante, posterior; mediante técnicas de intervención preventivas, dictámenes, informes, observaciones legales, etc.

De esto se deduce que no todo control interno tiene como objetivo la gestión, aun cuando pueda tener incidencia en ésta; por ejemplo, el que ejerce el servicio jurídico de los organismos, las asesorías especiales o las comisiones evaluadoras de las contrataciones públicas que, en el

marco de un procedimiento administrativo, practican un control interno de legalidad que contribuirá a detectar y prevenir irregularidades administrativas.

En la República Argentina, las Normas Generales de Control Interno para el Sector Público Nacional, aprobadas por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) en el año 2014 (que receptan las directivas del Informe COSO-2013 –que reemplazó al creado en 1992⁹–) caracteriza al control interno como un proceso integrado a los procesos básicos de planificación, ejecución y supervisión, y no a un conjunto de mecanismos burocráticos añadidos a los mismos, efectuado por el consejo de la administración, la dirección y el resto del personal de una entidad, diseñado con el objeto de proporcionar una garantía razonable para el logro de objetivos incluidos en las siguientes categorías:

- Eficacia y eficiencia de las operaciones.
- Confiabilidad de la información financiera.
- Cumplimiento de las leyes, reglamentos y políticas.

Este enfoque desplaza la idea del control interno contable, para ubicarse en un plano integrador, aglutinante de todas las modalidades de control interno.

Configurado como un proceso, presupone:

- Que se trata de un medio para alcanzar un fin y no un fin en sí mismo.
- Es ejercido por las personas que actúan en todos los niveles, no se trata solamente de manuales de organización y procedimientos.
- Sólo puede aportar un grado de seguridad razonable, no la seguridad total, a la conducción.
- Está pensado para facilitar la consecución de objetivos en una o más de las categorías señaladas las que, al mismo tiempo, suelen tener puntos en común.

El logro de sus objetivos se alcanza mediante la conformación de cinco componentes interrelacionados, que serán los mismos para todas las organizaciones (públicas o privadas):

9 La Treadway Commission, National Commission on Fraudulent Financial Reporting creó en 1985, un grupo de trabajo bajo la sigla COSO (COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS). El grupo estaba constituido por representantes de las siguientes organizaciones de American Accounting Association, American Institute of Certified Public Accountants, Financia IExecutive Institute, Institute of Internal Auditors e Institute of Management Accountants.

1. Ambiente de control: son los valores y filosofía de la organización y tiene influencia directa en el personal y su visión respecto al control.
2. Evaluación de riesgos: consiste en la identificación y el análisis de los riesgos relevantes para el logro de los objetivos de la organización; ello tiene utilidad para determinar la forma en que aquellos deben ser gestionados.
3. Actividades de control: son las acciones, políticas, normas y procedimientos que permiten a la dirección manejar y afrontar los riesgos identificados.
4. Información y comunicación: constituyen los medios y sistemas mediante los cuales el personal de la entidad capta e intercambia la información necesaria para desarrollar, gestionar y controlar sus operaciones.
5. Supervisión y monitoreo: es un proceso para verificar el desarrollo y desempeño del sistema de control interno en el transcurso del tiempo. Es decir, evalúa la calidad del control interno en el tiempo.

En cada uno de estos componentes, se consagran principios (diecisiete en total) que constituyen reales guías para su ejercicio, reflejando que puede ser llevado a cabo en forma previa, concomitante y posterior.

En la Argentina, la Ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control regula el control interno del Poder Ejecutivo, sin desconocer las reglas generales que incluye y que son aplicables a todos los poderes del Estado, quienes deben implementar mecanismos y crear órganos para cumplir con tales funciones.

El régimen permite que quien resulte responsable de la toma de decisiones en los organismos públicos, cuente con información veraz, oportuna y confiable sobre la gestión administrativa.

Como síntesis del modelo que aplica, podemos decir que se trata de un sistema en la ley es complejo: hay un control interno que denominamos “en sentido estricto”, uno ejercido por órganos con competencia específica ubicados en cada jurisdicción o entidad (Unidades de Auditoría Interna –UAI) y otro que practica el órgano rector del sistema (SIGEN).

Es decir, por un lado, el responsable de mantener un adecuado sistema de control es la autoridad superior de cada jurisdicción o entidad dependiente del Poder Ejecutivo nacional, debiendo incluir los instrumentos de control previo y posterior incorporados en el plan de organización

y en los reglamentos y manuales de procedimiento de cada organismo y la auditoría interna¹⁰.

A su vez, las UAI creadas en cada jurisdicción y entes del Poder Ejecutivo nacional y dependientes jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo, tienen a su cargo el examen posterior de las actividades financieras y administrativas de éstos, bajo la supervisión y coordinación técnica de la SIGEN.

Ésta en su carácter de órgano rector tiene tres funciones básicas: normativa, de supervisión y coordinación; las ejerce dictando disposiciones de control interno, supervisando la auditoría interna y las estructuras de control interno de los organismos, -sin perjuicio de que puede ejecutar por sí auditorías integrales e integradas- y coordina técnicamente la actuación de las UAI.

El modelo de control que tiene a su cargo es caracterizado como integral e integrado, al abarcar los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión; y porque forma parte de los procedimientos que se establezcan para la toma de decisiones¹¹.

La ley instituye principalmente el mecanismo denominado “auditoría”. Ésta en el ámbito interno es:

“un servicio a toda la organización consistente en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades a que hace referencia esta ley, realizada por los auditores integrantes de las unidades de auditoría interna. Las funciones y actividades de estos auditores internos deben mantenerse desligadas de las operaciones sujetas a su examen”¹².

Reiteramos que se está ante un sistema de control interno compuesto de instrumentos de control previo (no intervención previa) y posterior, que se incorporan en el plan de organización y en los manuales de procedimientos de cada organismo, y a la auditoría interna.

La eliminación de la figura de intervención previa fue puesta de manifiesto en el mensaje del Poder Ejecutivo correspondiente al proyecto de la Ley N° 24.156.

En esa ocasión, se señaló que, “no se compadece con los modernos esquemas de administración financiera en el sector público la práctica

10 Conf. Artículo 101°.

11 Conf. Artículo 103°

12 Conf. Artículo 102°

del “control previo” por instituciones exógenas al propio organismo o repartición pública, como lo era el Tribunal de Cuentas de la Nación, que lo ejercía bajo figuras específicas como la observación legal o el interve-nido conforme, entre otras.

3.2 Apuntes sobre el Control de Gestión

El tema abordado, justifica una referencia al control de gestión -tanto interno como externo- especie que constituye una de las manifestaciones de control más importantes de estas últimas décadas.

Superada la tendencia a efectuar controles formales, esta modalidad permitió a los organismos competentes introducirse en la verificación y análisis de fines y objetivos.

Dado que la gestión pública, como alternativa de Administración Pública, alude a la capacidad de manejar variados problemas, contrarres-tando las diferentes eventualidades, su control comprende la economía, eficiencia y eficacia.

Aplicado al control interno, la modalidad aquí comentada contribuye a la toma de decisiones de quienes dirigen la organización, ya que obtienen información cierta para corregir los desvíos y falencias una vez detectados.

Cabe recordar que control y gestión constituyen funciones esenciales de toda administración:

“...cualquiera sea su grado de complejidad, nuevas técnicas en ges-tión y en control no hacen sino repetir las mismas caras de una sola moneda, la de generar recursos para aplicarlos en forma regular y con la mayor eficacia, introduciendo el control para que así sea...”¹³.

Todo ello implica un análisis permanente para evaluar si se desarrolló una gestión adecuada.

De ahí la importancia del control de gestión que, en un sentido amplio, incluye no solamente las conocidas *3 E* sino *5 E*: economía, eficacia, eficiencia, entorno, equidad¹⁴. En ese sentido, este control necesita que se matice entre lo que hay que hacer y cómo hacerlo, exigiendo objeti-

13 Rodríguez Héctor C. y Vetulle Rubén A., El control público moderno, en Antología Revista OLA-CEFS, México 1997.

14 FauraLimós Daniel, La auditoría pública, Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo, Nro. 12, Gasteiz, 1997.

vos claros, así como un conjunto de sistemas idóneos para desarrollar las acciones.

3.3 El control Interno del Siglo XXI

Ahora bien, más allá de los sistemas normativos y retomando las críticas a la que suele estar sometido esta especie, resultan importante destacar las condiciones que debe reunir esta especie de control para poder cumplir, en tiempo y forma, con los objetivos que lo justifican y esencialmente contribuir a la satisfacción de las necesidades sociales.

3.3.1 Los Dos Primeros se Vinculan con *la Eficiencia y la Eficacia*

Cumplir con el primero implica utilizar los métodos y procedimientos idóneos para lograr su objetivo, evitar los formalismos, para poder aplicar todas las técnicas que le permitan cumplir con sus funciones.

Resulta innegable que los organismos del Estado, incluso los de control, son proclives a la máxima “siempre se hizo así y ello nunca fue objetado”.

Por lo tanto, ser eficiente es también vencer las barreras de la costumbre, y salir del retrato de la inoperancia y del statu quo, exigencia que se interrelaciona directamente con las condiciones de constructivo y educativo.

La eficacia, vinculada con el principio anterior, obliga a que el control debe cumplir con sus propios objetivos. El actual Estado de derecho exige que no solamente se requiera eficacia del controlado: pues este principio debe ser una regla imprescindible para el controlante.

Existe, por lo tanto, un triple enfoque de la eficacia: por un lado, el relacionado con el fin específico de la técnica de control que se realiza, sea éste previo, posterior, de legalidad, de gestión, etcétera. Es decir, cada uno de los controles que se practica ha de ajustarse a sus cometidos. Luego, existe una eficacia que se vincula con la especialidad del órgano o ente y que deberá complementar al anterior.

En ese sentido, será fundamental la competencia asignada y el grado de autonomía para que la ejerza. Este principio también debe medirse en función de los derechos fundamentales del individuo y el compromiso que asumen quienes controlan. Los tres aspectos conforman un bloque

integrado, que permitirá interpretar si el control es útil, en términos de los fines considerados al momento de su creación.

3.3.2 Control *Transparente*

Principio que no se ubica fuera de él como un fin que le es externo, sino que lo informa y le da sentido.

El control público dejó de constituir un ámbito cerrado, reservado a unos pocos sujetos controlados y/o controlantes; se trata de una garantía democrática.

La transparencia no solo involucra la publicidad de los informes, resoluciones, disposiciones, también se expande hacia los efectos de tal control.

En tales términos - y siendo prácticos- una vez aplicados los procedimientos de control interno, detectadas las fallas, los desvíos, las irregularidades, caben transparentar las acciones posteriores que el controlado aplica para corregir aquellas deficiencias. De lo contrario el control interno se convierte en una alegoría.

3.3.3 Control Ético

La segunda condición ineludible es que debe tratarse de un control ético.

Ello implica, exigencias específicas respecto a las conductas de quienes controlan y los requisitos a cumplir por todos los que tienen funciones en tal materia, quienes deberán evitar situaciones de conflictos de intereses y cumplir las normas que obligan a todo agente público (además de las propias de su institución).

Pero también un control ético, es referirse a un control que no se desvía de sus objetivos, ni oculta fines espurios.

Ya no resulta posible analizar la aplicación de principios éticos exclusivamente a la función pública, toda organización exige el cumplimiento de valores que configuran una ética corporativa.

Estos aspectos han sido suficientemente considerados por entidades profesionales vinculadas con el control, de la mayoría de los países y por asociaciones internacionales¹⁵, así como por los Colegios e Instituciones

15 Por ejemplo, por el INTOSAI, que aprobó el Código de Ética-ISSAI 30

profesionales que han dictado Códigos y regímenes especiales que regulan disposiciones de conducta éticas de sus asociados.

Una sistematización interesante de la actuación ética del profesional, es aquella que entiende que –como otras personas- aquél debe orientar su actuación hacia el bien; respetar al prójimo y las reglas jurídicas que debe cumplir. A su vez, en relación con las personas que contrataron sus servicios o los utilizan, debe preocuparse por una prestación cuidadosa, responsable y eficaz y discreción en el manejo de la información que obtiene en sus tareas¹⁶.

Las citadas Normas Generales de Control Interno para el Sector Público Nacional de la SIGEN también prevén un abanico principios, definiciones y guías de actuación en el control interno (Ambiente de Control¹⁷).

Se tratan de reglas aplicadas a la propia organización. El primer aspecto que se prevé, está vinculado con la necesidad de definir y comunicar apropiadamente todos los agentes de la organización, los valores y los códigos de conducta. Se expresa que “las autoridades superiores deben procurar la internalización de los valores, difundirlos y propiciar actividades de capacitación al respecto”.

La importancia de estas consignas radica, a nuestro entender, en el compromiso que deben asumir las autoridades en la implementación de sistemas para informar y concientizar al personal sobre tales valores. Ésta es, en sí misma, una regla de ética pues presupone que el superior debe “dar el ejemplo” de las conductas que exige a los agentes.

Advertimos que tales directivas son independientes de las normas específicas que se aplican a los empleados públicos (en la República Argentina, en el ámbito nacional la Ley 25.188, el Decreto N° 214/2006 -Convenio Colectivo de Trabajo para la Administración Pública Nacional- y el Decreto N° 41/1999 Código de Ética de la Función Pública, etc.) y por supuesto de las Convenciones Interamericana y de las Naciones Unidas contra la corrupción.

En síntesis, el agente público que controla (en el caso internamente) debe cumplir con las exigencias éticas como profesional, funcionario y también con las vinculadas a la actividad específica que desarrolla.

¹⁶ Fowler Newton Enrique, Tratado de auditoría, 4ta. Edición, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 238

¹⁷ Este componente: *se encuentra constituido por el conjunto de procesos, estándares y estructuras que proveen la base para la ejecución del control interno en la organización. El establecimiento de un ambiente de control, coadyuva a estimular e influenciar el desempeño del personal de la organización con respecto al cumplimiento de los objetivos del control interno. Abarca desde el estilo y conductas de las autoridades en la implantación del control interno, hasta la definición de las expectativas organizacionales respecto de los valores y estándares de conducta del personal.*

3.3.4 Independencia y Idoneidad

Otro de los requisitos esenciales es el de la *independencia*, que a nuestro criterio va unido a otra exigencia: la *idoneidad*.

Partimos de entender que las paradojas e incertidumbres que suelen plantearse respecto a la independencia en la relación controlado-controlador, encuentran una principal vía de interpretación en el principio de transparencia.

Sobre todas las modalidades en mayor o menor medida, pesa la duda acerca de la “dependencia”, incluso sobre el control judicial.

Por lo tanto, ninguna de las especies está exenta de cuestionamientos sobre la influencia que se ejerce sobre quienes controlan. Pero, es indiscutible que el control interno es el más afectado por tales incertidumbres.

Es a consecuencia de ello que interpretar y valorar el grado de independencia obliga a remitirse a aquel principio.

Depender implica estar subordinado, sujeto a algo o alguien, aunque la “no dependencia” en términos de control se relaciona con la imparcialidad, la integridad, la objetividad, la neutralidad y por supuesto con la ética.

Sentadas estas bases, uno de los factores que salvaguarda a quien controla de posibles influencias, es su propia capacitación, la idoneidad y la aplicación de criterios científicos y técnicos en sus funciones.

En tal sentido, las Normas Generales de Control Interno ya citadas, prevén que la organización debe disponer de políticas y procedimientos apropiados para la gestión del capital humano, los que:

“deben contemplar la incorporación de personal, el desarrollo de carrera, la evaluación y los mecanismos de motivación para retener personal competente. En todas estas fases del proceso de gestión del capital humano, deben tenerse en consideración los objetivos de la organización. La gestión del capital humano debe contemplar la capacitación del personal, apuntando al desarrollo de las competencias necesarias para los distintos puestos de trabajo, de modo de contribuir con el logro de los objetivos organizacionales. Estas actividades de capacitación deben reforzar, asimismo, los valores y códigos de conducta de la organización...”.

En síntesis, ética, independencia e idoneidad conforman un bloque inescindible que preserva al propio control de ser invadido por factores ajenos a sus objetivos.

En tal sentido y retomando lo expuesto párrafos anteriores, estamos convencidos que *idoneidad sin ética, es sinónimo de corrupción y que ética sin idoneidad es signo de inoperancia y también de corrupción, en la medida que quien ejerce una función sabe que no cuenta con los conocimientos suficientes.*

3.3.5 Construtivo y Educativo

El control interno también debe ser *constructivo y educativo*. Si bien es una condición predicable de todas las manifestaciones del control, en el tipo que aquí abordamos adquiere un perfil particular.

Esta función, debe construir nexos entre el “deber ser” y el “ser”, sin que ello pueda confundirse con la ausencia de independencia.

Se trata de un vínculo técnico-profesional que, sin renunciar a sus objetivos, contribuya a mejorar la gestión. Se trata de colaborar para corregir conductas, y obtener la articulación de instrumentos y procedimientos que ayuden a lograr una actuación pública ajustada al contexto constitucional y legal.

La creencia de que sólo el control del que se derivan castigos es útil, es producto del desconocimiento de la organización, su estructura y funcionamiento.

Comprensivo de la realidad y las circunstancias sociales, económicas, culturales, que rodean al sujeto, al ámbito y al objeto del control. No se trata de “dirigir” el control, ni justificar acciones irregulares u omisiones de las autoridades públicas sustentadas en la idiosincrasia de la comunidad; sino de comprender que las singularidades de la sociedad y de sus miembros deben ser valorados a la hora de determinar las herramientas de control más efectivas.

3.3.6 Oportuno

Es decir que sea ejercido en tiempo razonable, según corresponda a su modalidad. Si bien existen reglamentaciones que fijan plazos para practicar determinados controles (p.ej., el caso de la intervención previa de los tribunales de cuentas), lo cierto es que los efectos de un control oportuno tienen especial importancia en el control posterior.

Las críticas de las que ha sido objeto esta especie se centran en considerar que llega tarde, ya que solamente sirve “para hacer jugar la

responsabilidad de los funcionarios públicos intervinientes, en cambio la clave es que estos organismos tengan un control preventivo, en forma efectiva, es decir, con potestades de carácter paralizante del acto que se va a instrumentar, porque de nada vale tener un control posterior cuando ya el acto se ejecutó y se produjo perjuicio a la comunidad y al interés público”¹⁸.

Por eso, es importante romper con el mito que señalamos anteriormente y considerar que, aun en el control posterior, la oportunidad es una exigencia constitucional; a nuestro entender, los controles inoportunos son ineficientes y se convierten en meros formalismos. Se trata, en definitiva, de exigir el principio del tiempo razonable en los procedimientos de control, en aras de cumplir con las competencias y lograr los objetivos ínsitos en esa función.

Es fácil comprobar que todas las manifestaciones del control público deben cumplir con estas consignas, incluyendo el Poder Legislativo y el Judicial, pues en realidad estamos en presencia de reglas que interactúan y conforman un marco que constitucionaliza la función.

Como cierre de una cadena de elementos que van conformando un complejo universo, los límites que el control impone al ejercicio de la autoridad pública derivan de los derechos fundamentales.

4 Conclusiones

Una parte significativa de las falencias en la gestión -que se traducen en el cumplimiento deficiente de las competencias, con el consecuente perjuicio para la sociedad- se origina en la inexistencia o irregular implementación del control interno.

Variadas deficiencias en el funcionamiento de los organismos públicos, demoras en las tramitaciones, irregularidades en los procedimientos administrativos, insatisfacción de demandas sociales, podrían evitarse o por lo menos prevenirse, si el control interno actuara como retroalimentador de las políticas públicas.

En tal sentido, las consecuencias de esta realidad devienen en obstáculos para la satisfacción de los derechos del individuo.

¹⁸ Sesin, Control previo. Naturaleza y alcance. Vinculación con las funciones jurisdiccionales, “Revista El Control Público”, n° 98, ene.-jun. 2002, p. 31 a 34.

La gestión pública, es mucho más que un objeto de estudio, es la acción misma del Estado en la que deben hacerse presente desde la participación ciudadana hasta la garantía del debido proceso.

Sus variados instrumentos forman un engranaje que debe ser evaluado internamente, para evitar su paralización.

Bajo estos argumentos, uno de los elementos a considerar es el presupuesto, pues en él se cristaliza la relación política-administración. Se trata de una herramienta de gestión, y de control, que traduce el cumplimiento de los objetivos económicos y sociales de un país.

Con esa perspectiva, el tema recurrente que convoca a políticos y técnicos es el referente al gasto público, referencia obligada a la hora de establecer los parámetros de equilibrio entre el deber de satisfacer los derechos y la afectación de recursos públicos, aspecto que siempre implicará una elección y en el que se evalúan restricciones presupuestarias y necesidades a cubrir¹⁹.

¿En este punto es importante recordar a Peter Häberle y su pregunta acerca de si los derechos fundamentales deben darse "...sólo en la medida de la capacidad de prestaciones económicas del Estado, o el Estado debe ser prestacional en la medida en que reseñan sus derechos fundamentales?"²⁰

Como hemos sostenido, desde esta óptica es necesario superar el *Estado de derecho presupuestario*, en el cual los derechos se supeditan a que: "el gasto que demandan se encuentre presupuestado".

Los procesos de formulación y ejecución presupuestaria resultan esenciales en términos del gasto público, por ser un claro indicador de la actividad desplegada por el Estado para cumplir con sus fines y satisfacer los imperativos constitucionales.

La gestión que se despliegue durante la ejecución presupuestaria, será determinante para verificar el cumplimiento de los mandatos constitucionales.

De esta forma, la atención por parte del Estado de las necesidades públicas mediante el gasto, presupone dos valoraciones previas: a) la

19 Conforme al artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

20 Häberle Peter Los derechos fundamentales en el Estado de Bienestar, en Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta, Edit.Tecnos, Madrid, 2002, p. 212.

selección de esas necesidades, aspecto variable y ligado a la concepción sobre el rol del Estado; b) la comparación entre la intensidad y urgencia de esas necesidades y la posibilidad material de satisfacerlas.

Por ello, coincidimos con el criterio que sentara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la República Argentina en el año 2011²¹, al alejarse -sin perjuicio de la valiosa interpretación de los derechos fundamentales involucrados en el caso- de los estereotipos que consideran al presupuesto en términos parciales, pues lo ubica como un verdadero instrumento de gestión en el contexto del Estado de Derecho actual.

Como bien expresó, ello no implica que la autoridad estatal:

“tenga obligaciones más allá de sus reales capacidades económicas, ni tampoco que las limitaciones de recursos no deban ser tenidas en cuenta al momento de determinar el alcance de sus deberes, pero sí implica que aquél debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no el afectado que ve sus derechos insatisfechos”²².

Estos argumentos son también los que deben predicarse del control interno, el que no puede ser relegado a un segundo plano; por el contrario, su ejercicio deba encontrarse a la altura de las circunstancias: el gestor público ha de mirar el verdadero horizonte al cual deben dirigirse sus acciones.

21 CSJN Fallos 335:452

22 Considerando 14.

El Ombudsman en Uruguay: la Necesaria Canalización del Descontento

Miguel Pezzutti*

1 El Control

1.1 Desafíos Terminológicos

Sayagués Laso remarcó la escasez de bibliografía sobre el control de la Administración hacia mediados del siglo XX¹, por lo que estamos frente a un instituto de sistematización relativamente reciente.

Antes de referir al control administrativo, debemos formular una pregunta previa: ¿de qué hablamos cuando hablamos de control?

Cajarville - hace cuarenta años - apuntó las dificultades la búsqueda de una respuesta en este campo, a un fenómeno general que afecta a todo el Derecho Administrativo², y que resulta particularmente complejo en la delimitación del objeto de análisis. Es frecuente que por imprecisión o por falta de un discurso unánimemente aceptado, acabemos empleando ciertos vocablos en distintos sentidos, es decir, aplicándolos a distintos fenómenos o, al menos, fenómenos que no son idénticos.

El derecho positivo no contribuye, ciertamente, al desarrollo de categorías estables pese a lo cual algunas de ellas son paradigmáticas.

Piénsese, por ejemplo, en dos conceptos que el Derecho Administrativo utiliza cotidianamente: *Estado y servicio público*.

* Profesor Adjunto de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de Derecho Administrativo Económico, Organización Administrativa y Responsabilidad del Estado en la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo.

1 SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 8ª Ed, 2010, p. 404, nota al pie número (1)

2 CAJARVILLE, Juan P. *Exposición sobre "El contralor administrativo de la Administración"* en Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Publicación de la Facultad de Derecho de la UDELAR, 1982, p. 210.

La Constitución uruguaya refiere a Estado en tres sentidos distintos, y ninguno de ellos precisado de manera definitiva en el texto, por lo que se ha dicho que existen tres posibles conceptos de *Estado* en la Constitución uruguaya (como organización política de la sociedad, como conjunto de entidades organizadas que responden a la categoría de estatales, y como la persona jurídica de derecho público llamada “mayor”)³. Por lo que refiere al “*servicio público*” habla al menos en dos sentidos, lo que ha obligado a la doctrina a hablar de servicios públicos (en sentido amplio y en sentido estricto).

Incluso tenemos un artículo en la Constitución que refiere dos veces a la “*competencia privativa*” pero en una no quiere decir lo mismo que en la otra.⁴

De este modo, el vocablo control no escapa esa suerte de laberinto ensortijado que condiciona la metodología en el Derecho Administrativo.

Como bien señala Vazquez⁵, la Constitución uruguaya habla de control y contralor⁶. Control es empleado sólo en una ocasión, para referir al cuidado sobre los recursos hídricos -art 47-. Luego utiliza la expresión contralor, expresión que para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española tiene un alcance orgánico y refiere al *encargado de examinar la legalidad y corrección de los gastos públicos*.

Ese concepto empleado en siete artículos y uno más dentro de las disposiciones transitorias y especiales bien puede ser asimilado al de control⁷, puesto que no es empleado por la Constitución como referencia orgánica sino como actividad, aunque incluye tanto a la desarrollada por el Estado respecto de sí mismo como de particulares, y también, relativa ciertas actividades o sectores en concreto (como la hacienda y el presupuesto).

Arangón afirmó en su hora que:

3 CAJARVILLE, Juan P. “*Sobre las personas públicas no estatales. A propósito de la Ley 16736*”. En *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo I, 3ª Ed. p. 827 y sts.

4 El art. 160 de la Constitución refiere a la competencia del Consejo de Ministros como modalidad de actuación del Poder Ejecutivo, y su relación con el “acuerdo”, segunda forma de actuación de dicho Poder. En uno de ellos es empleado para referir a lo que la doctrina llama competencia “exclusiva” y en el otro, para referir a lo que en sentido estricto se denomina “privativa”.

5 VAZQUEZ, Cristina. “*La actividad de Control*”, en *Transformaciones actuales del Derecho Administrativo*, Delpiazco, C. (c), Instituto de Derecho Administrativo, Fder, UDELAR. FCU, 2010. P. 284

6 La Constitución de 1830 al igual que la de 1917 no recogieron estos vocablos. Recién en 1934 se incorpora el giro “contralor” para referir a las facultades del Poder Ejecutivo, el Tribunal de Cuentas y las Juntas Departamentales respecto de determinadas administraciones.

a7 De hecho SAYAGUÉS LASO titula el capítulo destinado al tema en su Tratado bajo la expresión “El contralor de la Administración”. Ello corrobora que en doctrina son asumidos como verdaderos sinónimos.

“en los ordenamientos suele encontrarse el término “control” referido, como reconoce Galeotti, a fenómenos muy diversos (control parlamentario, judicial, administrativo, etcétera); la propia Constitución española, por ejemplo, emplea las expresiones “control parlamentario” (de la acción del gobierno, de la suspensión individual de derechos, de los medios de comunicación social dependientes del Estado, de determinadas normas legislativas de las Comunidades Autónomas), “control de la actividad de las Comunidades Autónomas” (por el gobierno, por el Tribunal Constitucional, por la jurisdicción contencioso-administrativa, por el Tribunal de Cuentas), “control por los tribunales” (de la potestad reglamentaria y de la actividad de la administración), “control judicial” (de la validez de las actas y credenciales de los miembros del Congreso y del Senado), “control” (distinto del judicial) sobre la legislación delegada, “control del Estado” (sobre el ejercicio de las facultades a que se refiere el artículo 150.2), “control... de... los centros” (docentes sostenidos por la administración con fondos públicos). Sin perjuicio de que ciertas actividades de control no estén así enunciadas literalmente (por ejemplo, el control de constitucionalidad de las leyes) parece, pues, que la multiplicidad de significados es patente en nuestro propio texto constitucional y que se ampliaría, sin duda, si el examen se extiende a lo que disponen las leyes y los reglamentos.”⁸

La partida ineludible en el tema nos lleva al antecedente etimológico; él conduce a la idea de comparación, contrastación de algo con otra cosa con la que debe coincidir.

El origen se remonta a la expresión “*contrôle*” del francés⁹, el que a su vez resulta ser derivación de la expresión “*contra rolle*”, originada en el latín “*contra rotulum*”, expresión con la que se significaba el respaldo documental que se labraba junto con otro para contrastar luego la autenticidad de este último¹⁰.

8 ARAGÓN, Manuel. “*Constitución, Democracia y Control*”, UNAM, 2002, p. 120

9 Diccionario RAE online, <https://dle.rae.es/?id=AeYZ09V>

10 ARAGÓN, Manuel. “Constitución...” op. cit. Los alcances en los distintos idiomas también es resaltada por el autor, quien expresa que “*La palabra “control” proviene del término latino-fiscal medieval contra rotulum, y de ahí pasó al francés contre-rôle (contrôle), que significa, literalmente, “contra-libro”, es decir, “libro-registro”, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros. El término se generalizó, poco a poco, hasta ampliar su significado al de “fiscalizar”, “someter”, “dominar”, etcétera. Aunque suele decirse que en el idioma inglés “control” se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a “comprobación”, lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés significa “mando”, “gobierno”, “dirección”, pero también “freno” y “comprobación”; en francés, “registro”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “dominio” y “revisión”; en alemán (kontrolle), “comprobación”, “registro”, “vigilancia”, pero también “intervención”, “dominio” y “revisión”; en italiano (controllo), “revisión”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “freno” y “mando”*” En el mismo sentido, DELPIAZZO, Derecho Administrativo General, Volumen 2, 2ª Ed, p. p. 291.

Delpiazzo¹¹ y Sayagués¹² han reflejado la relevancia de esta idea conceptual, para ubicar al fenómeno del control *en la operación lógica* mediante la cual se compara un determinado acto o comportamiento con un modelo o estándar.

En este sentido, el control es una operación silogística simple: una premisa mayor constituida por el estándar de conducta esperable, una premisa menor derivada del comportamiento concreto constatado, y una conclusión que resulta ser el análisis de adecuación o inadecuación del último al primero.¹³

Pero esta base conceptual resulta insuficiente para delimitar cabalmente el fenómeno jurídico y sus consecuencias.

Cajarville¹⁴, como anticipamos, visualizó las dificultades que entraña encontrar una definición única, y señaló al menos tres esferas de lo que llamamos control.

Una, la más amplia, que refiere a *“toda forma de limitación, contención o encauzamiento del poder”*. Ella incluye aspectos tan variados como la forma o la estructura de los órganos, el procedimiento y sus ritualidades, y en general, el reclamo de racionalización del poder.

Otra, intermedia, refiere a una actividad distinta del controlado, por lo que no refiere ya a la organización como mecanismo de control, y luego, la ajenidad como atributo del fenómeno respecto del autor del acto o conducta controlada, por lo que quedan fuera el llamado autocontrol, así como las reglas de procedimiento para el dictado o producción del acto o conducta controlada.

Finalmente, una tercera manifestación esta vez estricta, estaría dado por el interés tutelado por estos mecanismos. De esta suerte, para Cajarville, *“técnicamente para el Derecho Administrativo, tal vez sea preferible”* referir al control como aquél *“objetivo, entendiendo por objetivo el que tutela el interés general. Con esto quedaría excluido del concepto de control, todo lo que fuera amparo del derecho o del interés de los administrados.”*¹⁵

11 En varios de sus trabajos subrayó este componente. Así: “Tribunal de Cuentas”, Amalio Fernandez, 1982, p. 18; Derecho Administrativo... cit, p. 292.

12 SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado... cit. p. 405, nota al pie n° 3.

13 Gráficamente: premisa mayor “A debe hacer B”; premisa menor “A hizo C”, conclusión “ A no hizo B”. A partir del control se desplaza el eje a la consecuencia jurídica, que en puridad, no es el control mismo.

14 CAJARVILLE Juan P., *Exposición* Cit. p. 209

15 CAJARVILLE, Juan P. “*Exposición...*” op. cit, p. 210. Vale aclarar que CAJARVILLE reconoce implícitamente que estos conceptos, aún siendo unos preferibles sobre otros, dependen del objeto de análisis, y por eso, pueden ser empleados dependiendo de aquello a lo que se pretenda avocar el

Vazquez¹⁶ por su parte, sostuvo que es preferible partir de una definición amplia, en sentido lato, desde la identificación de un “*sistema de frenos y contrapesos*”, excluyendo formas de control social no orgánica, o desarrollada sobre la actividad de los particulares.

A mi juicio existe al menos un núcleo conceptual, que es común a cualquier control en el derecho público. Él es, en un sentido amplio comprende dos aspectos centrales:

una actividad de contrastación entre un estándar normativo abstracto y un supuesto concreto de acción u omisión en orden a relevar su regularidad o adecuación, que

es instituida para encausar el ejercicio del poder garantizando la efectividad de su empleo.

A su vez, esa actividad viene acompañada de medios, que no son otra cosa que los poderes jurídicos o las reglas de organización ordenadas a la efectividad del control.

Como reconocía Sayagues¹⁷, el control implica la atribución de poderes de fiscalización o revisión necesarios para constatar los hechos a controlar, lo que determina un ámbito de intensa aplicación de la teoría de los poderes implícitos. Ellos son supuestos materiales para el ejercicio del control, pero no deben confundirse con el control en sí mismo, pese a que la terminología corriente suele asociarlos.

A los efectos de este análisis, sin embargo, emplearé un concepto estricto de control, para referir al llamado “*control de la Administración*”.

Él consiste en la operación lógica de contrastación que efectúa un órgano competente para ello entre,

la actuación desarrollada o a desarrollar ejerciendo función administrativa de otro sujeto estatal (incluso de derecho privado) o no estatal de derecho público o sus funcionarios, con respecto a una regla de actuación debida, incluyendo las de la buena administración y el mérito.

Quedan fuera del concepto el control de las funciones jurisdiccionales y las legislativas, pero también el autocontrol o aquél que ejerce la administración respecto de los particulares.

El que no incluyamos esas últimas dos manifestaciones dentro del análisis de la teoría del control de la Administración no implica restarles

analista. Ello parece surgir de la aclaración que efectúa al decir “si bien pienso que tal vez ese sea el concepto técnicamente preferible, a los efectos de ésta, mi exposición, voy a adoptar el concepto intermedio de control”.

16 VAZQUEZ, Cristina. “*La actividad de control...*” Cit. p. 285

17 SAYAGUÉS LASO, E. *Tratado...* cit, p. 409.

importancia ni sostener que se trata de temas meramente técnicos o metajurídicos.

En efecto, con respecto al autocontrol, entendiendo por tal el juicio de adecuación que el propio emisor del acto o gestor de la actividad administrativa desarrolla¹⁸, no podemos negar que se trata de una porción esencial de lo que llamamos buena administración. Es el trabajo bien hecho, el desarrollo diligente, ponderado, no arbitrario o irracional de la actividad administrativa en la gestión del bien común. Por ese motivo, la falta de autocontrol puede y debe involucrar efectos jurídicos, especialmente en la faz disciplinaria.

Esta apreciación, aunque cercana a la ciencia de la Administración, no es irrelevante para el Derecho. Y si ello es fundamental en los órganos unipersonales o a nivel del funcionario decisor, no resulta menos relevante en el caso de los órganos pluripersonales donde el autocontrol se verifica en la propia discusión que precede la formación de la voluntad orgánica. El autocontrol por parte del emisor del acto de los presupuestos que aquél requiere para ser legítimo constituye un deber básico de todo funcionario y como bien dice Rodríguez Arana, el trabajo bien hecho no es más que una manifestación del deber de diligencia¹⁹, cuya apreciación tiene perfiles jurídicos y éticos irrenunciables para el Derecho Administrativo

Sin embargo, dado que este fenómeno queda comprendido dentro del ámbito disciplinario, prefiero considerarlo fuera de la teoría del control de la Administración.

Tampoco el control de la actividad privada. Él está vinculado con la actividad de policía, e involucra cuestiones de naturaleza sustantivamente diversas a las que caracterizan el control de la Administración.

Tomo, pues, como centrales la idea de Cajarville, en cuanto a que el control administrativo básicamente es el *heterocontrol*. Y las reflexiones de Vazquez, en un sentido amplio que es el que se desarrolla sobre una estructura organizada de ejercicio del poder.

Así, es posible comenzar a superar las discrepancias terminológicas, que como veremos se derivan del énfasis en los presupuestos o elementos del control en cada caso.

18 Obviamente, en la conceptualización que propongo, el control que se efectúa dentro del sistema orgánico que integra el controlado no es autocontrol, sino control *heterocontrol*.

19 RODRIGUEZ ARANA, Jaime. "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", en MISIÓN JURÍDICA Revista de Derecho y Ciencias Sociales Bogotá, D.C. (Colombia) Núm. 6, Año 2013 enero-diciembre, pp. 23-56.

Para ello es básico admitir, como señala Aragon²⁰, que

“bajo las diversas formas (parlamentaria, judicial, social, etcétera) del control del poder y bajo las diversas facetas (freno, vigilancia, revisión, inspección, etcétera) que tal control puede revestir, late una idea común: hacer efectivo el principio de la limitación del poder. Todos los medios de control en el Estado constitucional están orientados en un solo sentido, y todos responden, objetivamente, a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos. Ese es, justamente, el sentido que, en general, atribuye Ely al control, como manifestación de la capacidad de fiscalización de los gobernantes por los gobernados a fin de garantizar que gobiernen la mayoría y se evite, al mismo tiempo, la tiranía de esa mayoría. En resumidas cuentas, lo que se garantiza así, en último extremo, es la vigencia de la soberanía nacional (al impedirse el absolutismo del poder) porque, como decía muy bien Muñoz Torrero en nuestras Cortes de Cádiz: “El derecho a traer a examen las acciones del gobierno es un derecho imprescindible que ninguna nación puede ceder sin dejar de ser nación”

Esta última reflexión nos lleva a reivindicar un último aspecto del control, que no es formal sino axiológico: no existe Estado de Derecho sin control que garantice la efectividad de los derechos de las personas y de los deberes de los Gobernantes.

Rodriguez Rodriguez²¹, en expresiones a las que adhiero, sostiene una afirmación que bien podía haber comenzado este capítulo, pero prefiero señalar como conclusión:

“uno de los aspectos más importantes del derecho administrativo tradicional, íntimamente ligado a la vigencia del Estado de derecho y al respeto de los derechos de las personas, se refiere a la constitución de los mecanismos adecuados de control a las actuaciones de la administración pública”.

1.2 Tipología

La idea del control es tal amplitud que poco auxilia en la definición de un régimen jurídico común.

Por ello, cuando haya de referirse concretamente a un control y a fin de resolver las cuestiones de armonía de régimen, será necesario reconocer que existen clases de control, categorías que dependen de

20 ARAGON, Manuel. “Constitución...”, cit. p. 122.

21 RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. “Derecho Administrativo, general y colombiano”, Tomo I, Temis, 20^a Ed, p. 533

los presupuestos normativos que atribuyen o reconocen la existencia de un poder(deber) de control. Estas categorías no son excluyentes, puesto que responden a criterios de clasificación distintos, ya sea por la función estatal desplegada para el control, el órgano controlante, la naturaleza del objeto controlado, el momento o etapa en que se verifica o los aspectos del acto o gestión controlados, y pueden caracterizar acumulativamente cada caso concreto.

Desde la perspectiva de la función estatal desplegada hablamos de control administrativo, legislativo o jurisdiccional.

En Uruguay existe un amplio consenso en que las funciones estatales se manifiestan principalmente en un eje mixto de carácter orgánico-formal, por lo que la identificación de la función estatal ejercida referirá al órgano actuante y al procedimiento seguido para el dictado del acto.

El control jurisdiccional consistirá en la operación de contrastación realizada por órganos jurisdiccionales (del poder judicial o del Tribunal de lo Contencioso Administrativo) mediante las formas de proceso dispuestas constitucional o legalmente. El control administrativo responde a una categorización residual.

El llamado control legislativo presenta algunas dificultades de caracterización, ya que usualmente es asociado al control que ejerce el Poder Legislativo sobre los actos o la gestión del Poder Ejecutivo bajo la denominación de *Parlamentario*. Sin embargo, en la medida en que se reconozca cierta relevancia a los criterios formales, o incluso los materiales, para identificar la función legislativa, el “*control del Legislativo*” sería distinto del “*control Legislativo*”. Este último sería el que se ejerce mediante el dictado de actos generales, aprobados mediante el procedimiento para la aprobación de los actos legislativos y en base a los procedimientos previstos en la Constitución. Esta visión reduce claramente el ámbito de lo que llamaríamos control legislativo, y se acotaría a la participación procedimental en la vigencia de ciertas normas de carácter general. Por otro lado, determina que el control *Parlamentario* o *del Legislativo* sea, en cuanto a la función estatal ejercida, control legislativo en ciertos casos y control administrativo en otros.²²

Por último, el control administrativo sería aquel que no participa de los atributos constitucionales para caracterizar la función ejercida como

22 DELPIAZZO, Carlos. *Derecho administrativo General*, 2ª. Ed., Volumen 2, 2017, p.294. Distingue la clasificación del control según “la naturaleza del órgano de control” y de acuerdo “al acto del control”, con lo que esta precisión terminológica se alinea con las enseñanzas

jurisdiccional o legislativa. En consecuencia, se tratará de todo control, realizado por cualquier órgano del Estado que no se sigue por los procedimientos previstos constitucionalmente para la función legislativa ni jurisdiccional.

Se distingue también el control objetivo y el subjetivo.

En el primero, el interés protegido es básicamente el de la regla de derecho. Al decir de Cajarville, es aquel que “*tutela el interés general*”²³ o según Giorgi “*se instituye en consideración al derecho objetivo y en vista de asegurar exclusivamente la vigencia de éste*”²⁴. El control subjetivo, por oposición, sería aquel que se basa en la protección o tutela de una situación jurídica subjetiva, es decir, “*la defensa de los derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares*”²⁵.

Ello no debe confundirse con otro criterio de distinción, relativo a lo que Rotondo²⁶ llama “*Origen*”, y merced al cual puede hablarse de distintos tipos de control dependiendo de si se inicia “*de oficio; a instancia de parte; denuncia de tercero; por exigencia normativa, la cual puede, incluso, llevar a la impulsión por parte del órgano controlado (si precisa una autorización para cumplir con una actividad o dictar cierto acto)*”. Este criterio no siempre coincide con la atribución de carácter objetivo o subjetivo al control, aun cuando en los subjetivos se verifique por su propia naturaleza generalmente a impulso del interesado.

En Uruguay a diferencia del administrativo, el control jurisdiccional de la Administración es esencialmente subjetivo y dotado de unas restricciones especiales para las situaciones jurídicas subjetivas pretensores de tutela.

Pese a ello, el art. 311 de la Constitución habilita la extensión de los efectos del fallo fuera de las partes en el contencioso anulatorio, por lo que se incorporan verdaderas notas que permiten avizorar aspectos objetivos en el control.

La cuestión del interés general como objeto de tutela para definir el carácter objetivo o subjetivo presenta algunas aristas complejas. En primer lugar, porque no hay control público que no atienda al interés general, incluso cuando él satisface un derecho subjetivo o un interés legítimo. Ello porque no hay interés general en el sacrificio indebido de

23 CAJARVILLE, Juan P. “*Exposición...*” Cit, p. 210

24 GIORGI, Hector. “*El contencioso administrativo de anulación*” en “*Obras y dictámenes. Recopilación*”. La Ley Uruguay, 2010, p. 706

25 GIORGI, Hector. “*El contencioso ...*” cit, p. 706

26 ROTONDO, Felipe. Manual de Derecho Administrativo, 10ª Ed, 2017, p. 436

un derecho, ni legitimidad del interés si no resulta conforme al interés general. Por ende, siempre el control satisface (o debe satisfacer) el interés general.

Luego, el punto puede plantearse en términos de mediatez o inmediatez de la satisfacción (aspecto ya expuesto por la doctrina italiana para diferenciar derechos subjetivos e intereses legítimos mediante la distinción de reglas de relación o de acción), o mejor aún, en términos de presupuesto del control como competencia del órgano jurisdiccional. Visto desde esta perspectiva, la existencia del interés o derecho es simplemente un presupuesto del ejercicio de la competencia (materia y poderes jurídicos) pero no su finalidad. Así, la situación jurídica subjetiva habilita el control, que luego se vuelve independiente de la pretensión o sus fundamentos (regidos por el principio dispositivo) para ser ejercido de manera completa en orden a la protección “del interés de la regla de derecho”. Esto permite, como ha hecho el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Uruguay, apartarse de los argumentos o la “lesión” alegada por el pretensor, y detectar de oficio irregularidades que determinen la anulación de un acto²⁷.

También debe distinguirse el control de legalidad y el de mérito.

El control jurisdiccional, en Uruguay, siempre es un control de legalidad y los jueces tienen vedado el análisis de oportunidad o conveniencia de las decisiones administrativas. En cambio, el control administrativo es de legalidad o de mérito dependiendo del tipo de control. Mientras que el jerárquico habilita el análisis del mérito, queda limitado a la gestión en el caso de la descentralización.

También se distingue el control en base a la relación organizativa que existe entre el controlado y el controlante.

Con este criterio el control puede ser jerárquico, descentralizado (tutelar o autonómico) o independiente. El jerárquico es el que se verifica con diversos alcances en las estructuras centralizadas, en el marco de la desconcentración, la delegación de atribuciones o la autonomía técnica²⁸. El tutelar es aquel que refiere a las facultades del Poder Ejecutivo

27 La última en este sentido es la Sentencia 213 de 2018. Sostuvo el Tribunal: *Si bien, inicialmente, debe admitirse que en el proceso contencioso anulatorio rige el principio dispositivo o de libre disposición (ex art. 38 del Decreto-Ley 15.524), éste inevitablemente debe ceder, habilitando relevamiento de cuestiones ex-officio por no haber sido planteadas, en supuestos de reproducción de vicios graves que afecten valores que determinan la esencia del Estado de Derecho o que marcan la esencia del sistema jurídico, provocando la invalidez absoluta de los actos administrativos que se cuestionan*

28 En Uruguay, el control jerárquico incluye la avocación sólo en determinadas manifestaciones de la desconcentración (no privativa). Sin embargo, siempre incluye el análisis del mérito y la legalidad.

en el control de los actos o la gestión de los servicios descentralizados, el autonómico el que refiere al control del Poder Ejecutivo respecto de los actos y la gestión de los entes autónomos, y el independiente es el que se efectúa entre estructuras de sistemas orgánicos que no responden a estructuras centralizadas o descentralizadas, sino que reposan en relaciones institucionales entre los Poderes o estructuras asimiladas a tales, como el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los cuales pese a no considerarse Poderes del Estado, tienen una posición institucional similar en cuanto a las relaciones con otros sistemas orgánicos.

Puede hablarse de control interno y externo, refiriendo a la ubicación institucional del organismo de control.

En general puede resumirse en la distinción del órgano controlante dentro o fuera de la Administración controlada²⁹. Para algunos autores, este alcance refiere al que se desarrolla dentro o fuera de la persona pública³⁰. Para otros, en cambio, control interno es el que se efectúa por órganos del Poder Ejecutivo dentro de sus reparticiones, y externo el que es realizado por órganos fuera de ese Poder.³¹

Más recientemente puede hablarse de un control nacional y de un control transnacional.

El fenómeno de la internacionalización determina también efectos sobre el control de la actuación administrativa. A ello se agrega la aparición de un ámbito de interacción definido por la intervención de sujetos nuevos, que se caracterizan por una incidencia global y unos medios de acción no tradicionales (*soft law, guidelines, etc.*) que condicionan la acción de los Estados incluso respecto de los individuos.

Ese Derecho Administrativo Global, sin embargo, no puede surgir como recodo de burocracias cuya legitimidad democrática estira los moldes tradicionales, olvidando a veces la centralidad de la persona humana. Como Meilan Gil dijo acertadamente:

29 DELPIAZZO, Carlos. Tribunal de Cuentas. Ed. Amalio Fernandez, 1982. P. 20. El concepto de "Administración" debe entenderse en un sentido orgánico. A mi juicio, se trata de un sistema orgánico centralizado. El control en la descentralización puede despertar dificultades de denominación. Mientras que es externa al órgano, e incluso al sistema centralizado que integra con su jerarca si lo tuviere, se agrega el hecho de que existe un sistema descentralizado. En cambio, en la visión de MENDEZ, el control es interno al sistema, tanto centralizado como descentralizado, por lo que existe "acción externa" atribuida a los órganos que desarrollan la llamada administración activa, y los órganos de control en cambio, desarrollan "acción interna" -Teoría del órgano, Ed. Definitiva, 1971, p. 205, en especial, nota al pie 420)

30 SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado...* cit, TII, p. 408

31 BANDEIRA DE MELLO, Celso A. *Curso de Direito Administrativo*, 18 Ed. Malheiros, p. 861

“La referencia a la Humanidad y no a los Estados es lo que daría pie para hablar de un Derecho global, como auténtico “ius comune totius orbis”, en otras palabras una «reformulación del Derecho». Este exige poner el acento en la persona, más que en los Estados. Un Derecho referido a la «comunidad global» compuesta por personas en sí mismo consideradas e integradas en organizaciones varias, incluidas las de carácter supranacional o si se prefiere la «sociedad civil global», comprende a quienes «compartiendo intereses comunes y valores universales, atienden a asuntos de dimensión global sin una dependencia jurídicamente necesaria de los Estados». El modo de operar se ha expresado por la gobernanza, basado en negociación. Presenta la posible manipulación por actores más poderosos, de ahí que sea imprescindible su sometimiento a reglas y principios de Derecho y validez global, para que la sociedad civil no se convierta en una mera palestra de la política. Se trata de un proceso, fundado en la paulatina aceptación y en el consenso, activado por convicciones comunes sobre las que debe asentarse la convivencia³²”

La exigencia de reglas técnicas y principios que direccionen actividades de control -sea de gobiernos, organizaciones estatales o no estatales, e incluso de conglomerados no formales- reclama su orientación y ajuste para no acabar conspirando contra el hombre común, independientemente del lugar donde se encuentre.

Porque ello en definitiva lo que la doctrina comienza a visualizar en este nuevo Derecho Administrativo Global, un derecho centrado en las personas y no en los Estados, no puede desembarazarse de la idea de control. Esta orientación hacia la centralidad de la persona, felizmente retomada por pensadores modernos, no niega sus raíces clásicas. Kant refirió a un “*jus cosmopolitanum*”, idea resumida acertadamente por Lopez Escarcena³³:

“Puesto que la humanidad está destinada a la cohabitación y la codependencia, Kant consideró necesario promover la solidaridad no solo entre los Estados, sino también entre los individuos. Esto lo hace el derecho cosmopolita a través de su principio constitucional fundamental: el de la hospitalidad universal entre los seres humanos. Al asegurar la libertad de movimiento de personas y de comercio de bienes, el *ius cosmopolitanum* sería el único capaz de garantizar una paz perpetua. Para lograr lo anterior, el derecho cosmopolita requiere cumplir

32 MEILÁN GIL. En “*La Administración pública entre dos siglos.*” Obra Colectiva en Homenaje a Mariano Baéza de Alcazar. Manuel Arenilla Sáez (c), INAP, 2010, p.

33 LOPEZ ESCARCENA, Sebastian. “*Contextualizando el Derecho Administrativo Global*”, En: R. Abello (edit.), Anuario Colombiano de Derecho Internacional, vol. 11: pp. 259-305, Bogotá, Colombia, ISSN 2027-1131.

con ciertos requisitos. Por un lado, tiene que prevalecer jerárquicamente sobre el derecho público nacional e internacional. Por otro, debe ser implementado por una *foedus pacificum* o federación de repúblicas que tengan una constitución democrática y separación de poderes, destinada a extenderse progresivamente a todos los Estados.”

Estas reglas son especialmente relevantes en algunas relaciones transnacionales donde se instrumentan mecanismos de control entre administraciones, con la particular incidencia de los factores técnicos y políticos no siempre se separan adecuadamente. Piénsese en el control entre pares (“*peer review*”³⁴) respecto del cumplimiento de los compromisos asumidos en el marco de la OCDE, y sus incidencias particulares en los derechos de las personas cuando se sugiere, por ejemplo, restringir la intervención de los interesados en los procedimientos de intercambio de información tributaria entre las distintas naciones y en cómo ello afecta las posibilidades de control subjetivo de la regularidad de la actuación estatal³⁵. El control administrativo de las administraciones está ahora sometido también a la revisión de otras administraciones, y con ello, la falta de reglas (principios) vigorosos en materia de defensa de los derechos individuales se traduce en la indefectible reducción de garantías individuales.

1.3 Morfología del Control de la Administración

Recapitulando, el control de la administración, a los efectos de este análisis, es la actividad lógica de contrastación entre lo debido y lo actuado o lo que se habrá de actuar, que realiza un órgano (controlante) ejerciendo cualquier función jurídica estatal respecto de la actividad que, en ejercicio de la función administrativa, desarrolló o desarrollará otro órgano público o estatal (controlado). Cuando el órgano actuante ejerza función administrativa, estaremos frente al control administrativo de la Administración.

Ese control responde a las mismas reglas de cualquier actuación administrativa, y ostenta presupuestos, elementos³⁶ y efectos.

34 <https://www.oecd.org/site/peerreview/>

35 PEZZUTTI, Miguel. *Intercambio de información tributaria entre Argentina y Uruguay* en Revista Tributaria n° 238, enero.-feb. 2014, p. 37 y sts.

36 Al respecto entiendo trasladables en buena medida los conceptos de CAJARVILLE -“Invalidez de los Actos Administrativos” en “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, 3ª Ed. p. 26 y 40- para los actos administrativos, con la salvedad que se verá respecto de los efectos.

Las clasificaciones que hemos visto no hacen sino atender a presupuestos o elementos del control para intentar identificar rasgos comunes y principios extensibles a cada uno de ellos.

Las dificultades para encontrar una conceptualización unitaria derivan del énfasis que pueda asignarse a cada uno de estos aspectos en la misma. Pero apreciadas formalmente, ellas aparejaran consecuencias diversas atendiendo a las diferencias de régimen jurídico que se deriven del ordenamiento vigente.

Dentro de los presupuestos, entiendo que es posible identificar cinco ámbitos o aspectos:

Objetivos o materiales: refieren a los aspectos materiales de la competencia asignada, es decir, la materia y los poderes de control asignados. La norma atributiva de competencia establecerá si se controla, por ejemplo, la hacienda, la gestión o los actos; y también referirá al estándar de comparación: la legitimidad o el mérito.

Dentro de ellos también vienen dados los poderes jurídicos accesorios, como los de investigación, los que pueden aparecer como poderes lisos y llanos, o como deberes u obligaciones de los sujetos controlados. Esto sería lo que Cagnoni llama los “medios” o “instrumentos”³⁷. Asimismo, el fin debido en el control y sus consecuencias, está dado por la norma atributiva de competencia³⁸

Subjetivos: refiere a los sujetos (entendido en un sentido tan amplio que incluye a funcionarios u órganos) que están involucrados en la relación de control. En otras palabras, será la definición de quién es el controlante y quién el controlado. En algunas ocasiones surge directamente de las normas como una relación nominada, en otros casos se define por el ejercicio de una función y abarca a todos los sujetos que la ejercen. El órgano controlante puede ser nominado o innominado, pero bastará que se atribuya una competencia y una forma, para que exista una estructura orgánica. Estas técnicas pueden llegar a considerar mecanismos no tradicionales, como audiencias públicas, donde el control es ejercido de manera difusa pero determinante para validar un procedimiento de aprobación de un acto administrativo. También dentro de estos presupuestos subjetivos puede ubicarse a los relativos al ejercicio de los poderes de control, cuando suponen el previo accionamiento de sujetos identificados nominadamente o mediante la descripción de una

37 CAGNONI, José A. “Introducción a la teoría del control”, Ed. Univ., Montevideo, 1996..

38 CAJARVILLE, Juan P. *Invalidez...* cit. p. 27.

situación jurídica. De ahí que de la forma en que las reglas establezcan las soluciones posibles, el control sea subjetivo u objetivo; de oficio o a instancia del interesado como presupuesto de procedibilidad.

Temporales: refiere a la ubicación cronológica que el control guarda respecto del acto controlable y que es definido por la norma. Será previo, concomitante o a posteriori. También existen otros presupuestos temporales que pueden ser relevantes, y dicen relación con el establecimiento de plazos o condiciones para que opere el control y la consecuente extinción del poder jurídico del controlante. En la medida en que sea previo, si reviste el carácter de preceptivo, se transformará asimismo en un presupuesto de validez de la actuación administrativa, y por ende, condicionará la regularidad del acto producido. En algunos casos, asumiendo el control en un sentido amplísimo como vimos al comienzo de este trabajo, incluiría los supuestos de los llamados actos complejos. Cagnoni distingue los supuestos de aprobación -en los que se confiere sólo eficacia al acto aprobado- de los casos en que el control a posteriori conforma el acto mismo (acto complejo en mi opinión) mediante una *“aprobación que confiere validez (y eficacia) a lo que no es aún un acto emanado de otro órgano”*³⁹, por lo que en puridad se trataría de una hipótesis de inexistencia del acto, más que de invalidez o ineficacia.

Espaciales: dirá relación con las coordenadas de lugar atendidas por la norma atributiva de competencia para ejercer el poder controlador. Serán definidas por el espacio de actuación del controlante o del controlador, o por el lugar donde acontezcan los eventos sujetos a control. En la medida en que involucren aspectos transnacionales, implicará la definición del régimen jurídico aplicable.

Procedimentales o formales: El procedimiento también integra el conjunto de presupuestos del legítimo ejercicio del poder de control y, por ello, de la producción de sus efectos formales.

Los supuestos de hecho o de derecho que queden fuera de las descripciones de estos aspectos efectuadas por las reglas atributivas del poder controlador no están comprendidos en la hipótesis normativa, y por ello el control no puede ser ejercido válidamente.

En cuanto a los elementos del control será posible identificar:

Un contenido (el juicio de conformidad o regularidad que surge de la operación lógica, así como las conductas debidas o sugeridas), y

39 CAGNONI, José A. “Introducción” Cit.

Una forma en la que se verifica la formación y manifestación de esa voluntad.

Es necesario señalar que, pese a que son separables conceptualmente y en sentido estricto no integra el juicio de ajuste, la determinación de la consecuencia jurídica manifestada (explícita o implícitamente incorporada a la decisión del controlante), es también parte del contenido de la operación de control.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el acto administrativo, la operación de control no requiere de la producción de efectos jurídicos para mantener su naturaleza de tal. La actividad de control puede referir a un acto de asesoramiento o una mera opinión. Por ende, las consecuencias jurídicas son parte del contenido del acto de control cuando ello se corresponda con los efectos asignados a esa actividad por el derecho positivo. Con esto admitimos controles testimoniales o meramente declarativos⁴⁰.

Esta descripción morfológica permite claramente los supuestos necesarios para que el control se considere existente, válido y eficaz, dependiendo de la presencia o no de algunos de los presupuestos o de los elementos antes reseñados, y de los alcances asignados por el derecho vigente.

2 Breve Resumen de las Estructuras de Control en el Derecho Uruguayo - y sus Insuficiencias

Las virtudes medulares de un sistema de control podrían resumirse, como otras actividades administrativas, en la eficacia y la eficiencia.

En tanto herramienta, constituye una garantía del uso efectivo y legítimo del poder, evitando que queden aspectos fuera de su aplicación y que, donde se aplique, sirva para transformar situaciones irregulares en regulares, de manera pronta y segura.

Como señalé previamente, el control de la Administración en Uruguay puede ordenarse en base a la función ejercida, en administrativo y jurisdiccional. El control efectuado por el legislador puede serlo en forma de control legislativo o administrativo.

El control administrativo opera de formas diversas:

40 SAYAGUÉS LASO. Tratado... cit. p. 410.

internamente en cada sistema centralizado mediante los poderes jerárquicos que pueden ser condicionados o incondicionados⁴¹, pero que siempre referirán tanto a la legitimidad como al mérito de lo actuado. Esto puede manifestarse dentro de los tres Poderes del Estado, en tanto se trata de control función administrativa mediante el ejercicio de la función administrativa. Es necesario alertar que, aún cuando exista jerarquía administrativa, no se siguen estas reglas para el control en el ejercicio de otras funciones (por ejemplo, las decisiones de los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional, las que son revisadas por sus jerarcas no en cuanto tales, sino en tanto autoridades de alzada que ejercen función jurisdiccional).

en los sistemas descentralizados⁴², el control depende del grado de descentralización que determinen las leyes (art. 185 de la Constitución de la República), yendo desde el menos intenso que refiere al control del Poder Ejecutivo respecto de los Entes Autónomos de Enseñanza (art. 202) al más intenso, manifestado en la tutela administrativa, la cual es el máximo de atenuación posible del control en determinadas actividades (art. 186)⁴³. El control se manifiesta de manera diversa respecto de los actos y de la gestión. Respecto de los primeros, el Poder Ejecutivo no puede avocarse en ningún caso, y sólo puede anularlos en caso de recurso de anulación cuando se trata de un Servicio Descentralizado (es decir, sometido a tutela administrativa), no así en el caso de los Entes Autónomos donde sólo puede formular observaciones o disponer su suspensión. Sin embargo, respecto de la gestión, los arts. 197 y 198 atribuyen al Poder Ejecutivo un más amplio poder de control, en cualquiera de las dos modalidades, salvo respecto de los Entes Autónomos de Enseñanza, que quedan excluidos de su aplicación en lo medular de estas disposiciones, manteniendo el Poder Ejecutivo facultades de destitución.

El control - que prefiero denominar como - independiente cuando se trata de vínculos entre el Poderes del Estado o de Gobierno. Se en materia de hacienda pública, que es atribuido al Tribunal de Cuentas

41 Cuando el órgano sometido a jerarquía posee desconcentración privativa, la competencia ejercida por el subordinado queda fuera del poder de avocación y sobre los actos se manifiesta siempre que exista un presupuesto de procedimiento previo (el recurso jerárquico); en cambio cuando no es privativa el jerarca podrá revisar lo actuado mediando recurso o no.

42 ROTONDO, Felipe. *Manual...* Cit. p. 438

43 Según este artículo, las actividades de Correos y Telégrafos, Administraciones de Aduanas y Puertos y la Salud Pública no podrán ser descentralizados en forma de Entes Autónomos, aunque la ley podrá concederles el grado de autonomía que sea compatible con el contralor del Poder Ejecutivo. Es decir, serán a lo más, servicios sujetos a tutela administrativa.

-verdadero *Poder de Gobierno*⁴⁴ por el art. 211 de la Constitución. Él se centra en control de legalidad de la hacienda pública⁴⁵, y alcanza no sólo al Poder Ejecutivo, sino también a los sistemas descentralizados por servicios y por territorio, y también a algunas manifestaciones de la gestión de personas públicas no estatales y personas privadas estatales. En algunas estructuras descentralizadas, ese control se manifiesta mediante contadores delegados, que poseen la calidad de funcionarios de la repartición controlada. A nuestro juicio, esta estructura es una clara insuficiencia del sistema de control desde que pone en entredicho, por más inobjetable que sea la conducta del funcionario, el atributo mismo de la independencia del control⁴⁶. También en este control independiente incluyo el llamado “*parlamentario*” que desarrollan los órganos del Poder Legislativo, pero que no es función legislativa formal o materialmente. Asimismo, podría ubicarse en esta categoría al control regulatorio, aunque la independencia queda reducida a un ámbito técnico⁴⁷

Existe un ámbito de control desplegado por la Auditoría Interna de la Nación, de acuerdo con lo que dispone la ley 16.736 respecto de los actos y la gestión económico-financiera de los órganos y reparticiones comprendidos en la Estado Persona Pública Mayor y de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados que no pertenecen al dominio industrial y comercial. Revisa los aspectos presupuestales, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión fundándose en criterios de juridicidad, eficiencia y eficacia.

El control jurisdiccional, por su parte, es atribuido a:

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y opera respecto de los actos administrativos definitivos mediante un control de legalidad, subjetivo (mediante acción del titular de un derecho subjetivo o un interés directo, personal y legítimo), a posteriori y acotada a los órganos estatales. Queda excluido, pues, (a) el control de mérito, (b) el control objetivo (mediante acciones de clase o impulsadas mediante organizaciones representativas de intereses colectivos o difusos) salvo aquel que, una

44 Conf. DELPIAZZO, Carlos. *El Tribunal de Cuentas*, cit. p. 41. El autor sigue en ello la tradicional postura de Jimenez de Arechaga, a la cual suscribo.

45 Sobre este punto, la Ley agregó el control de eficiencia de la gestión (TOCAF, art. 122). A mi juicio, el control de eficiencia es también control de legalidad, y la solución legal es ajustada a la constitución.

46 Se trataría de una hipótesis de jerarquía múltiple, conforme definía Mendez el fenómeno en el cual un órgano o funcionario se encuentra sujeto al poder de dirección de más de un jerarca, aún cuando una sea de carácter principal y otra accesoria (DELPIAZZO, Carlos, cit., p. 46)

47 Vazquez, Cristina. “La actividad...”, cit. p. 294. ROTONDO, Felipe. *Manual de Derecho Administrativo*, 10ª Ed, 2017. P. 441

vez admitida la acción por existir un sujeto legitimado para su planteo, se dicta sentencia en “interés de la regla de derecho o de la buena administración ” y por ello el fallo tiene efectos generales y absolutos (art. 311 de la Constitución), (c) el control previo (incluso sus facultades en la adopción medidas cautelares son asumidas con un criterio estricto por parte del propio Tribunal), (d) el control de los actos de gobierno y los regidos por el Derecho Privado (art. 1 del DL 15524), y (e) el control de los actos dictados en ejercicio del poder público por parte de personas públicas no estatales. También el TCA posee el control del contencioso de competencia entre órganos (fuera de la jerarquía) basado en razones de legalidad (art. 313 de la Constitución).

El Poder Judicial puede controlar la regularidad de los actos administrativos en orden a su desaplicación, pero no su anulación ya que ésta es reservada al TCA. Es, en cambio, relevante el control por vía de amparo que, pese a no contar con expresa mención constitucional, ha sido creado por vía legal para garantizar la lesión o amenaza de derechos fundamentales o libertades reconocidas en la constitución. Lo propio respecto de la libertad ambulatoria cabe señalar en el instituto del habeas corpus, y más recientemente, para el acceso a la información pública las medidas de control judicial de las negativas de acceso a la información pública (Ley 18831, de acceso a la información pública). Sin embargo, dado que la ley establece la extraordinariedad de la acción de amparo, la jurisprudencia de los tribunales es restrictiva en cuanto a su admisión.

A poco que se aprecia, es notorio cómo las vías tradicionales de control en el ordenamiento uruguayo presentan algunos riesgos de efectividad.

En primer lugar, el control administrativo, si bien puede operar de oficio, en general pende sobre estructuras no siempre son abiertamente proclives a revisar sus actuaciones, se encuentran superadas por el volumen de la información a controlar o están supeditadas a la decisión de los jefes. Empeora la situación el hecho de que queda fuera del derecho a respuesta de la Administración el mero denunciante (si no formuló una petición junto con la denuncia)⁴⁸ y aún siendo peticionante,

⁴⁸ Más en profundidad, ver: GUTIERREZ, Adrian y PEZZUTTI, Miguel. Régimen de la denuncia tributaria. En “Profesionales y Empresas” N° XIII, CADE, 2012.

deberá acreditar que su interés es directo, personal y legítimo si pretende acceder al control jurisdiccional⁴⁹.

En segundo término, el control promovido por lesión de intereses difusos o colectivos puede observarse como restringido, especialmente en materia del control jurisdiccional anulatorio, pese a los atisbos de cierta flexibilización por parte de la doctrina⁵⁰.

Finalmente, el control de mérito está reservado a los ámbitos internos, y pese a que pueden ser objeto de una petición administrativa determinando el nacimiento del derecho a una respuesta, el control jurisdiccional no se verifica.

A ello cabe agregar que la duración de los procesos de revisión administrativa y jurisdiccional no son auspiciosos. Pese a los esfuerzos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, dictando un promedio de 5 fallos diarios, no se ha logrado reducir los plazos de decisión a menos de 3 años si se cuenta además el agotamiento de la vía administrativa previa preceptiva.

Cagnoni señaló con acierto que:

“los clásicos controles estatales no parecen suficientes.; no lo son los autocontroles o controles internos a la Administración o porque la proia incesantemente acrecida extensión de la administración los desborda; o sus efectos llegan tarde; o en fin, porque se tiende frecuentemente a confundir la eficacia de la actividad con su legitimidad (cuando por vía de recursos se revisan los actos propios).”⁵¹

Y luego Delpiazzo habló de la insuficiencia de los controles clásicos, para señalar que los controles jurisdiccionales presentan dificultades para satisfacer eficazmente algunas pretensiones dado que “además del costo y tiempo que insumen, están limitados a los aspectos de legitimidad de la actuación administrativa” y el control administrativo, también

49 En este sentido, tradicionalmente se ha considerado que la situación que motiva la acción de nulidad debe generar un efecto directo y no indirecto en el accionante. Sin perjuicio de las dificultades en un proceso de apertura, el TCA ha dado algunas muestras esperanzadoras con algunos fallos en los que la falta de sanción a un competidor en un mismo mercado ha sido interpretado como una forma de lesionar un interés directo y personal. Sentencia 134/018

50 DURAN MARTINEZ, Augusto. “Contencioso Administrativo”, FCU, 2007, p. 111; KLETT, Selva y VALENTIN, Gabriel. “La reforma del Contencioso Administrativo de Anulacion”, en “Estudios Sobre la Administración Uruguaya”, Tomo II, p. 375 y 376. También puede citarse la Sentencia 41/2006 del TCA por la cual se admitió la defensa de intereses difusos en materia ambiental, otorgando legitimación a un Fiscal.

51 CAGNONI, José A. Ombudsman.. cit. p. 75

orientados principalmente a la legitimidad de la actuación, por lo que en ambos casos quedan sin tutela las pretensiones orientadas al mérito.⁵²

Al respecto estimo que uno de los principales problemas que presentan los sistemas de control, los tradicionales y los novedosos, es la tenue percepción de importancia y eficacia en la población.

En su hora, el recordado Prof. Sigmund Rippe relató una anécdota desoladora: recién designado presidente del Tribunal de Cuentas de la República se detuvo en la esquina del edificio donde funciona ese organismo y comenzó a preguntar a los transeúntes si sabían cuál era la sede del Tribunal. Casi nadie lo supo. Y reflexionaba, no sin pena, que el acontecimiento daba cuenta de que se trataba de un instituto invisible para la población.

No es el único. El acceso al contencioso anulatorio, por sus costos y demora, es también percibido como una última ratio y por ello, asociado a casos extremos. En un análisis realizado en 2012, el resultado era también llamativo: sólo un 1% de las actuaciones tributarias con el Banco de Previsión Social acaban en un contencioso anulatorio, pese a que, ese mismo año, dicho organismo resultó perdidoso en más del 80% de los asuntos que se presentaron en el TCA.⁵³

La participación de los Administrados en sus distintas formas ha sido una herramienta productiva⁵⁴, pero insuficiente para revertir los problemas antes mencionados.

En este escenario, mecanismos que permitan el control de la actuación administrativa desde su mérito por un lado, o su legalidad mediante la promoción de acciones o medidas por estructuras independientes y eficaces, incluso con atención al interés de la regla de derecho o la buena administración, se presenta como una necesidad impostergable.

52 DELPIAZZO, Carlos. "Origen y expansión reciente en América Latina del Defensor del Pueblo" en Revista de Derecho Público, N° 11-12, 1997, p. 52

53 PEZZUTTI, Miguel. "Perspectivas del contencioso anulatorio (con especial énfasis en el acceso)" en Jornadas en Homenaje a Mariano R. Brito, Anuario de Derecho Administrativo, UM, 2014. P. 192

54 Al respecto también ver: PEZZUTTI, Miguel. "Ética, legalidad y representación sectorial en entes públicos", en Ética y Patologías Corruptivas. Delpiazzo y Gesta Leal, Coord., UM, 2015, p. 309 y sts. LABAURE, Carlos. "Medios Alternativos de Control de la Administración Pública" en Revista de Derecho Público N° 11-12, FCU, 1997, p. 45; REAL, Alberto Ramón, Procedimiento Administrativo Comparado, en Revista Uruguaya de Derecho Administrativo, 1980, N° 2, p. 61

3 Medios no Tradicionales de Control Administrativo de la Administración: el Defensor del Pueblo

3.1 Justificación: la Institucionalización del Descontento para su Debida Contención

El control requiere de percepción de cercanía y de eficacia, y una figura prestigiosa que actúe de manera flexible y sensible.

A fines de los años ochenta tomó intensidad doctrinaria la figura del Ombudsman, merced a los trabajos de difusión dogmática del Prof. José A. Cagnoni, aún cuando la figura había sido ya incorporada en el análisis foral por REAL algunos años antes. Más cerca en el tiempo, Delpiazzo sostuvo que:

“es necesario pensar e implementar al Defensor del pueblo como auténtico “Defensor del Hombre” para que no se convierta en una figura decorativa o burocrática sino en un instrumento de servicio al hombre de carne y hueso”⁵⁵

Esta figura desde siempre estuvo acompañada de un particular aprecio o simpatía, por razones que son sencillas de desentrañar, según se verá.

Su origen se remonta a 1809 en Suecia, país que aún hoy lo mantiene -ahora con reconocimiento constitucional⁵⁶ mediante la figura unipersonal de control de la Administración. Su germen, en 1713 es un funcionario de confianza y designado por el Rey (*Högste Ombudsmannen*), que pasó luego a ser una figura con poder atribuido por el Parlamento, al que rinde informes periódicamente, en calidad de vigía de la Administración y de los derechos individuales (*Justitieombudsman*).

Sin embargo, hay quienes ven en el *Justicia del Reino de Aragón*, instaurado en Egea en 1265, una matriz incluso previa de la figura del

55 DELPIAZZO, Carlos. Origen y expansión reciente en América Latina del Defensor del Pueblo, en Revista de Derecho Público, N° 11-12. FCU, 1997, p. 54

56 Art. 6 de la Constitución Sueca: El Parlamento elegirá uno o varios Ombudsmen para que, con arreglo a las instrucciones que el propio Parlamento acuerde, ejerzan supervisión sobre la aplicación en la administración pública de las leyes y demás disposiciones. El Ombudsman podrá entablar acción judicial en los supuestos que las instrucciones especifiquen. El Ombudsman podrá asistir a las deliberaciones de tribunales o de autoridades administrativas y tendrá acceso a las actas y documentos de dichas autoridades. Los tribunales y autoridades administrativas, así como los funcionarios del Estado o de los municipios, deberán ayudar al Ombudsman dándole los datos y los informes que necesite, y la misma obligación incumbe a las demás personas que se hallen bajo la supervisión del Ombudsman. Los acusadores públicos (*allman åklagare*) deberán prestar asistencia al Ombudsman si este la solicita. El Reglamento de la Cámara establecerá normas suplementarias sobre el Ombudsman.

moderno defensor del Pueblo. Aquél operó como mediador entre el Rey y la Nobleza para garantizar a éstos el respeto de sus derechos. No parece casual la coincidencia temporal con la Carta Magna que arrancan los nobles a Juan sin tierras en 1215, lo que no hace sino rememorar una importante función que cumplirá el Defensor del Pueblo en los regímenes modernos: la institucionalización del descontento o la queja.

Rovira Viñas⁵⁷ identifica a la queja como una petición, “antiguo derecho ..., que nace al inicio de la Edad Media (en 1215 ya era práctica habitual en Inglaterra ejercer el derecho de petición ante el Rey)” mediante el cual se “*pone en conocimiento y solicita a las autoridades la modificación de una conducta irregular con la finalidad de que éstas le restituyan en su derecho*”.

Afirma que el Defensor del Pueblo coadyuva a la satisfacción de la queja, mediante la labor de acercamiento, de mediar para solucionar conflictos antes de que se instrumentalicen, y de divulgar los derechos entre los ciudadanos.⁵⁸ Esta función llega en algunos países incluso a incidir la denominación de esta figura, como el llamado “Crítico del Estado” o “Comisionado de quejas” en el derecho israelí, figura que absorbe al Defensor del Pueblo⁵⁹.

Como se verá, el Defensor del Pueblo es básicamente un instrumento para canalizar el descontento y satisfacerlo de manera oportuna y eficiente, previniendo los efectos disociativos que genera la insatisfacción en la sociedad.

La vieja matriz nórdica derivó en una figura extendida en el ordenamiento universal y compartida por distintas culturas jurídicas, al punto que existe tanto en occidente como en oriente.

En occidente, hacia los años ochenta se vivió un verdadero furor por esta figura que llegó al punto de que se hablara de una “*ombudsmanía*”⁶⁰. Dejó los ámbitos reducidos de la discusión doctrinaria y pasó a ocupar espacios centrales de difusión en medios de prensa.⁶¹

Tal elevación del listón puede haber generado aspiraciones pretensiosas y comprensibles decepciones, sin perjuicio de las cuales, es

57 ROVIRA VIÑAS, Antonio. El Derecho de Queja de los ciudadanos, en Revista de Derecho Público, FCU, Montevideo, N° 10, 1997, p.53.

58 ROVIRA VIÑAS, Antonio. Cit. p. 60

59 TRAPUNSKY, Leone. Crítico del Estado y Defensor del Pueblo en Israel. Funciones y Estructura. En Revista de Derecho Público N° 17, FCU, 2000 p. 139.

60 DELPIAZZO, Carlos. “Origen ...” cit.

61 El país de Madrid, artículo.

necesario reforzar los objetivos y la relevancia de un instituto que, bien ordenado a su fin, resulta altamente eficaz.

No vamos a reiterarnos sobre los roles y funciones, así como sus antecedentes históricos, sino a trazar algunas características o lineamientos que perfilan a la figura en sus distintas modalidades y las características de la defensoría del pueblo en Uruguay en la figura organizativa de la INDDHH.

3.2 Breve Descripción de Caracteres Generales

En primer lugar, encontramos dos modelos de designación: del parlamento o del ejecutivo. Incluso existen dentro de las mismas administraciones controladas (el caso del Taxpayer Advocate, dentro de la IRS norteamericana).

En segundo, existen modelos diversos en cuanto a su estructura. Si bien son generalmente unipersonales, existen ejemplos de estructuras colectivas.

En tercer lugar, en cuanto a los órganos a los que pueden controlar. En algunos medios son exclusivamente controladores de la Administración, pero en otros, controlan incluso a los jueces.

En cuarto lugar, existen modelos generales, de competencia amplia, o restringidos por la esfera territorial (acotados a circunscripciones) o material (como el caso de los defensores de los contribuyentes -v.g. el Taxpayer Ombudsman en Canadá-, que operan sólo en el ámbito de las relaciones tributarias, o los Ombudsman que refieren al ámbito castrense).

El ejemplo nórdico puso de manifiesto las dificultades que presenta el modelo de control amplio, especialmente en cuanto refiere al desafío de no vulnerar la independencia de los magistrados. Un interesante planteo de MIKULI responde a esta interrogante en el sentido de que no existe tal afectación, basado en que todo poder debe ser controlado, y que el hecho de que se trate de autoridades independientes evita la posibilidad de levantar suspicacias fundadas.⁶²

62 "A system of the Swedish type giving the ombudsman the right to supervise the courts has in fact proved to have several important advantages compared with the systems existing in other countries. First of all it is easy for anybody – e.g. a party or a witness – who feels that he has been incorrectly treated by a judge or a court to complain to the ombudsman. Secondly the ombudsman can start an investigation even if there is no reason to believe that the error that has been committed is of such a serious nature as to give rise to disciplinary proceedings, to a prosecution or to a decision to remove the judge from office. Thirdly, since the ombudsman can look also into

Fuera de las diferencias admisibles, existe un perfil común a la categoría, que responde al tipo de control que efectúa. Con innegable sentido pedagógico, la doctrina habla de las cinco “i” para referir a estos atributos⁶³.

imparcialidad, por cuanto no responde a tendencias políticas ni ideológicas, situación que además se deriva de su propia independencia frente al poder⁶⁴.

informalismo, por cuanto el control se manifiesta como despegado de ritualidades o formalidades que impidan atender a la sustancia y a la búsqueda de medios de solución.

inquisitoriedad, ya que no depende de la denuncia de los particulares ni su impulsión.

Inmediación, en la atención directa de los asuntos y reclamos encargados a su gestión,

Influencia, en tanto su efectividad no deriva de los efectos jurídicos de sus gestiones sino de la convicción de certeza y respeto que despiertan sus convicciones.

Estos caracteres trazan un perfil que admite apartamientos dependiendo de cada ordenamiento jurídico. En algunos casos, el defensor del pueblo puede ser parte acusadora o perseguir procedimientos disciplinarios contra funcionarios. En otros, puede intervenir en decisiones administrativas, suspendiendo sus efectos jurídicos⁶⁵, con lo que el criterio de la influencia resulta desbordado en favor de la inquisitoriedad o la inmediación.

minor matters he can make such statements concerning good judicial behaviour and the proper way of applying procedural rules that cannot be made e.g. by a superior court after an appeal. Last but not least, since the ombudsman is independent in the same way as a judge there can be no grounds for suspicions that the ombudsman's interventions has any other purpose than to protect the citizens and to promote the principle of the rule of law” Mikuli, Piotr. (2017). Ombudsman Institutions and the Judiciary in Sweden and Finland. *Przeegl d Prawa Konstytucyjnego*. 40. 37-48. 10.15804/ppk.2017.06.02.

63 DELPIAZZO, Carlos. *Derecho Administrativo General*, vol 2, cit. p. 307. También en “Origen y expansión reciente en América Latina del Defensor del Pueblo”, *Revista de Derecho Público* 11-12, 1997, FCU, p. 53.

64 JUSTEN FILHO, Marcal. “Curso de Direito Administrativo”, Thomson Reuters, 10^a. Ed, p. 118.

65 Tal el caso del Taxpayer Advocate -antes Taxpayer Ombudsman- en Estados Unidos con la Orden de asistencia al contribuyente. Esta “Taxpayer ASsistance Order” es emitida para garantizar la protección cuando existen una dificultad significativa (*significant hardship*) que pone en riesgo derechos del contribuyente de manera grave. Ello incluye la suspensión de medidas de ejecución o cautela hasta que el asunto sea resuelto definitivamente por la IRS. Sobre el punto ver el prolijo análisis de Natalia Acosta y Sol Agostino. “*Defensoria del Contribuyente*” CSIC UDELAR, 2017, p45

Por este motivo, es difícil hablar de un modelo único y resulta preferible señalar pautas generales comunes que se verifican con mayor o menor intensidad.

Sin embargo, hemos señalado la relevancia creciente de recomendaciones y reglas blandas, como estructurantes de una base principal para el Derecho Administrativo Global.

Al respecto es ineludible la referencia al texto de los llamados “Principios de Venecia”, documento Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, en el que se marcan 25 lineamientos básicos de fines, cometidos y poderes jurídicos a atribuir a los Defensores del Pueblo, con lo cual es posible aventurar que en un futuro no muy lejano, estas instituciones incrementen sus caracteres comunes.

En Uruguay, con la figura del Defensor del Pueblo fue objeto de diversos proyectos durante las últimas décadas, en particular desde la reinstauración democrática⁶⁶, pero con las características de un comisionado parlamentario, sus funciones típicas fueron recogidas en dos planos: en el ámbito nacional y el departamental. En el nacional presentan las características tradicionales del Ombudsman: el Comisionado Parlamentario para las Cárceles y la Institución de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo, siendo ésta última por su más amplia vocación, la que habré de analizar. En el ámbito departamental, pese a las dudas iniciales, se asumió como constitucionalmente admisible su creación, habiendo sido instituido por los Gobiernos Departamentales de Montevideo y Maldonado.⁶⁷

4 El Defensor del Pueblo en Uruguay

4.1 Denominación y Materia

La Institución Nacional de Derechos Humanos (INDDHH) fue originalmente creado por la Ley 18.446, de 24 de diciembre de 2008, como “una institución del Poder Legislativo, la que tendrá por cometido, en el ámbito de competencias definido por esta ley, la defensa, promoción y protección en toda su extensión, de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y el derecho internacional”. Pero no fue sino hasta la

66 CAGNONI, José A. *El Ombudsman...* cit, p. 87

67 CAGNINI, José A. “El ombudsman o defensor del pueblo como control de la administración de los gobiernos departamentales” en Revista de Derecho Público, N° 6, 1994, p. 67. DURAN MARTINEZ, Augusto. El Defensor del Vecino, en Revista de Derecho Público, N° 25, 2004, p. 109.

aprobación de la Ley 18806 que se cambia su denominación agregando “defensoría del pueblo”. Por ende, se trata de un control parlamentario en ejercicio de función administrativa.

Si bien esta modificación haría pensar en que se agregaron competencias o definieron roles diversos en la estructura del control estatal, la realidad es que el legislador fue menos ambicioso. El proyecto de Ley fue acompañado de una exposición de motivos presentada por los legisladores que mocionaron la reforma, en la que sólo se lee sobre este punto:

“En el artículo 1º denominamos a dicha institución Instituto Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo, ya que una de sus principales características estriba en su accesibilidad, por lo que su nombre debe colaborar a una mejor publicidad de su acción en el conjunto de la población.”⁶⁸ Y en la discusión desarrollada en el pleno de esa Cámara, una de las proponentes del proyecto sostuvo en tono similar: “Por el artículo 1º le modificamos el nombre a la institución, que pasa a llamarse Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo. Concluimos que es una buena cosa que el pueblo se identifique con esta institución. Como hay otras instituciones en el Estado -por suerte-, como la Dirección Nacional de Derechos Humanos, la Dirección de Derechos Humanos y Derechos Humanitarios del Ministerio de Relaciones Exteriores u otros mecanismos de derechos humanos en Intendencias Departamentales y en las Juntas Departamentales, creemos que agregar “Defensoría del Pueblo” le da, precisamente al pueblo, esa visibilidad que todos queremos que tenga.”

Es decir que el legislador no quiso tanto innovar hacia dentro de la estructura reforzando los caracteres de defensor del pueblo, sino hacia fuera, transmitiendo un mensaje de apertura o accesibilidad. Esta peculiaridad, incide luego en cuestiones de fondo, puesto que, para una interpretación extensiva en base a la atribución de caracteres típicos del defensor del pueblo, los antecedentes legislativos serían un factor relevante para arribar a tal conclusión.

Por ende, la figura del Defensor del Pueblo en Uruguay tiene principal centro en la protección y promoción de los Derechos Humanos, asumiendo los caracteres de Institución Nacional de protección de DDHH conforme los Principios de París. Estos fueron aprobados por la Asamblea General de ONU según resolución 48/134, de 4 de marzo de 1994, y recomiendan la creación en cada Estado miembro de una institución

68 Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes del 31 de mayo de 2011, p. 51.

destinada a la promoción y protección de los Derechos Humanos, dotándola de recursos y herramientas eficaces a tales fines.

En este sentido existe una carencia relevante en cuanto al control de la buena gestión, independientemente de la existencia de derechos fundamentales o libertades lesionadas. Los principios de Venecia en su numeral 12 establecen un ámbito más eficaz y abarcativo: *El mandato del Defensor del Pueblo abarcará la prevención y corrección de la mala administración y la protección y promoción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*. La normativa uruguaya debería ajustarse a este sentido de racionalidad, ampliando las competencias de la INDDHH.

Sin perjuicio de ello, en la discusión del proyecto en la Cámara de Senadores, dos intervenciones merecen destaque, una de ellas para señalar que el concepto de Derechos Humanos es empleado en sentido amplio y no sólo para referir a aquellos violentados gravemente por delitos de lesa humanidad⁶⁹; y lo segundo que esta medida no viene a declarar una inexistencia, sino a completar una garantía, en el sentido de que la institucionalidad republicana persiguió desde siempre la satisfacción de estos derechos⁷⁰.

Fuera de estos escuetos aportes, el punto no fue demasiado debatido, quizás por contar con apoyo de todos los partidos con representación parlamentaria.

Dentro de ellos, se menciona, junto a la protección y promoción, una tarea mediadora, preventiva o componedora del conflictos.

En mi opinión debería garantizarse el involucramiento de una estructura independiente y prestigiosa que debe aspirar a representar o canalizar las quejas de los ciudadanos incluso cuando no se verifica una afectación de los derechos humanos.

Esto permitiría superar una discusión que no se ofrece como improbable, y refiere a si existe un derecho humano a la actuación correcta de los gobernantes⁷¹.

Si el defensor del pueblo es una figura cuya influencia auxilia a orientar la queja ciudadana y canalizar el descontento, como prevención

69 Intervención del Senador Heber.

70 Intervención del Senador Ope Pasquet

71 En Uruguay, la calificación de la buena administración como derecho subjetivo no parece estar consolidada aún, pese a los aportes significativos de la doctrina. En ese sentido ver: DURAN MARTINEZ, "La Buena Administración" en Estudios de Derecho Administrativo, N° 1, La Ley, 2010, p. 73 y sts.

misma de la desintegración de las bases de convivencia democrática, entonces es necesario dotarla de fines y poderes jurídicos que se orienten en esa materia.

Ciertamente esta discusión presenta aristas sutiles, tanto que podrían pasar por alto en la gestión concreta. Pero de verificarse esos supuestos concretos de actuación exorbitantes, se expondría a la INDDHH una actuación fuera de su competencia y con ello, a generar un germen de desprestigio en una institución que, precisamente, requiere mantenerse exenta de toda mácula.

Si fines y poderes jurídicos son presupuestos materiales del control, como hemos señalado previamente, no es conveniente exponer al INDDHH a una actuación materialmente justificada pero fuera de su competencia.

Un ajuste legislativo en este punto se hace necesario para incorporar, sin margen de dudas, la naturaleza mixta (objetiva o subjetiva) del control que efectúa.

4.2 Poderes Jurídicos

El control que efectúa el INDDHH involucra poderes jurídicos que encajan sin forzamientos en la característica de la influencia.

El art. 3 de la Ley establece que las resoluciones del INDDHH tienen *“el carácter de recomendaciones y, consecuentemente, no podrán modificar ni anular actos administrativos o jurisdiccionales”*. Fuera de la generalización inadecuada efectuada por el legislador⁷² resulta claro que el control ejercido no involucra poderes de administración activa respecto de los controlados, y se limita a manifestar o denunciar las situaciones irregulares detectadas.

⁷² Evidentemente, no todas las resoluciones que dicta carecerán de tales atributos, sino aquellas que se dictan en el marco de su competencia sustantiva, es decir, la de formular recomendaciones u observaciones a la actuación de ciertos entes públicos. Esto resulta luego ratificado por el art. 7, cuando establece su régimen de impugnabilidad. Es más, el empleo del giro “resolución” coincide con el que utiliza el Decreto 500/991 para referir a los actos administrativos de efectos particulares y concretos, siendo que acto administrativo es en el derecho positivo uruguayo -y también en la dogmática- una manifestación productora de efectos jurídicos. En definitiva, una resolución sin efectos jurídicos es una *contradictio per se*. Habría sido preferible hablar de “decisiones”, “pronunciamientos” o “recomendaciones u observaciones”, para admitir que junto con éstas, habrá de dictar también resoluciones en sentido estricto, vinculadas básicamente a su estructura interna o con particulares.

Esto surge del art. 4, donde se emplean los giros “proponer”, “promover” “emitir opiniones y recomendaciones”, “colaborar”, “informar y difundir”.

Sin embargo, dentro de los poderes jurídicos asignados por el art. 36 se incorporan facultades específicas que pueden ordenarse del siguiente modo:

Poderes de fiscalización: Puede efectuar, con o sin previo aviso, visitas de inspección a cualquier lugar o sector de actividad de los organismos y entidades objeto de su competencia, pudiendo concurrir con peritos, asesores o con quien estime del caso, estando habilitada a registrar la inspección o visita por los medios y con los soportes tecnológicos que estime pertinentes; entrevistarse con cualquier autoridad, pedir informes, examinar expedientes, archivos y todo tipo de documento, realizar interrogatorios o cualquier otro procedimiento razonable, todo ello sin sujeción a las normas de procedimiento que rigen la producción de la prueba siempre que no afecte los derechos esenciales de las personas, entrevistarse con cualquier persona y solicitarle el aporte de informes o documentación que fuere necesaria para dilucidar el asunto en el cual intervenga y realizar todas las demás acciones tendientes al esclarecimiento de los hechos.

Facultades de patrocinio o legitimación en procedimientos administrativos y procesos judiciales: puede solicitar ante quien corresponda, la adopción de cualquier medida cautelar con el fin de impedir la consumación de perjuicios, el incremento de los ya generados o el cese de los mismos. También puede presentar denuncias penales e interponer recursos de habeas corpus o amparo, sin perjuicio de solicitar otras medidas judiciales cautelares que considere pertinentes.

Facultades de inspección con relevo de restricciones de acceso: Por su intensidad, puede considerarse separadamente la facultad atribuida en materia de control de efectividad de la protección a los derechos humanos en determinados recintos. Así se dispone que puede ingresar, con o sin previo aviso a los lugares de detención, hospitales, establecimientos militares y cualquier otro establecimiento en que existan personas privadas de libertad⁷³ o en régimen de internación. Entiendo

73 Respecto de este tema es notorio que existe una yuxtaposición de cometidos con el Comisionado Parlamentario para el Sistema Carcelario. El proyecto de ley que culminó con el dictado de la Ley 18806 previó en su redacción original la eliminación del Comisionado y la unificación de sus competencias con las del INDDHH. El punto se retiró del proyecto antes de que pleno de la Cámara de Representantes lo votara.

que refiere en esta disposición al acceso a establecimientos públicos. Si se realizara una interpretación extensiva, incluyendo a establecimientos privados que cumplen cometidos sociales, a mi juicio deberá contar siempre con el permiso de acceso de los interesados, o de lo contrario, con orden judicial de allanamiento.

Finalmente posee facultades de coordinación con otras entidades de análoga materia, como suscribir acuerdos de cooperación con comités u organismos encargados del contralor internacional de las obligaciones contraídas por el Estado, en virtud de tratados de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales de defensa y promoción de los derechos humanos, organizaciones académicas, organizaciones sociales y con expertos independientes, todo para el mejor ejercicio de sus funciones. Asimismo, puede suscribir convenios con las Juntas Departamentales, Juntas Locales o con las Intendencias Departamentales en todo lo que sea necesario para el mejor desempeño de sus funciones.

Finalmente le atribuyen facultades propias de un jerarca, por lo que puede adoptar e interpretar las resoluciones y reglamentos que entienda pertinentes para el mejor funcionamiento interno de la INDDHH.

En cuanto a los presupuestos subjetivos del control, es decir, los sujetos controlados, Uruguay adopta un modelo amplio de influencia. Quedan incluidos “todos los poderes y organismos públicos, de cualquier naturaleza y función”⁷⁴.

Por ello, en orden a su calificación, podemos hablar de “control administrativo” por la función ejercida, de tipo parlamentario por la ubicación institucional del controlante, pero que no es sólo “control de la administración” sino “control de la actividad pública y de interés público”, ya que involucra a sujetos privados, estatales o no, que cumplen servicios públicos o sociales. Con ello quedarían incluidos, por ejemplo, los prestadores de servicios de salud o instituciones de enseñanza.

Más allá de las dificultades de calificación de estas categorías jurídicas, la Ley delimita el control de estos sujetos mediante una técnica indirecta: se ejerce de manera directa sobre los entes públicos encargados del control de aquellos.

⁷⁴ Es heterodoxa la nomenclatura empleada por el art. 5, ya que menciona a las entidades paraestatales por un lado y a las personas públicas no estatales por otro, cuando normalmente son asociadas al mismo fenómeno. Lo mismo cuando refiere a “entidades privadas” y luego a “personas privadas”. Si bien podrían sostenerse alcances diversos, entiendo que son empleados como sinónimos.

Ello se complementa con la amplitud del aspecto espacial, asignándole el control de las actividades que desarrollen *“en el territorio nacional o en el extranjero”*.

Los aspectos temporales que se integran a la competencia del INDDHH son sólo relevantes en los asuntos que se encuentran sometidos a una decisión jurisdiccional. De principio, el control puede ser previo, concomitante o a posteriori.

Sin embargo, el art. 6 establece que no posee competencia *“en asuntos que se encuentren en trámite de resolución en la vía jurisdiccional ante los organismos competentes o ante el Contencioso Administrativo”*. Nótese que la ley refiere a asuntos que se encuentren, por lo que es claramente una limitación temporal. Entiendo que nada excluye la posibilidad de que se pronuncie antes o luego de que el trámite de resolución judicial se encuentre en curso.

Ello se reafirma en la competencia genérica asignada en el art. 5, y por lo dispuesto en el segundo inciso del art. 5, que permite que el INDDHH efectúe *“propuestas sobre aspectos generales y realizar informes o emitir opiniones en relación con la función administrativa de los organismos con función jurisdiccional y su organización.”*

4.3 Organización

El INDDHH es un órgano ubicado en el Poder Legislativo, pese a lo cual desarrolla función administrativa.

Está dirigido por un Consejo directivo integrado por cinco miembros.

La ley establece que en su integración se procurará asegurar la representación pluralista de las fuerzas sociales de la sociedad civil interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos, conforme a los principios de equidad de género y no discriminación.

Asimismo, se establecen atributos personales que deben reunir los integrantes. Los arts. 45 y 46 disponen un régimen de atributos e incompatibilidades.

Así, pueden ser designadas personas que posean una alta autoridad moral, experiencia y versación en materia de derechos humanos, así como ser ciudadanos uruguayos y no haber desempeñado cargos electivos o de particular confianza, excepto universitarios.

No pueden desarrollar actividades que afecten su independencia, ni otra actividad remunerada o vinculada a partidos políticos o gremiales.

Estas disposiciones ratifican los atributos típicos de independencia y de influencia en base al prestigio.

El art. 37 dispone que son elegidos por dos tercios de votos del total de componentes de la Asamblea General especialmente convocada al efecto, o mayoría absoluta a falta de designación en la primer sesión, para garantizar un adecuado nivel de apoyo y confianza.

4.4 El acto de control: contenido

Como señalé existen operaciones y actos de control.

La Ley establece que las resoluciones adoptadas por la INDDHH en el marco de su competencia sustantiva no producen efectos jurídicos. El art. 7 establece una solución en principio coherente con esta premisa:

“Las resoluciones de la INDDHH que correspondan al ámbito de las competencias establecido en el Artículo 4° de esta ley, deberán ser fundadas y no admitirán recurso; los demás actos administrativos podrán ser impugnados con los recursos y acciones previstos en la Constitución de la República.”

Es dable notar que al momento de escribirse este comentario, se encuentra pendiente un debate en la esfera jurisdiccional sobre la constitucionalidad de esta disposición legal.

El INDDHH planteó al Gobierno Departamental de Maldonado una recomendación en el marco de las competencias del art. 4 que no fue atendida a juicio del INDDHH, por lo que, amparado en lo dispuesto por el art. 28, se incluyó en el informe anual del Instituto y se le dio la mas amplia publicidad.

El Gobierno Departamental de Maldonado entendió que la decisión de dar publicidad a la recomendación es un acto administrativo sancionatorio, lo que fue rechazado por el INDDHH con base a lo dispuesto en la Ley: las recomendaciones no producen efectos administrativos y no son impugnables.

El TCA sostuvo que:

“en el entendido de que el acto encausado ha sido dictado en el ejercicio de las potestades conferidas a la INDDHH por intermedio del art. 4° de la Ley 18.446, y tomando en cuenta que el art. 7° de esa ley dispone la irrecurribilidad (y por ende la inimpugnabilidad jurisdiccional) de esos actos, estima la Corporación que es posible poner

en duda la constitucionalidad de esta última norma, en tanto podría eventualmente vulnerar lo dispuesto en el art. 309 de la Constitución de la República.”

Por esta razón, el TCA I planteó de oficio el análisis de constitucionalidad ante la SCJ.⁷⁵

A mi juicio, la nota de la influencia se visualiza claramente en el marco legal, ya que la publicidad es una instancia que se verifica cuando no existe una solución satisfactoria del problema detectado.

Esta influencia ha operado positivamente en algunos casos de alta difusión.

En 2018 un ciudadano junto con varios más, increpó en la vía pública al Presidente de la República por algunas decisiones de gobierno y lo trató de mentiroso. Pocos días después, la página web de la Presidencia de la República publicó un comunicado en el que ilustraba acerca de los antecedentes del protestante y le endilgaba el incumplimiento de ciertas obligaciones para con organismos estatales.

Tuve ocasión de pronunciarme sobre el tema como un claro ejemplo de desviación de poder⁷⁶. Pero lo más relevante del caso es que el IN-DDHH emitió un informe⁷⁷, en el que recomendó a la Presidencia de la República retirar la información.

El fundamento de esta sugerencia estuvo fincado en un doble estándar del derecho al honor, ya que los gobernantes deben tolerar verse expuestos y contradichos en su honor bajo el escrutinio público.

Lo cierto es que la Presidencia de la República retiró la información a los pocos días de emitido el informe antes mencionado.

75 Afirma la sentencia que “*En función de ello, entiende el Tribunal que corresponde elevar las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia, a efectos de que se pronuncie respecto a la eventual inconstitucionalidad del art. 7° de la Ley 18.446. Ello por cuanto la norma legal aparentemente limita el universo de actos administrativos sometidos a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo que podría suponer una colisión con lo dispuesto en el art. 309 de la Constitución.*”

En tal sentido, dado que la Suprema Corte de Justicia es el órgano que tiene, conforme lo dispone el art. 257 de la Carta, la competencia originaria y exclusiva en materia de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, corresponde que sea dicho órgano el que se expida respecto de la constitucionalidad del art. 7° de la Ley 18.446.

Huelga recordar que en el art. 258 de la Constitución se prevén tres vías o medios por los cuales se puede solicitar la declaración de inconstitucionalidad: a) la vía de acción, que deberá plantearse ante la Suprema Corte de Justicia; b) la vía de excepción, que podrá oponerse en cualquier procedimiento judicial (o “jurisdiccional” de acuerdo con lo dispuesto en el art. 510 del CGP); y c) de oficio, reservada al Juez o Tribunal que entendiere en el procedimiento o al Tribunal de lo Contencioso Administrativo.”

76 PEZZUTTI, Miguel. Apuntes sobre el manejo ético de la información de los habitantes en poder del Estado. En *Tribuna del Abogado*, publicación del Colegio de Abogados del Uruguay, N° 206, abril-mayo 2018, p. 23

77 Resolución 593/2018

5 Notas Finales

Como conclusión podemos afirmar que:

El control de la administración mediante el ejercicio de la función administrativa en Uruguay presenta algunas debilidades que ameritan la atención del sistema político para garantizar la canalización del descontento y la queja por vías institucionalizadas y productivas.

El defensor del pueblo es una institución útil y adecuada en la medida en que no se le dote sólo de un nombre, sino que se le atribuyan competencias para controlar efectivamente la vigencia de los derechos humanos reconocidos, pero también garantizar una vía de control rápido e informal de la eficiencia administrativa manifestada no sólo en la legalidad, sino en el mérito.

El sistema de control, incluyendo los tradicionales, debe ser profundizado para garantizar el logro de estos objetivos, en épocas donde el descontento se esparce por medios de comunicación informal (redes sociales, básicamente), erosionando rápidamente la credibilidad del sistema institucional.

Ejemplos como los recientes de críticas del INDDHH a decisiones de la Presidencia de la República que acaban por jerarquizar a ambas instituciones, son comprobación empírica del acierto en la inclusión de esta figura en el derecho positivo.

Existen sectores donde la sensibilidad social se manifiesta especialmente (la tributaria, por citar ejemplos incorporados en otros regímenes, así como la salud o el medio ambiente) donde el INDDHH debería enfocar planes de promoción y concientización de derechos individuales frente a las nuevas manifestaciones de intensidad del poder, así como a controlarlos con renovado énfasis. La creación de salas especializadas dentro del INDDHH podría ser considerada como una alternativa adecuada, en lugar de crear defensores con estructuras separadas.

Debería prevenirse la superposición de instituciones de esta naturaleza, fenómeno que puede resultar contraproducente por generar la percepción de “burocratización”.

El Control Administrativo y su Organización en el Uruguay

Felipe Rotondo *

1 Relevancia

El control es una actividad necesaria y sustantiva en el Estado de Derecho, relacionada directamente con el principio de responsabilidad del propio Estado, de sus autoridades y funcionarios en general. Contribuye a reafirmar el principio de juridicidad de la Administración en un entorno democrático, fuera del cual no tiene racionalmente cabida¹, lo que incluye que sea buena, o sea idónea y proba.

“La multiplicidad y complejidad de la actividad administrativa” “hace imprescindible la existencia de procedimientos de contralor, destinados a asegurar que aquella se realice conforme a derecho y a principios de buena administración”².

2 Aspectos

A fin de concretar la visión de los aspectos comprendidos en el control, se los enfocará en la materia financiera³.

* Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Profesor en Cursos de Maestría en la Universidad de Montevideo.

1 Enrique Silva Cimma. El control público, filosofía, principios. Caracas 1976, p. 27. “*Bien podríamos decir que no hay democracia sin control, ni control sin democracia. En efecto así como para que el control se perfeccione y desarrolle en su más amplio sentido, es menester la existencia de un sistema que implique garantías de respeto e independencia por su gestión, así también para que la acción de las esferas política y administrativa de un Estado importe garantía de que ese actuar no caerá en los límites de la arbitrariedad, es necesario un control jurídico fuerte, eficaz, objetivo e independiente*”.

2 Enrique Sayagués Laso. Tratado de Derecho Administrativo. T.II, 9ª edición puesta al día por Daniel Hugo Martins. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2010, N° 921, p. 405.

3 Felipe Rotondo. Administración financiera, control y responsabilidad, en el *Derecho Administrativo en perspectiva, en homenaje al Prof. Dr. José Lulís Meilán Gil*. T. I. Buenos Aires 2014, pp. 511 y ss.

La juridicidad: a) formal: considerar si las cuentas se han justificado; si existe coincidencia entre los resultados y los de la cuenta; si se anotaron en la partida correspondiente, etc. b) material: si en la recaudación de ingresos, la aplicación de créditos, la enajenación de valores patrimoniales, etc. se actuó conforme a las reglas de derecho.

Importan ambas perspectivas, lo que es evidente en ciertos casos, por ejemplo en cuanto a si existe o no crédito, si se cumple con la especialidad del objeto de la asignación presupuestal, si el ordenador del gasto es competente.

La eficacia respecto al cumplimiento de los objetivos de los programas presupuestales, la concreción de las inversiones y la adecuada ejecución de los servicios.

La eficiencia, en cuanto al grado de transformación obtenido en bienes y servicios en relación al rendimiento de los recursos que se invierten; configura la medida de la operatividad.

La economía, que tiene en cuenta la realización de los cometidos al mejor costo posible y en tiempo oportuno, con uso de los recursos necesarios, en cantidad y calidad apropiadas.

En rigor *“la eficacia engloba necesariamente la eficiencia y la economía en la ejecución del gasto público”*⁴.

La cuestión se relaciona con el objeto del control, la *juridicidad* o el mérito (oportunidad y conveniencia) o ambos, lo que es relevante ya que la Administración es, por esencia, servicial y su actuación inoportuna o inconveniente incide negativamente en el principio jurídico de buena administración^{5/6}.

En este sentido, la ley uruguaya N° 17.060 de 23-XII-1998, prevé que:

“Los funcionarios públicos deberán observar estrictamente el principio de probidad, que implica una conducta funcional honesta en el desempeño de su cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro”; seguidamente establece que “El interés público se

4 Luciano Parejo Alfonso. *Perspectivas del Derecho Administrativo para el próximo milenio*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1998, p. 91. En esa línea, la Constitución española, art. 31.2 prevé que *“El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”*. Es de destacar la ubicación de este precepto en la Sección *“De los derechos y deberes de los ciudadanos”*.

5 Agustín A. Gordillo, *Problemas del control de la Administración Pública en América Latina*. Cuadernos Civitas. Madrid, 1981 estima que la *‘grave inoportunidad’* que implique falta de racionalidad colide con el concepto de legitimidad, pp. 110 y 115-116.

6 *“(…) se trata de hacer bien aquello que es correcto, no de hacer correctamente aquello que no es bueno”*, Ferran Termes Anglès. *El control de performance en AAVV. Los órganos de control externo y el sector público*. Sevilla 1992, cit. por Francesc Vallès Vives. *El control externo del gasto público. Configuración y garantía constitucional*. Madrid 2003, p. 238.

expresa en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos”.

Todos y cada uno de los aspectos allí incluidos son, por esencia, plenamente jurídicos.

3 Naturaleza y Caracteres

El control aquí considerado se cumple mediante el ejercicio de la función administrativa, con un procedimiento de esa índole, lo cual no se altera por la posible naturaleza diversa de lo controlado.

En el control en general, también en el administrativo, existe una singularidad formal que deriva de la del acto con que culmina el respectivo procedimiento, en tanto es *una ‘medida’ concreta para el caso controlado*” que *“se agota en su virtualidad jurídica con la aplicación, por tanto, de alcance subjetivo o singular”*⁷.

Por su origen, el control puede ejercerse de oficio, a instancia o ante recurso de interesado, denuncia de tercero o por exigencia normativa la cual puede, incluso, determinar la impulsión del controlado, por ejemplo, si este requiere una autorización para realizar cierta actividad.

En relación a su obligatoriedad, el control puede ser necesario o eventual.

En cuanto a su oportunidad, previo, concomitante o a posteriori; también permanente u ocasional. A su vez, el alcance puede referir a actos jurídicos, conducta de personas, o la gestión como conjunto de actos y hechos.

Si enfoca inmediatamente actos, se habla de control directo, el cual habilita que ellos sean revocados, modificados o anulados por el controlante; será indirecto si pese a referir a un acto, aquel solo puede impulsar a que otro órgano adopte esas u otras medidas⁸.

7 José Aníbal Cagnoni. Introducción a la Teoría del Control. Ed. Universidad. Montevideo 1996, p. 27.

8 Conf. Augusto Durán Martínez. Control de los actos administrativos, en Estudios de Derecho Administrativo. Parte General. Montevideo, 1999, pp. 359 y ss.

4 Proyección

La actividad de control se proyecta hacia los administrados, o sea fuera de la administración caso en el cual, al ponerse en juego derechos fundamentales de las personas, requiere fuente legal⁹; aquí no se tratará este tipo de control.

Si incide en una entidad estatal y se actúa en función administrativa, será un control interadministrativo que relaciona a personas jurídicas estatales diversas; si, en cambio, se efectúa dentro del *propio* sistema al que pertenece el órgano de control, será intra administrativo.

En otros términos, el control será **externo** si se cumple por órganos ajenos a la Administración controlada e **interno**, si ellos pertenecen a la misma Administración.

En visión orgánica también cabe referir al control vertical que supone la relación jerárquica controlante/controlado y al horizontal, entre órganos en igualdad de posición institucional¹⁰.

5 Reglas

La actividad de control es esencialmente intelectual al implicar la apreciación de una actuación, en principio, de otro sujeto aunque cabe admitir la relativa al desarrollo de la propia función, lo que llevaría a que todo órgano realice (deba realizar) una especie de autocontrol.

Sin referir a este último, para un adecuado ejercicio del control se exige: 1) la *independencia* del controlante establecida a través de distintas formas orgánicas, en especial la autonomía funcional y técnica; 2) su imparcialidad y objetividad, basada en la lealtad a su función, con apreciación de las reales circunstancias de lo controlado y sin introducir otras ajenas; 3) su idoneidad, que contribuye a que se perfeccione y valore el control; 4) su carácter de colaboración, de manera que contribuya a una buena administración activa¹¹.

En todo caso resulta pertinente la coordinación entre los controles interno y externo y también con el propio órgano controlado, lo que hoy se facilita por las tecnologías de la información y las comunicaciones.

9 Conforme arts. 7, 10 y concordantes de la Constitución uruguaya.

10 Carlos E. Delpiazzo. Desafíos actuales del control Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 2001, p. 12 y Derecho Administrativo General Vol. 2, 2ª edición AMF Montevideo 2017. p. 295. En los horizontales, distingue los controles intraorgánicos, interorgánicos y extraorgánicos.

11 Felipe Rotondo. Manual de Derecho Administrativo. 10ª edición Tradinco S.A. Montevideo 2017, N° 312, p. 435.

6 Organización Administrativa Uruguaya: Referencia

6.1 Estado Unitario, con Cierta Descentralización

La República Oriental del Uruguay siempre ha sido un Estado unitario pese a la descentralización establecida en muchos textos constitucionales, incluidos los vigentes.

Existe un núcleo estatal central que las normas constitucionales llaman “*Estado*”, cuyos órganos o sistemas orgánicos son los Poderes de Gobierno (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Electoral y el Tribunal de Cuentas pero existen, además, otras personas jurídicas públicas estatales.

En primer lugar los *Gobiernos Departamentales* (que son 19), cuya organización surge de la Constitución de la República complementada con la respectiva Ley Orgánica, cuyas autoridades ejercen función legislativa y administrativa respecto a las materias de competencia de estas entidades en el territorio correspondiente (Departamento). No ejercen, en cambio, función jurisdiccional, la cual está exclusivamente a cargo de los órganos del Estado (central).

En segundo lugar, a través de una descentralización por servicios, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, que solo desarrollan función administrativa y cumplen cometidos claramente delimitados por el principio de especialidad, entre otros los de enseñanza y los industriales y comerciales; estos últimos “*empresas públicas*”¹².

6.2 Administración Pública Uruguaya y su Control del Punto de Vista Orgánico

Esta Administración es el “*conjunto de órganos estatales actuando en función administrativa*”¹³ pertenecientes a (todas) las personas jurídicas antes indicadas.

El Poder Ejecutivo, cabeza de la ‘*Administración Central*’, es el administrador por excelencia aunque la función administrativa se cumple, también, por los otros Poderes de Gobierno como complemento de su respectiva función de principio y por los otros órganos del Estado

¹² La descentralización territorial es sustantivamente diversa a la que se estructura por servicios, no solo por la relevancia del elemento competencial *territorio* sino también porque ella implica una *generalidad* en la *materia* (asuntos) que le corresponden a los Gobiernos Departamentales.

¹³ Enrique Sayagués Laso. Tratado cit. Tomo I, N° 86, p. 171.

(central), por los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados.

En los apartados que siguen se enfocará el control respecto de esa Administración cumplido mediante la función administrativa, actividad que desarrollan distintas estructuras orgánicas, en lo cual inciden varios factores, en especial la naturaleza jurídica del controlado y la materia que se controla.

En algunos casos se hará un breve señalamiento sobre el sistema orgánico de que se trate.

7 Control Administrativo Interno en los Sistemas Orgánicos Centralizados

7.1 Consideración General

Los sistemas centralizados se rigen por el principio de jerarquía. El respectivo jerarca tiene, como potestad natural, el poder de mando (control significa también “*dominio, mando, preponderancia*”), y las potestades jurídicas de avocación, resolución del recurso jerárquico y disciplinaria, de manera que realiza un control sobre la actividad de los órganos y funcionarios dependientes, de juridicidad y de mérito.

El poder de mando comprende la vigilancia de la actuación, la cual se mantiene en el plano técnico y objetivo de la jerarquía, al apreciarse la actividad de los subordinados y adoptarse las medidas necesarias para regularizarla; en la potestad disciplinaria, en cambio, se aprecia la conducta de los funcionarios y se les *juzga* como tales, aplicándose –en su caso – las sanciones pertinentes¹⁴.

La vigilancia es permanente e implica una especie de autorregulación y control interno que abarca juridicidad y mérito y que en cuanto a sus efectos puede ser preventiva o correctiva.

“El control jerárquico es amplio, pues el jerarca posee el pleno dominio de los actos del subordinado y en principio los puede sustituir, revocar o modificar como propios, sin perjuicio de las potestades

¹⁴ Conforme Aparicio Méndez. La Jerarquía. AMF Montevideo 1973, N° 41, p. 93. “*Es corriente ver colocados en un mismo plano, como si se tratara de una serie de potestades, al poder de mando, con el reglamentario, de vigilancia, disciplinario, etc. cuando en realidad estas, con otras, son expresión del primero*”, nota 169, p. 81.

concurrentes de instrucción o dirección de la acción de los subordinados, del poder disciplinario, etc.”¹⁵.

7.2 Modalidades de la Centralización: Incidencia en el Control

En la *centralización derivada*, un órgano subordinado ejerce potestades jerárquicas *propias*, incluidas las de control, *directamente* hacia grados inferiores¹⁶. Por su parte, en la *desconcentración privativa*, el jerarca no está habilitado a actuar de oficio y solo puede revisar una decisión del inferior al resolver el recurso jerárquico interpuesto por un interesado afectado, sea por jurisdicción o por mérito.

“El órgano desconcentrado no puede quedar al margen del control administrativo directo que representa la jerarquía. Si cometiera irregularidades notorias o llegaran denuncias hasta el superior no hay dudas de que éste tiene la obligación de tomar las medidas aconsejadas por las circunstancias, comenzando por una información sumarial o un sumario y terminando por una intervención”¹⁷.

Previamente a la actuación del inferior, el jerarca respectivo puede marcar líneas de acción mediante actos de directiva y, si ellas no se siguen, proceder incluso a la remoción del o de los titulares del órgano subordinado, en especial si este es político o de gobierno.

7.3 Órganos Jerarcas que Ejercen el Control Administrativo Interno en el Uruguay

Dada la organización administrativa indicada en II, ellos son numerosos, entre otros:

El Poder Ejecutivo y en los respectivos ámbitos de la Administración Central, los jerarcas de diverso nivel, como ya se dijo en relación a los Ministros en sus Carteras.

15 Alberto Ramón Real. El control de la Administración, en Nuevos Estudios de Derecho Administrativo. Montevideo 1976, p. 87.

16 Un ejemplo en la Administración Central son los órganos Ministerios, subordinados al Poder Ejecutivo; así el art. 181 ordinal 6 de la Carta prevé que cada Ministro, “*en sus respectivas carteras y de acuerdo con las leyes y las disposiciones del Poder Ejecutivo*”, tiene la “*atribución*” de “*vigilar la gestión administrativa y adoptar las medidas adecuadas para que se efectúe debidamente imponer penas disciplinarias*”.

17 Aparicio Méndez. Sistemas orgánicos. Tomo I. Centralización AMF Montevideo 1973, N° 199, p. 207y ss.

El órgano cabeza del Poder Judicial, la Suprema Corte de Justicia, a la que compete la *“superintendencia correctiva”* de su sistema orgánico¹⁸.

Obviamente tal competencia incide en lo administrativo pero *no* en la función jurisdiccional a cargo de los diversos Tribunales en cuyo ejercicio estos son *“independientes”*, sin perjuicio de la llamada jerarquía instancial.

Cada Cámara legislativa respecto del personal de su dependencia¹⁹.

Los órganos constitucionales del Estado (central), Corte Electoral, Tribunal de Cuentas y Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en su respectiva estructura administrativa²⁰.

En cada Gobierno Departamental, la Junta Departamental (órgano legislativo y de control), el Intendente (órgano administrativo y ejecutivo) y los Municipios; todos y cada uno ellos controla internamente a sus dependencias²¹.

En cada Ente Autónomo o Servicio Descentralizado el control administrativo interno está especialmente a cargo del respectivo jerarca (el máximo es un Directorio o un Director General), en algunos casos con intervención de órganos específicos²².

18 Conf. art. 239 ordinal 2º de la Constitución; y c. El ordinal 7º dispone que la Corte destituye a jueces y personal administrativo con al menos cuatro votos de sus cinco miembros. En cada Juzgado, la Ley Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales N° 15.750 de 24-VI-1985 prevé que *“Los jueces celarán en sus secretarios, actuarios y demás funcionarios de su dependencia, la puntual observancia de sus obligaciones”* y que *“Los actuarios tendrán la dirección administrativa de la oficina, bajo la superintendencia del Juzgado”*.

19 Art. 107 de la Constitución. Por ejemplo, el Reglamento de la Cámara de Representantes, art. 106 ordinal 15 establece que su Presidente, *“de acuerdo con el Secretario Redactor y con la Comisión de Asuntos Internos destituye a los funcionarios “por faltas graves”. “No existiendo acuerdo (...) el Presidente someterá el caso a la decisión de la Cámara”*.

20 Estos órganos no son Poderes de Gobierno porque no tienen el ejercicio de principio de una función jurídica del Estado pero actúan con absoluta autonomía.

21 El art. 273-7 de la Constitución prevé que la Junta Departamental corrige, suspende y destituye a sus empleados y el 275-5 lo hace para el Intendente. La ley N° 19.272 de 18-IX-2014, art.12 dispone: *“2. Son atribuciones de los Municipios: supervisar las oficinas de su dependencia y ejercer la potestad disciplinaria sobre los funcionarios del Municipio, en el marco de la política de recursos humanos y de las disposiciones vigentes establecidas por el respectivo Gobierno Departamental”*

22 Es el caso de la Comisión Asesora de la Administración de Ferrocarriles del Estado (decreto-ley N° 14.396 de 1-VII-1975, arts.14 y 16, con miembros designados por su Directorio, 2 del personal técnico y semitécnico, 2 del administrativo, 2 del obrero y 1 a libre elección del Directorio) y de la Comisión Asesora de Promociones, Faltas y Seguridad Industrial de la Administración de las Obras Sanitarias del Estado (ley N° 11.907 de 10-XII-1952, con 1 delegado del Directorio, 3 del personal técnico y administrativo y 3 del obrero, salvo el primero, electos).

8 Control Administrativo Interno y Externo en la Descentralización por Servicios

8.1 Consideración General

En el sistema descentralizado la jerarquía desaparece y se sustituye por controles específicos de acuerdo con los cuales, entre otros elementos, se configura, la descentralización “*tutelar*” que permite dejar sin efecto la voluntad del “*tutelado*” e, incluso, sustituirla y la “*autonómica*” en la que ello no se admite y usualmente se verifica una actividad de coordinación de la cual el control constituye un medio, a cargo de un tercer órgano, coordinante.

Las atribuciones de control, limitadas, que el ordenamiento positivo confiere al controlante se proyectan sobre la juridicidad y, en su caso, el ajuste a las directivas que ese órgano emita en el sector su competencia.

El controlado cumple función activa, usualmente de prestación de bienes o servicios (docentes, suministro de energía eléctrica, de agua potable, etc.); el controlante a veces lo habilita a actuar, otras corrige sus actos o gestión al apreciar el ajuste a normas jurídicas o directivas; también puede desarrollar procedimientos sancionatorios sobre los titulares de los órganos jerarcas del controlado.

En alguno de los grados de la descentralización, en cierta etapa del procedimiento de control, como ya se dijo, interviene un tercer órgano (coordinante); entonces se pasa del control *de* descentralización (*interno* de esta) al control *de la* descentralización que es *externo* e incide sobre controlante y controlado²³.

8.2 Régimen Uruguayo

El Poder Ejecutivo controla a los jefes (máximos) de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados incluso de oficio, respecto de sus actos o gestión y por razones jurídicas o de mérito²⁴.

23 Conf. Aparicio Méndez. La descentralización. Concepto y caracteres, en Estudios de Derecho Administrativo. Universidad de la República Montevideo 1979, p. 247. Otra es la posición de E. Sayagués Laso, Tratado cit. T. I N° 131, p. 244, quien expone: “*La descentralización será más o menos acentuada según sea el quantum de los poderes de administración transferidos y la intensidad de los poderes de contralor. Cuando la transferencia de poderes de administración sea total y el contralor esté reducido al mínimo, la descentralización será máxima (...)*”; por lo cual el control lo entiende como *externo*

24 Arts. 197 y 198 de la Constitución. Para la aplicación de esta norma, el decreto 155/000 dispuso que esos Organismos remitan al Poder Ejecutivo por intermedio de los respectivos Ministerios,

El procedimiento se inicia con una “*observación*”, acto intelectual y expresión de voluntad, que puede establecer un plazo para una (posible) rectificación y también “*disponer la suspensión de los actos observados*”.

El órgano *observado* no está jurídicamente obligado a atender la observación en virtud de la descentralización. Si la desatiende, el Ejecutivo puede disponer *rectificaciones* del acto o gestión, *remociones* de directores, y *correctivos*, los que incluyen medidas disciplinarias, por ejemplo una suspensión de aquellos.

Comunica las medidas al Senado que en definitiva resuelve en rol de coordinante; si no se pronuncia en sesenta días, las medidas del Poder Ejecutivo adquieren carácter “*definitivo*”.

Este control *no* es aplicable “*a los distintos servicios de enseñanza*”, por lo cual los Entes Autónomos docentes tienen un neto perfil autonómico.

El Poder Ejecutivo controla también la conducta individual de los Directores de los referidos Organismos, a quienes puede destituir “*en caso de ineptitud, omisión o delito en el ejercicio del cargo o de la comisión de actos que afecten su buen nombre o el prestigio de la institución a que pertenezcan*”.

Requiere ‘*venia*’ del Senado y si este no se expide en sesenta días, aquel Poder “*podrá hacer efectiva la destitución*”²⁵.

El control que tipifica a nivel constitucional la llamada “*tutela administrativa*” refiere al régimen recursivo aplicable respecto de los actos administrativos de los Servicios Descentralizados (*no* a los de los Entes Autónomos).

Es un control efectuado ante petición calificada (“*recurso*”) del administrado, que solicita dentro del respectivo plazo se deje sin efecto, modifique, sustituya o complemente el acto que impugna.

La vía recursiva se agota con el subsidiario recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo²⁶, el cual puede fundarse *exclusivamente*

copias testimoniadas de las actas de sesiones de sus Directorios o si tuvieron Directores Generales, testimonio de sus actos, dentro de los cinco días hábiles siguientes. El Ministerio elevará al Ejecutivo un ejemplar dentro de los dos hábiles, con informe sobre la legalidad y conveniencia de lo resuelto y propondrá en su caso observaciones dentro de los quince días.

25 Dada la imputación que implica, el inculpado tener oportunidad de presentar descargos y articular su defensa. En los procedimientos de control referidos, el Ejecutivo, “*actuando en Consejo de Ministros, podrá reemplazar a los miembros de Directorios o Directores Generales cuya venia de destitución se solicita con miembros de Directorios o Directores Generales de otros Entes, con carácter interino y hasta que se produzca el pronunciamiento del Senado*”. Por otra parte las destituciones no dan “*derecho a recurso alguno ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo*”, lo cual se relaciona con la cuestión política derivada de la naturaleza de los cargos, lo que ha llevado a que se califiquen esas medidas como actos de gobierno.

26 Arts. 317 y 194 de la Constitución. El de anulación es subsidiario al recurso de revocación que resuelve el jerarca (máximo) del Servicio Descentralizado y, en su caso, también al recurso jerárquico

en razones de juridicidad, por lo cual el Ejecutivo anula o no el acto impugnado del Servicio Descentralizado pero no puede sustituirlo o modificarlo por razones de mérito.

Otro control, usualmente llamado “*automático*” por su procedimiento y que puede verse, en rigor, como un mecanismo que habilita o impulsa el control, surge de algunas leyes de los Organismos descentralizados que tratan de la responsabilidad de sus Directores por las decisiones que adopten y para el caso de su disenso, según las cuales el órgano colegiado de dirección debe remitir copia del acta al Poder Ejecutivo²⁷.

Existe, también, un control que suele denominarse “*popular*” en tanto permite el conocimiento general de información mediante la publicidad periódica de estados que reflejen claramente la vida financiera de los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados “y, en general, todas las administraciones autónomas con patrimonio propio, cualquiera sea su naturaleza jurídica”, visados por el Tribunal de Cuentas²⁸.

El grado de la descentralización del dominio industrial y comercial depende de las previsiones de la Constitución pero también de la ley²⁹, por lo cual hay otras intervenciones de control del Poder Ejecutivo; así

si es que el acto impugnado proviene de un órgano subordinado de ese Servicio.

- 27 Ejemplo, ley N° 16.696 de 30-III-1996, art. 21: “(...) los miembros del Directorio (del Banco Central) son personal y solidariamente responsables de las resoluciones votadas en oposición a la Constitución, a las leyes o a los reglamentos. Quedan dispensados de esta responsabilidad: A) Los presentes que hubieran hecho constar en actas su disenso con la resolución adoptada y el fundamento que lo motivó. Los ausentes de la sesión en que se adoptó la resolución, siempre que hagan constar en actas su disenso en la primera oportunidad en que sea posible. En ambos casos el Secretario General del Banco deberá remitir al Poder Ejecutivo testimonio del acta respectiva”.
- 28 Constitución, art. 191. La ley N° 19.438 de 14-X-2016, art. 190, prevé que esos Organismos estatales, las personas públicas no estatales, las privadas que manejen fondos públicos o administren bienes del Estado y, en general, los organismos públicos que deban publicar estados que reflejen su actividad financiera, lo harán en el sitio web que establece la Auditoría Interna de la Nación. Aplica esa norma a “las personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad o parcialmente por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales”, lo que importa por su gran número y la pertinencia de ajustar su control. Al respecto, la ley N° 19.535 de 25-IX-2017 dispuso que las personas públicas no estatales, los organismos privados que manejan fondos públicos o administran bienes del Estado y las personas jurídicas cualquiera sea su naturaleza y finalidad en las que el Estado participe directa o indirectamente en todo o en parte de su capital social, presentarán estados contables, con dictamen de auditoría externa, ante el Poder Ejecutivo y el Tribunal de Cuentas. Bien se ha dicho, en base a una interpretación evolutiva sobre la Hacienda Pública, que esta “alcanza a las manifestaciones de lo público estatal pero también a aquellos casos en que las dos notas se presentan por separado, es decir, donde hay presencia de lo público (aunque no de lo estatal) y donde lo estatal se conjuga con lo privado (como ocurre en las denominadas sociedades instrumentales)”, Carlos E. Delpiazzo. Comentarios al Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera. Sobre la Hacienda Pública. Cap. 2. Universidad de Montevideo 2012, pp. 23 y ss.
- 29 El art. 185 inciso 1 de la Carta establece: “Los diversos servicios del dominio industrial y comercial del Estado serán administrados por Directorios o Directores Generales y tendrán el grado de descentralización que fijen la presente Constitución y las leyes que se dictaren con la conformidad de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara”.

por ejemplo, se requiere su asentimiento para que el servicio público de electricidad se preste mediante concesión o para que esta se otorgue para realizar obras y prestar servicios ferroviarios.

El Poder Ejecutivo ejerce, asimismo, control en materia presupuestal. En el caso de los Organismos del citado dominio, puede efectuar observaciones (art. 221 de la Constitución) y, asesorado por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, comunicarles “*su criterio sobre la ejecución presupuestal de sus gastos de funcionamiento*”.

Esa Oficina, también, evalúa técnicamente de modo previo, concomitante y posterior la ejecución de los programas comprendidos en el Presupuesto Nacional³⁰.

9 Control Administrativo Externo como Atribución del Poder Legislativo

1. A este compete legislar pero también controla, fundamentalmente al Poder Ejecutivo con proyecciones sobre otros órganos o sistemas orgánicos.
2. Es un control parlamentario que no se cumple mediante función legislativa³¹; en algunos de los procedimientos, así los que se indican seguidamente en a) y b) pueden ser realizados con un número de votos alcanzables por los partidos políticos de oposición³²:
3. Pedido de informes a los Ministros, a la Suprema Corte de Justicia, a la Corte Electoral, al Tribunal de Cuentas y al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, excluyendo lo relativo a “*la materia y competencia jurisdiccionales del Poder Judicial*” y de

30 La citada Oficina depende de la Presidencia de la República. Por su parte, en el Presupuesto Nacional se incluyen la Administración Central, el Poder Judicial, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral y los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados no industriales ni comerciales.

31 En el Derecho uruguayo, “*las funciones constituyente, legislativa y jurisdiccional se definen necesariamente en principio mediante un criterio orgánico-formal: cada una de ellas es la actividad estatal cumplida por ciertos órganos y mediante ciertos procedimientos establecidos en la Constitución y las leyes*”, Juan P. Cajarville Peluffo. Procedimiento administrativo. Idea. Montevideo 1992, p. 10-11. Agrega que ese criterio tiene un contenido negativo y residual respecto a la función administrativa, que es “*la actividad cumplida por cualquier órgano estatal que no pueda definirse como propia de alguna de las otras funciones (...); “si no se trata de reformar la Constitución, ni de dictar una ley ni una sentencia, (...) el procedimiento será entonces administrativo*”.

32 Arts. 118 a 120 de la Constitución. “[...] *dado su carácter político y la influencia del régimen de los partidos, este contralor de la Administración está muy venido a menos y nunca podría cubrir, en forma sistemática, las necesidades de una gran administración moderna, cuya complejidad y tecnicismo escapan a la competencia y a las posibilidades de trabajo de los parlamentarios (...)*”. A. R. Real. El control de la Administración cit, p. 91.

este último Tribunal. Es atribución de cada legislador y si no se facilita en cierto tiempo, este puede hacerlo por intermedio de su Cámara.

4. Llamado a Sala a los Ministros por cada Cámara, *“para pedirles y recibir los informes que estime convenientes”*, con fines *“legislativos, de inspección o de fiscalización”*. Si los informes refieren a Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, *“los Ministros podrán requerir la asistencia conjunta de un representante del respectivo Consejo o Directorio.”*
5. Comisiones Parlamentarias de Investigación.
6. Otorgamiento (expreso o ficto) de venia por el Senado o la Comisión Permanente³³ para destituir a funcionarios inamovibles de la Administración Central o nombrar Jefes de Misión del servicio exterior; otorgamiento (expreso) de venia por el Senado o la Comisión Permanente para ascensos de Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas o designar Fiscales y Ministros de los Tribunales de Apelaciones y venia del Senado para designar Directores de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.
7. La Cámara de Senadores tiene a su cargo el control de coordinación que se trató en IV (2.1 y 2.2) y la de Representantes, el que se indica en VIII (1 y 2).
8. El Legislativo también puede censurar a los Ministros, integrantes del Poder Ejecutivo, por sus actos de administración o de gobierno, lo que incide en el matiz parlamentario que surge de los textos constitucionales pero no de la realidad político institucional³⁴.

33 Esta está integrada por 4 Senadores y 7 Representantes Nacionales (diputados) y actúa en el período de receso de las Cámaras. Debe velar *“sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, haciendo al Poder Ejecutivo las advertencias convenientes al efecto, (...)”* y *“también prestar su consentimiento en todos los casos en que el Poder Ejecutivo lo necesita (...)”*; arts.129 y 132 de la Constitución.

34 Arts. 147 y 148 de la Carta. Previén la posible disolución de las Cámaras y el llamado a elecciones legislativas extraordinarias. El procedimiento indicado se inició en una sola oportunidad (1969), y no prosiguió porque la censura al Ministro obtuvo la mayoría parlamentaria que impide al Presidente de la República el mantenimiento del Ministro censurado y la adopción de las medidas de referencia.

10 Control Externo de la Actividad Económico-financiera³⁵

El Tribunal de Cuentas, órgano del Estado (central)³⁶ ejerce, con “*autonomía funcional*”, este control que es esencialmente preventivo y de juridicidad. Le compete la “*superintendencia*” “*sobre todas las oficinas de contabilidad, recaudación y pagos*” de los organismos estatales y “*la vigilancia en la ejecución de los presupuestos y la función de contralor de toda gestión relativa a la Hacienda Pública, (...)*”.

Su control es previo, concomitante y a posteriori. En ese sentido:

- Dictamina e informa en materia de presupuestos.
- Interviene en gastos y pagos “*al solo efecto de certificar su legalidad, haciendo, en su caso, las observaciones correspondientes*”, directamente o a través de sus Auditores o de los Contadores Delegados; estos últimos, funcionarios de Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales, que en la materia actúan *bajo superintendencia del Tribunal*³⁷. Su observación, traba el gasto o pago pero no lo impide si el ordenador insiste (“*reitera*”), “*expresando de manera detallada los motivos que justifican a su juicio seguir el curso del gasto o pago*”, en resolución que debe darse a publicidad. Si el Tribunal mantiene la observación, da “*noticia circunstanciada*” al órgano legislativo nacional o departamental; en el caso de la administración descentralizada por servicios, además al Poder Ejecutivo. Ello para habilitar la puesta en práctica de los controles a cargo de esos otros órganos³⁸.
- Dictamina e informa sobre la rendición de cuentas y gestiones de ‘*todos los órganos estatales*’, de lo que da cuenta anualmente al Legislativo y sobre las acciones en caso de responsabilidad, exponiendo las consideraciones pertinentes. Este es un control a

35 Secciones XIII y XIV de la Constitución y normas legales recogidas en el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF- decreto N° 150/012 con ajustes), art. 111 y ss.

36 Tiene 7 miembros designados por la Asamblea General legislativa por del total de sus 130 componentes.

37 En ciertos casos, actúa directamente el Tribunal, por ejemplo, respecto a gastos emergentes de transacciones y laudos arbitrales; proyectos de asociación de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio comercial e industrial con entidades públicas o privadas nacionales o extranjeras.

38 Por eso A. Durán Martínez, El control de los actos administrativos, cit., p. 361-362 dice que es un control externo “*intermedio o mixto*”, porque el Tribunal puede provocar la suspensión de la ejecución del acto o paralizar el procedimiento, pero no lo revoca ni anula y si se insiste lleva a la actuación de otros órganos. Esta actuación no se ha verificado, por cierto, en la medida necesaria.

posteriori que se vincula con la competencia de “*visar*” los “*estados que reflejen la vida financiera*” de entidades descentralizadas “y, en general, de todas las administraciones autónomas con patrimonio propio” así como con la disposición que determina que los Directores de Organismos descentralizados, para poder ser “*reelectos*” o nuevamente designados, no tienen que haber merecido observación del Tribunal sobre su *gestión*, emitida por lo menos por cuatro votos conformes.

- Interviene “*en todo lo relativo a la gestión financiera de los órganos estatales*” y le corresponde *denunciar ante quien corresponda, todas las irregularidades en el manejo de fondos públicos e infracciones a leyes de presupuesto y contabilidad*”. Este es un control permanente y amplio para cuyo ejercicio debe ponerse a disposición del Tribunal los registros e informaciones del caso³⁹.

El Tribunal es un *órgano de competencia abierta*, ya que la ley puede asignarle otras atribuciones propias de su naturaleza y competencia constitucional.

Así debe:

“informar a la Asamblea General y a las Juntas Departamentales en su caso, emitiendo su opinión con respecto al costo de los servicios y eventualmente su comparación con los rendimientos obtenidos en orden al cumplimiento de los programas presupuestales y la eficiencia de los Organismos que los tuvieron a su cargo” y cumple un “control externo de eficiencia”.

El Tribunal de Cuentas, como se dijo, controla esencialmente la “*legalidad*” de la actuación económico financiera pero su control no es jurisdiccional pese a su nombre. No anula actos; interviene, llamando la atención pero sin desviar ni modificar la actividad de la Administración. Por otra parte dicta Ordenanzas de Contabilidad con fuerza obligatoria para todos los órganos estatales (reglamentos), por cuya vía se determina el régimen de “*los descargos en cuentas de fondos y valores*”.

³⁹ Carlos Guariglia. Eficiencia de la gestión y su control en *Estado-Administración. Su reforma en el presente*. Anuario de Derecho Administrativo. FCU Montevideo 2005, p. 77, expresa: “*El sentido de la disposición es amplio y por eso, después de decir que puede dictaminar respecto de esas cuentas, lo que implica la facultad de abrir opinión sobre la justa recaudación e inversión, agrega que ese dictamen se extenderá sobre la gestión, es decir, a la forma conveniente o no para la administración en que se han ejecutado las leyes financieras, pudiendo hacer consideraciones y observaciones sobre dicha gestión (...)*”. Al respecto corresponde tener en cuenta lo expuesto en el apartado I.2 de esta ponencia.

11 Control Interno de Actos y de la Gestión Económico-financiera

El sistema de control interno en esta materia lo encabeza la Auditoría Interna de la Nación, desconcentrada del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas, que actúa con autonomía técnica.

Su ámbito de actuación comprende a los órganos y reparticiones de la persona pública Estado (central) y a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados no industriales ni comerciales, sin perjuicio de las autonomías reconocidas constitucionalmente.

Realiza auditorías de cumplimiento y gestión, según criterios técnicos; ejerce la superintendencia técnica en lo que atañe a las Unidades que actúan en el sistema de auditoría interna gubernamental y promueve el enfoque de riesgos.

Su control es esencialmente selectivo y posterior, y sin perjuicio de los criterios de control fijada en normas de auditoría, se funda *“en criterios de juridicidad, eficiencia y eficacia, según corresponda”*.

Luego de su actuación produce un informe, con *“conclusiones y recomendaciones”*, da vista al jerarca del Organismo auditado por diez días y de la posterior decisión que adopte, eleva copia al Poder Ejecutivo y publica un resumen de los resultados de su actuación. Su control no es vinculante, si bien evacua, con este carácter, consultas *“que le formulen por escrito los organismos sometidos a su control, pudiendo publicar las que considere de interés general”*.

12 Controles Administrativos Específicos Externos Respecto de los Gobiernos Departamentales

Los decretos que crean o modifican impuestos, aprobados por acto legislativo departamental, pueden ser apelados por el Poder Ejecutivo, *por razones de interés general*, dentro de los quince días de la publicación en el Diario Oficial, con efecto *suspensivo*.

La decisión corresponde a la Cámara de Representantes que tiene sesenta días para pronunciarse; si no resuelve en ese plazo, *“el recurso se tendrá por no interpuesto”*.

Ella puede mantener o revocar el acto apelado; no en cambio, modificarlo porque ello lesionaría la autonomía del Departamento.

Es un control directo sobre el acto y a posteriori, por razones jurídicas o no; en el último caso, por ejemplo, para lograr una coordinación

de la política fiscal nacional y departamental. Es también horizontal “*porque los órganos se encuentran en situación de equiordenación*”⁴⁰.

Los actos jurídicos del Gobierno Departamental no impugnables ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por su naturaleza no administrativa o aunque lo sean, por ausencia de sujeto legitimado (con derecho subjetivo o interés legítimo), pueden ser apelados ante la Cámara de Representantes.

La apelación se basa en razones de legitimidad (los actos atacados son “*contrarios a la Constitución y a las leyes*”); se interpone dentro de los quince días de la publicación por un tercio del total de miembros de la Junta Departamental (órgano legislativo de 31 miembros) o por mil ciudadanos inscriptos en el Departamento; en este último caso, y cuando el decreto apelado tenga por objeto el aumento de las rentas departamentales, la apelación *no* tendrá efecto suspensivo.

La Cámara tiene sesenta días para pronunciarse; si no resuelve en ese plazo, el recurso se tendrá por no interpuesto. Puede confirmar o anular total o parcialmente el acto, efectuando un control externo y directo sobre este⁴¹.

Para que los Gobiernos Departamentales emitan títulos de deuda o acuerden préstamos con organismos internacionales o instituciones o gobiernos extranjeros, se exige informe del Tribunal de Cuentas y anuencia del Poder Legislativo.

En el ámbito de esos Gobiernos, existe el control de la Junta Departamental sobre el Intendente, de manera similar al que el Poder Legislativo efectúa sobre el Ejecutivo a nivel nacional (véase apartado V); lo cumple también sobre los Municipios.

Este control, aunque se efectúen *dentro* de la persona jurídica Gobierno Departamental, se desarrolla por órgano claramente separado del controlado, por lo cual es externo.

40 Art. 300 de la Constitución. (“...”) *su regulación constitucional evidencia que se trata de un control más tenue que el que rige la descentralización funcional* (por servicios), “*ya que en caso de silencio de la Cámara de Representantes en el plazo de 60 días, se considera confirmado el acto de la Junta Departamental*”. Graciela Ruocco. Controles a cargo de las Cámaras Legislativas, en *Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de Derecho Privado*. Instituto de Derecho Administrativo. Felipe Rotondo Coordinador Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 2017, pp.173 y ss.

41 Art. 303 de la Constitución y ley N° 18.045 de 23-X-2006.

13 Controles Administrativos Relativos a Cuestiones o Asuntos Determinados

Estos se efectúan por la Administración respecto de operadores privados pero también públicos a cargo de actividades de diversa índole. A continuación se indican *algunos*, en los cuales los controlantes integran la Administración Central salvo el caso del Banco Central, que es un Ente Autónomo por mandato constitucional.

Los controlados público-estatales tienen distinta naturaleza pero *en general son ajenos* al órgano controlante por lo cual desde este punto de vista el control es **externo**.

13.1 Defensa de la Competencia

La ley N° 18.159 de 20-VII-2007, art. 3, establece que “*Todas las personas físicas o jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas, con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo, están obligadas a regirse por los principios de la libre competencia (...)*”. Prohíbe prácticas de abuso de posición dominante o que restrinjan, distorsionen, etc. la competencia actual o futura en el mercado relevante y prevé procedimientos para la investigación y sanción de prácticas prohibidas.

Es una ley de orden público que tiene por objeto “*fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados*”.

El órgano competente es la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, desconcentrada del Ministerio de Economía y Finanzas, salvo para sectores “*sometidos al control o superintendencia de órganos reguladores especializados*”, tales como el Banco Central y las Unidades que se indican a posteriori.

La Comisión emite “*normas generales e instrucciones particulares que contribuyan al cumplimiento de los objetivos*” legales; recomendaciones y aplica sanciones (apercibimiento, multas) que pueden recaer en entidades de la Administración, en especial en Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial.

13.2 Servicios de Comunicaciones

La Unidad Reguladora de Comunicaciones, desconcentrada no privativa del Poder Ejecutivo, con el cual se vincula a través del Ministerio de Industria, Energía y Minería, emite regulación técnica y de control en las actividades de telecomunicaciones; controla la instalación y funcionamiento, calidad, regularidad y alcance de esas actividades, prestadas por operadores públicos y privados; instruye y resuelve denuncias y reclamos de usuarios y consumidores; aplica sanciones (observación, apercibimiento, decomisos) o las propone al Poder Ejecutivo (multas, etc.). También comprende a los servicios postales.

Controla, así, a las entidades estatales prestacionales, los Servicios Descentralizados Administración Nacional de Telecomunicaciones y Administración Nacional de Correos.

13.3 Servicios de Energía y Agua

La Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua, con similar ubicación a la citada en el numeral anterior, controla el cumplimiento de la normativa en las áreas de energía eléctrica; importación de gas natural; transporte, almacenamiento y distribución de gas por redes; operaciones similares respecto del petróleo, combustibles y otros derivados de hidrocarburos; agua potable a través de redes destinada a terceros; etc.

Entre otras atribuciones, dicta reglas generales e instrucciones particulares para asegurar el funcionamiento de servicios así como normas técnicas; instruye denuncias de usuarios y consumidores y sanciona.

Su control comprende a prestadores públicos, los Entes Autónomos Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland y Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas, y el Servicio Descentralizado Administración de las Obras Sanitarias del Estado.

13.4 Datos Personales

La Unidad Reguladora y de Control en esta materia, órgano desconcentrado y con autonomía técnica de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento, a su vez desconcentrada de la Presidencia de la República, asiste, asesora y dicta reglas; controla *“la observancia de las normas*

sobre integridad, veracidad y seguridad de datos por parte de los responsables de las bases de datos” y aplica sanciones de observación, apercibimiento, multas o suspensión de base de datos hasta por cinco días.

El responsable “*controlado*” puede ser una persona pública, estatal o no estatal o una privada.

13.5 Sistema Financiero

El Banco Central del Uruguay, Ente Autónomo (Constitución, art. 196), tiene a su cargo la regulación y supervisión de la ejecución de la normas por parte de entidades públicas además de las privadas que integran el sistema financiero.

La regulación proviene de la ley y de reglamentaciones del Directorio del Ente, si bien su Superintendencia de Servicios Financieros, con desconcentración no privativa y autonomía técnica, dicta normas generales de prudencia e instrucciones particulares dirigidas a promover:

“la estabilidad, solvencia, transparencia y el funcionamiento ordenado y competitivo de las entidades supervisadas y de los mercados en que actúan, así como para la protección de los consumidores de servicios financieros y la prevención y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”.

Entre los controlados están los Entes Autónomos Bancos República y de Seguros del Estado; también controla a las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional, entre ellas una que es estatal.

14 Ombudsman, o Defensor del Pueblo

El control del Ombudsman es compatible con los controles clásicos. Con respecto al administrativo, *“corrige sus insuficiencias o sus demoras y actúa frente a la natural tentación que tiene la administración de creer buenas sus decisiones, cuando éstas son recurridas”* y en cuanto al jurisdiccional lo complementa, pues el Ombudsman *“también controla el trámite o etapa preparatoria”*⁴². *Puede ser cierto como dicen los críticos que no está muy bien equipado para cazar leones. Pero ciertamente puede aplastar bastantes moscas. Aún si funcionara en los*

⁴² José Aníbal Cagnoni. El Ombudsman. Ponencia al 2º Congreso Iberoamericano de Derecho Municipal y Regional y 1as. Jornadas de Derecho Constitucional. Rocha, Uruguay 1994.

*países en desarrollo con sólo la mitad de su efectividad en el esquema original, su adopción valdría bien la pena*⁴³.

En el Uruguay la Constitución no prevé esta figura. La doctrina admitió la adecuación jurídica de su creación mediante ley y con ubicación en el Poder Legislativo dada la función de control de este y su carácter especialmente representativo⁴⁴.

La ley N° 17.684 de 29-VIII-2003 instituyó el:

“Comisionado Parlamentario con el cometido principal de asesorar al Poder Legislativo en su función de control del cumplimiento de la normativa” sobre “la situación de las personas privadas de libertad en virtud de proceso judicial. Igualmente la compete la supervisión de la actividad de los organismos encargados de la administración de los establecimientos carcelarios y de la reinserción social del recluso liberado”.

El Comisionado no modifica ni anula actos; no impone sanciones ni otorga indemnizaciones; puede sí *“sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de actos y resoluciones”*. Sus recomendaciones no tienen carácter obligatorio, pero la autoridad administrativa debe, dentro de los treinta días de notificada, dar respuesta por escrito, particularmente de las razones que le asistan para no seguirlas.

Si el Comisionado no se conforma con ellas o no recibe información aceptable, remite los antecedentes al jerarca máximo del órgano en cuestión; si dentro de los sesenta días no obtiene explicación adecuada, incluye el asunto en su informe a la Asamblea General (Legislativa), con mención de las autoridades o funcionarios que adoptaron tal actitud, las recomendaciones formuladas y las razones de la Administración, si existen.

Por su parte, los servicios administrativos encargados de los establecimientos de reclusión deben colaborar con el Comisionado Parlamentario en sus investigaciones, inspecciones o pedidos de informe y aquel puede pedir informes a organismos públicos, abogados defensores,

43 Rowat citado por Agustín A. Gordillo. Problemas del control de la Administración Pública en América Latina, cit. p. 136.

44 Daniel Hugo Martins. Conveniencia de la creación del Defensor del Pueblo en el Uruguay en *Constitución y Administración*, Tomo 1 Montevideo 1997, pp. 593 y ss. entendió, en ese sentido, que *“bien puede crearse por ley una Comisión Bicameral con las funciones de la Defensoría del Pueblo, que proponga a la Asamblea General la designación de un funcionario, el Defensor del Pueblo, que investigue las quejas que reciba del público, en nombre de dicha Comisión y que dé cuenta a la misma de sus investigaciones y ésta a la Asamblea General”*

organizaciones de asistencia, con exclusión de *“todo informe relativo a materia o competencia de carácter jurisdiccional”*.

Está legitimado para interponer el habeas corpus y la acción de amparo y proceder a la denuncia penal cuando estime que existen delitos.

Es nombrado por la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras (Senado y Representantes) por 3/5 de sus componentes; dura cinco años en su cargo y puede ser reelecto⁴⁵. No está sujeto a mandato imperativo, ni puede ni debe recibir instrucciones de ninguna autoridad, actuando con *“plena autonomía, de acuerdo a su criterio y bajo su responsabilidad”*.

La ley N° 18.446 de 24-XII-2008 creó la *“Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo”* (nombre dado por la N° 18.806 de 14-IX-2011), como *‘institución del Poder Legislativo’*, para *“la defensa, promoción y protección en toda su extensión, de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y el derecho internacional”* *“en el ámbito de competencias”* que define la ley. Por su parte, la ley N° 19.307 de 29-XII-2014, de servicios de comunicación audiovisual, art. 86, le asigna el cometido de *“defender y promover los derechos”* que esta reconoce.

Sus resoluciones tienen *“el carácter de recomendaciones”* *“y, consecuentemente, no podrán modificar ni anular actos administrativos o jurisdiccionales”*.

Entre otras, sus competencias son las de:

“promover la adopción de las medidas que considere adecuadas para que el ordenamiento jurídico y las prácticas administrativas e institucionales se armonicen con los instrumentos internacionales relacionados con derechos humanos”; “emitir opiniones y recomendaciones sobre los informes que el Estado” presente a los órganos encargados del control internacional de sus obligaciones; realizar estudios e informes sobre la situación nacional, departamental o zonal, relacionados con los derechos humanos; recomendar “la adopción, supresión o modificación de prácticas institucionales, prácticas o medidas administrativas y criterios utilizados para el dictado de actos administrativos o resoluciones, que a su juicio redunden en una mejor protección de los derechos humanos”; “proponer a las autoridades competentes, en el curso de una investigación”, “la adopción de medidas provisionales de

⁴⁵ Debe ser ciudadano uruguayo, natural o legal; en el segundo caso con un mínimo de diez años de ciudadanía; tener treinta y cinco años de edad como mínimo y ser persona con reconocida especialización en derechos humanos y específicamente en los derechos vinculados a las personas, funcionarios y lugares donde se alojan quienes se encuentran privados de libertad.

carácter urgente para que cese la presunta violación de los derechos humanos, impedir la consumación de perjuicios, el incremento de los ya generados o el cese de los mismos (...).

Su competencia “*se extiende a todos los Poderes y organismos públicos cualquiera sea su naturaleza jurídica y función*”; a las “*entidades paraestatales, sociedades de economía mixta, personas públicas no estatales y entidades privadas que presten servicios públicos o sociales*”. “*En relación con personas privadas se entenderá con los organismos públicos de su contralor y supervisión*”.

No abarca los asuntos tramitados en vía jurisdiccional, si bien puede investigar:

“los problemas generales planteados en la denuncia” y velar para que “los órganos con función jurisdiccional” y, por cierto, los de la Administración, “resuelvan expresamente, en tiempo y forma, las demandas, denuncias o recursos que hayan sido formuladas o interpuestos”.

Recibe denuncias “*por escrito fundado y firmado sin otras formalidades especiales*” o en forma oral, labrándose acta, con trámite gratuito, y sin necesidad de asistencia letrada. No admite denuncias anónimas, si bien la Institución puede actuar de oficio.

En el caso de que las respectivas autoridades no cumplan las obligaciones que asumen, no acepten las propuestas de la Institución o incumplan total o parcialmente su implementación en los plazos que se establezcan, la Institución dará amplia difusión pública a sus recomendaciones y, en su caso, a esas obligaciones.

Puede formular denuncias penales e interponer el hábeas corpus y la acción de amparo así como solicitar medidas cautelares; ejerce la representación de intereses colectivos y difusos ante órganos jurisdiccionales o administrativos.

Debe coordinar actividades con el Comisionado Parlamentario de Cárceles, “*los Defensores del Vecino y demás instituciones similares que se establezcan en el futuro*”⁴⁶.

Tiene un funcionamiento autónomo y a su frente hay un Consejo Directivo de cinco miembros, nombrados por mayoría especial de la Asamblea General legislativa, previa actuación de una Comisión Especial designada

46 En el ámbito departamental, se han previsto Defensores del Vecino en algunos Gobiernos Departamentales, como los de Maldonado y Montevideo, en relación a sus servicios y actividades sea de prestación directa o indirecta, con excepción de las cuestiones atinentes a la relación funcional.

por esa Asamblea e integrada por miembros de los partidos con representación parlamentaria, la que eleva la nómina de candidatos habilitados; procurándose asegurar “*la representación pluralista de las diversas fuerzas de la sociedad civil interesada en la promoción de los derechos humanos, según principios de equidad de género y no discriminación*”.

15 Anotaciones Finales

El Estado, cualquiera sea la modalidad de su organización y tipo de actuación, no debe perder su esencia servicial hacia el bien común. Ella le impone una buena administración, con adecuados resultados de gestión y cumplimiento de principios y normas jurídicas, en lo formal y lo sustancial.

Es necesaria y, por cierto, jurídicamente debida una Administración que piense en la gente y sea sensible a los derechos humanos en un contexto de mayor calidad en la realización de los cometidos⁴⁷.

Se exige el correcto ejercicio del poder público, de la *gobernanza*, con asunción de responsabilidad por parte de la propia Administración y de sus funcionarios (accountability), con eje en la transparencia y el combate a la corrupción.

Es clave, entonces, la actividad de control, incluida la que se desarrolla a través de la función administrativa, sea orgánicamente interna o externa. Lo es muy especialmente respecto a una Administración que fija en gran medida políticas y que tiene a su cargo cometidos de la más variada índole. Por cierto, en todo caso bajo el control jurisdiccional y el social, correspondiente a una administración abierta y transparente, propia de un Estado democrático de Derecho.

Es que:

“Si los hombres fuesen ángeles, ningún gobierno sería necesario. Si los ángeles gobernasen a los hombres, ningún control interno o externo sobre el gobierno sería necesario. Al constituir un gobierno que es administrado por hombres, la gran dificultad es la siguiente: se debe capacitar al gobierno para que controle a los gobernados pero se le debe también obligar a controlarse a sí mismo”⁴⁸.

47 Conf. Jaime Rodríguez Arana. Sobre la reforma administrativa. Revista La Justicia Uruguaya. Doctrinas Magistrales. Tomo I Montevideo 2009, pp. 141 y ss.

48 James Madison, El Federalista, N° 51, 1788.

La Organización del Control Administrativo en México, como Mecanismo de Combate a la Corrupción

Rodrigo Salazar Muñoz*

Nota Introductoria

Es un privilegio personal y profesional poder participar, junto con tantos amigos y colegas, en la edición XVIII del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Esta vez, exponiendo algunas de las consideraciones sobre el régimen constitucional del control interno en México.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue reformada en los años 2014 y 2015, para establecer los nuevos Sistemas Nacionales de Transparencia y Anticorrupción, respectivamente. Con las reformas, el constituyente pretende combatir la corrupción en México, que no sólo se manifiesta en todos los niveles de gobierno, sino que también permea a prácticamente todos los sectores del país, como el social y el privado.

El objetivo de la presente ponencia se centra en describir la regulación constitucional del nuevo Sistema Nacional Anticorrupción, que impactó de manera directa el régimen de control de la Administración Pública en México, para instituir nuevos mecanismos de combate a la corrupción.

La lucha contra el atavismo de la corrupción, que “[...] socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral, la convivencia, la justicia, así como el desarrollo integral de los pueblos, hundiendo al país que la sufre en más miseria y problemas sociales [...]”¹, no es algo novedoso en México. Desde que inició la

* Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo en la Universidad La Salle, Campus Ciudad de México, donde también ha sido Jefe de la Carrera de Derecho. Candidato a Doctor en Derecho, Maestro en Ciencias Jurídicas, Maestro en Derecho Administrativo y Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana, Campus México, donde también es catedrático. Especialista en Comercio Exterior por la Universidad Complutense de Madrid. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Barra Mexicana Colegio de Abogados.

vigencia de la Constitución mexicana, en el año 1917, el constituyente estableció un modelo de lucha contra la aquélla, inspirándose en la Carta Magna de 1857.

El modelo anticorrupción originario se estableció principalmente en el Título Cuarto de la Constitución de 1917, al que se denominó “De las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos”², que estableció un régimen primordialmente correctivo, caracterizado por contemplar sanciones a los funcionarios públicos que realizaran diversas conductas.

La Constitución de 1917 instituyó un régimen de control de la función pública, distinguiendo tres tipos de funcionarios públicos: el Presidente de la República, que “[...] durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria, y delitos graves del orden común”³; los altos funcionarios que, revestidos con fuero constitucional, podían ser juzgados por delitos comunes y por violaciones graves a la Constitución, siempre que se les hubiera eliminado el fuero⁴ y, finalmente, los funcionarios públicos ordinarios, quienes serían responsables de sus actos, de conformidad con la ley que expidiera el Congreso de la Unión.⁵

El modelo de combate a la corrupción previsto en la Constitución mexicana ha evolucionado a lo largo de la historia de los Siglos XIX y XX, y ha transitado de un modelo sancionatorio a otro que también prevé mecanismos preventivos, como los relacionados con transparencia y acceso a la información pública. La reforma constitucional que se promulgó el 25 de mayo de 2015 modificó trece artículos constitucionales y cambió la denominación del Título Cuarto de la Constitución mexicana, que ahora se denomina “De las Responsabilidades de los Servidores Públicos, Particulares Vinculados con Faltas Administrativas Graves o Hechos de Corrupción, y Patrimonial del Estado”.⁶

El modelo constitucional de combate a la “[...] desviación de la conducta de un funcionario público, que se aparta de las normas establecidas para ponerse al servicio de intereses privados”⁷, no puede entenderse en relación al Título Cuarto, pues la Constitución mexicana

1 Álvarez Flores, Carlos Alejandro, “Combate a la corrupción”, en Vizcaino Zamora, Álvaro (coord.), *La corrupción como fenómeno social*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011, p. 23.

2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente en 1917.

3 Artículo 108, *Idem*.

4 Artículo 108 y 109, *Idem*.

5 *Cfr.* Artículo 111, *Idem*.

6 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

7 Pegoraro, Juan S., *Corrupción, impunidad y sistema penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005, p. 11.

establece otros medios para atacar la corrupción, que se encuentran dispersos en el texto fundamental, como el concerniente al régimen de transparencia o al de contratación pública, por ejemplo.

En relación con la transparencia en la gestión pública, la reforma anticorrupción del año 2015 trajo consigo la obligación de todos los funcionarios públicos de “[...] presentar, bajo protesta de decir verdad, su declaración patrimonial y de intereses ante las autoridades competentes y en los términos que determine la ley.”⁸

Ya que sería imposible exponer en nuestra breve participación la totalidad de los cambios al régimen jurídico de combate a la corrupción en México, nos enfocaremos en explicar tres principales elementos de la reforma constitucional: el sistema nacional anticorrupción, el fortalecimiento de las instituciones que luchan contra la corrupción y el régimen de responsabilidades de los funcionarios y de los particulares que realicen actos u omisiones relacionados con aquella.

1 El Sistema Nacional Anticorrupción⁹

Una de las principales novedades, de carácter primordialmente preventivo, de la reforma radica en la creación del Sistema Nacional Anticorrupción, “[...] instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos”¹⁰. Destacamos que la coordinación del Sistema trasciende a los órganos y entidades de la Administración Pública Federal, pues permea a todos los poderes públicos de todos los niveles y a los organismos constitucionalmente autónomos a los que nos referiremos.

El Sistema contará con un comité coordinador que se integrará por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación, de la Fiscalía para el Combate a la Corrupción y de la Secretaría de la Función Pública; por los Presidentes del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales; así como, por un miembro tanto del Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación

8 Artículo 108, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

9 Cfr. Artículo 113, *Ídem*.

10 *Ídem*.

como del Comité de Participación Ciudadana, que se conforma de cinco ciudadanos destacados por “[...] su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción”¹¹.

El comité del Sistema se encargará de manejar el control de la corrupción en el ámbito federal y también establecerá los mecanismos de coordinación con los sistemas locales anticorrupción, que habrán de crearse en las 32 entidades federativas, para prevenir, detectar y sancionar hechos corruptos de las autoridades de cada entidad. Además, el Comité establecerá el diseño y promoción de políticas de prevención y de combate contra la corrupción, encaminadas a perfeccionar los mecanismos de fiscalización y de control de los recursos públicos, para evitar actos que propicien esta.

El comité del Sistema elaborará un informe anual que contendrá los avances y los resultados del ejercicio de las funciones antes mencionadas. En este, el comité podrá emitir recomendaciones no vinculantes a las distintas autoridades, para que adopten medidas dirigidas al fortalecimiento institucional, para la prevención de faltas administrativas, hechos de corrupción y para el mejoramiento del control interno.

2 El fortalecimiento de las instituciones que combaten la corrupción

El constituyente completó las funciones de los 33 sistemas de combate contra la corrupción con el fortalecimiento de las instituciones que previenen, controlan, combaten, sancionan y resarcan los actos u omisiones de corrupción, a las que les otorgó mayor autonomía y mejores facultades de vigilancia, coordinación y sanción, para hacer un frente común contra la aquella en México.

Las cinco instituciones que se vieron fortalecidas con las últimas reformas constitucionales para combatir la corrupción son: el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, la Auditoría Superior de la Federación, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción de la Fiscalía General de la República y los órganos internos de control. De ellos, a los primeros cuatro el constituyente les otorgó

11 Ídem.

autonomía, mientras que los órganos internos de control dependen de la Secretaría de la Función Pública de la Administración Pública Federal.

El nivel de autonomía constitucional de las instituciones mencionadas es distinta. Es plena tratándose del Instituto, la Fiscalía y del Tribunal, y es parcial respecto de la Auditoría, al depender en parte de la Cámara de Diputados. Los órganos con autonomía plena son denominados organismos constitucionalmente autónomos y los de autonomía limitada son órganos de relevancia constitucional, pues:

“Los órganos que no cumplen con el standard de una autonomía plena, y que por lo mismo no alcanzan la consideración de órganos constitucionales autónomos, pero que cubren algunos de sus requisitos, se conocen como órganos de relevancia constitucional, en virtud de ostentar una posición intermedia entre los entes autónomos y los entes públicos federales. Como apunta Carbonell, “normalmente, la característica que les falta es la que tiene que ver con la no inclusión en la estructura orgánica de alguno de los poderes tradicionales”.⁹ Cuando dicha separación se produce, los órganos se encuentran en una misma posición institucional, existiendo entre ellos relaciones de colaboración y no de subordinación.”¹²

La naturaleza jurídica de los organismos constitucionales autónomos se asemeja a la de los organismos descentralizados de la Administración Pública, con algunas diferencias que sirven para distinguirlos claramente. Al respecto, Luis José Béjar ha señalado que:

“En cuanto a sus características, cabe señalar que se asemejan bastante a los organismos descentralizados, es decir, tienen una denominación, autonomía de gestión, personalidad jurídica y patrimonio propio, pero el hecho de que el propio derecho positivo les atribuye esta característica de ser ajenos a cualquiera de los poderes de la unión, los convierte en un tipo diverso de entes públicos, con funciones administrativas específicas que, en ningún momento, se ven sometidos al Poder Ejecutivo [...]”¹³

Por su parte, Miguel Carbonell ha retomando las ideas de Manuel García Pelayo para sostener que los organismos constitucionales autónomos poseen las siguientes cualidades intrínsecas que los definen:

12 Astudillo, César, *Auditoría Superior de la Federación. Contenido, alcances, garantías y fortalecimiento de su autonomía constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 52.

13 Béjar Rivera, Luis José, *Curso de Derecho Administrativo*, 3ª reimpr., México, Oxford, 2009, p. 158.

tienen una configuración o creación inmediata por la Constitución, son necesarios para asegurar el modelo de Estado, participan en la formación de la voluntad estatal, se ubican fuera de la estructura orgánica de los tres poderes de la Unión y tienen una paridad de rango respecto de éstos.¹⁴

Atendiendo a su naturaleza, existen tres tipos de instituciones encargadas de combatir la corrupción en México: organismos constitucionalmente autónomos, órganos de relevancia constitucional y dependencias de la Administración Pública centralizada. En el primer tipo encontramos al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, al Tribunal Federal de Justicia Administrativa y a la Fiscalía General de la República; en el segundo, se ubica a la Auditoría Superior de la Federación; y en el tercero, a los órganos internos de control que dependen de la Secretaría de la Función Pública.

2.1 Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales¹⁵

El artículo sexto constitucional regula dos principios fundamentales relacionados con el tratamiento de la información pública y de los datos personales: el de máxima publicidad, tratándose de información pública; y el de máxima privacidad, tratándose de datos de los particulares. Para garantizarlos plenamente, el constituyente sustrajo las competencias del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública de la Administración Pública Federal y ordenó la creación de un organismo constitucionalmente autónomo, especializado, imparcial y colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargado de garantizar el acceso a la información pública y la protección de los datos personales en posesión de los particulares.

En México, el Instituto es:

“El organismo garante (que) tiene competencia para conocer de los asuntos relacionados con el acceso a la información pública y la protección de datos personales de cualquier autoridad, entidad, órgano u organismo que forme parte de alguno de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral

14 *Cfr.* Carbonell, Miguel, *Elementos de Derecho Constitucional*, 4ª ed., México, Fontamara, 2013, p. 104.

15 *Cfr.* Artículo 6, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

o sindicatos que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal; con excepción de aquellos asuntos jurisdiccionales que correspondan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuyo caso resolverá un comité integrado por tres ministros. También conocerá de los recursos que interpongan los particulares respecto de las resoluciones de los organismos autónomos especializados de las entidades federativas que determinen la reserva, confidencialidad, inexistencia o negativa de la información, en los términos que establezca la ley.”¹⁶

La existencia del Instituto es indispensable para combatir la corrupción en México, no sólo por ser miembro del Sistema Nacional Anticorrupción, ni por la función que tiene para sancionar a las autoridades que violenten el principio de máxima publicidad de la información pública, sino porque permite la transparencia de la gestión pública, provocando que las autoridades eviten realizar actos de corrupción, al estar sujetas al escrutinio de la opinión pública en todo momento.

2.2 Auditoría Superior de la Federación¹⁷

Otro organismo dotado de autonomía por la Constitución es la Auditoría Superior de la Federación, órgano constitucionalmente relevante que fiscaliza el destino de los recursos que cubren la cuenta pública, que para Luis Humberto Delgadillo es:

“[...] el documento en el cual la Secretaría de Programación y Presupuesto (hoy Secretaría de Hacienda y Crédito Público) consolida los estados financieros y demás información financiera, presupuestal y contable que emana de las contabilidades de las entidades comprendidas en el presupuesto de egresos, y que refleja la gestión del gobierno durante un ejercicio determinado, relacionado con la Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos, para someterla a consideración del Presidente de la República”.¹⁸

La reforma constitucional anticorrupción de 2015 amplió las competencias de la Auditoría Superior de la Federación, que antes sólo podía fiscalizar la cuenta pública de ejercicios anteriores, al permitirle “[...] solicitar información del ejercicio en curso, respecto de procesos

16 Ídem.

17 Cfr. Artículo 79, ídem.

18 Delgadillo Gutiérrez, Luis H. y Lucero, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo*, 9ª ed., México, Porrúa, 2010, pp. 48 y 49.

concluidos”, pudiendo “[...] revisar durante el ejercicio fiscal en curso a las entidades fiscalizadas, así como respecto de ejercicios anteriores. Las entidades fiscalizadas proporcionarán la información que se solicite para la revisión, en los plazos y términos señalados por la Ley y, en caso de incumplimiento, serán aplicables las sanciones previstas en la misma”¹⁹.

La fiscalización de la Auditoría Superior de la Federación no se limita a los ingresos, egresos y la deuda pública federal, pues también fiscaliza “[...] los recursos federales que administren o ejerzan las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México”²⁰.

La Auditoría Superior de la Federación emite dos informes al año a la Cámara de Diputados. En ellos, hace del conocimiento de la cámara baja la situación que guardan las observaciones, recomendaciones y acciones que realizó para tutelar la cuenta pública, incluyendo los montos efectivamente resarcidos, como consecuencia de sus acciones de fiscalización y de las denuncias penales presentadas o de los procedimientos iniciados ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

La Auditoría Superior de la Federación cumple un papel primordial en la lucha contra la corrupción. Su principal función, para combatirla de manera activa, consiste en investigar y substanciar las averiguaciones sobre los actos u omisiones relacionadas con corrupción, que generen responsabilidad penal o administrativa, ya que la Auditoría está facultada para promover las acciones pertinentes ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción de la Fiscalía General de la República o ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, respectivamente. Pues:

“Derivado de sus investigaciones, promover las responsabilidades que sean procedentes ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, para la imposición de las sanciones que correspondan a los servidores públicos federales y, en el caso del párrafo segundo de la fracción I de este artículo, a los servidores públicos de los estados, municipios, del Distrito Federal y sus demarcaciones territoriales, y a los particulares.”²¹

19 Artículo 79, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

20 Ídem.

21 Ídem.

2.3 Fiscalía Especializada para el Combate a la Corrupción de la Fiscalía General de la República

La Fiscalía General de la República²² es el organismo constitucionalmente autónomo encargado de perseguir los delitos del orden federal ante los tribunales competentes. La Constitución establece que contará con al menos dos fiscalías especializadas en delitos electorales y en combate a la corrupción, cuyos titulares serán nombrados y removidos libremente por el Fiscal General de la República.

La Fiscalía especializada en Combate a la Corrupción de la Fiscalía General de la República es la autoridad encargada de recibir las denuncias presentadas por los Órganos Internos de Control de la Secretaría de la Función Pública²³ y por la Auditoría Superior de la Federación²⁴ sobre hechos y omisiones que presuntamente constituyan delitos relacionados con la corrupción.

Los órganos internos de control

La Secretaría de la Función Pública es la dependencia que se encarga del control interno de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de los organismos constitucionalmente autónomos. Tiene a su disposición a los órganos internos de control, quienes son los encargados de revisar que la función administrativa sea prestada de acuerdo con lo previsto por la Constitución y por las leyes.

En el combate a la corrupción, los órganos internos de control tienen una triple función: pueden investigar y substanciar las faltas administrativas graves cometidas por los funcionarios públicos relacionadas con hechos de corrupción, que serán resueltas por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa; pueden investigar, substanciar y sancionar las faltas administrativas no graves; y también pueden presentar denuncias ante la Fiscalía especializada en Combate a la Corrupción, cuando adviertan hechos u omisiones tipificados como delito por la legislación secundaria.²⁵

La Constitución federal establece que:

22 Que aún no comienza su vigencia al no haberse desarrollado todas las condiciones previstas en los transitorios de la reforma constitucional que lo estableció.

23 Cfr. Artículo 19, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

24 Cfr. Artículo 79, Ídem.

25 Cfr. Artículo 109, Ídem.

“Los entes públicos federales tendrán órganos internos de control con las facultades que determine la ley para prevenir, corregir e investigar actos u omisiones que pudieran constituir responsabilidades administrativas; para sancionar aquéllas distintas a las que son competencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; revisar el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de recursos públicos federales y participaciones federales; así como presentar las denuncias por hechos u omisiones que pudieran ser constitutivos de delito ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción a que se refiere esta Constitución”.

Los entes públicos estatales y municipales, así como del Distrito Federal y sus demarcaciones territoriales, contarán con órganos internos de control, que tendrán, en su ámbito de competencia local, las atribuciones a que se refiere el párrafo anterior [...]”²⁶

2.4 Tribunal Federal de Justicia Administrativa

La reforma anticorrupción de este año²⁷ trajo consigo la creación de un nuevo organismo constitucional autónomo, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, que es competente para:

“[...] dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares.

Asimismo, será el órgano competente para imponer las sanciones a los servidores públicos por las responsabilidades administrativas que la ley determine como graves y a los particulares que participen en actos vinculados con dichas responsabilidades, así como fincar a los responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales.”²⁸

La función del Tribunal en el combate a la corrupción es primordial, pues se trata del organismo plenamente independiente que conocerá de las responsabilidades administrativas graves relacionadas aquella, imponiendo las sanciones correspondientes a los funcionarios públicos y a los particulares. De la misma manera, el Tribunal conocerá de las

26 Ídem.

27 Año 2015.

28 Artículo 73, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

infracciones no graves cuando los implicados hagan valer la nulidad de las resoluciones de los órganos internos de control ante su jurisdicción.

3 Las Responsabilidades Derivadas de los Actos de Corrupción

El nuevo régimen establece que no sólo los servidores públicos serán acreedores a responsabilidades por los actos y omisiones relacionados con la corrupción, sino que también los particulares que incurran en esos actos serán sancionados.

Los funcionarios federales que son sujetos de responsabilidades por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones son “[...] los representantes de elección popular, los miembros del Poder Judicial Federal [...] los funcionarios y empleados y, en general, toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión, [...] en la Administración Pública Federal [...], así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía [...]”²⁹. Además, la Constitución federal establece que los funcionarios públicos locales serán sujetos a responsabilidades federales, cuando manejen y ejerzan fondos o recursos de la Federación.

Resulta conveniente precisar que al Presidente de la República, durante el ejercicio de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y por delitos graves del orden común³⁰.

Por lo que hace al resto de funcionarios públicos, la Constitución mexicana establece tres tipos de responsabilidades derivadas de los actos de corrupción: política, penal y administrativa.

“Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas en las fracciones anteriores se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.”³¹

29 Artículo 108, ídem.

30 Cfr. ídem.

31 Ídem.

3.1 Responsabilidad Política

La responsabilidad política se actualiza cuando los altos funcionarios federales³², que en “[...] ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho”³³, y cuando los altos funcionarios locales³⁴ incurran en “[...] violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas Locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda”³⁵.

La Constitución no contempla un listado reglamentario sobre las conductas que se consideran en perjuicio de los intereses públicos fundamentales, ni tampoco faltas graves a la Constitución o a las leyes federales, debido a que corresponde a la ley reglamentaria. Por ello, el Congreso de la Unión es el encargado de establecer la tipicidad de las conductas que serán sujetas de responsabilidad política, teniendo como límite la libre expresión de ideas.³⁶

El procedimiento de juicio político puede iniciarse durante el período en el que el servidor público desempeñe su cargo y hasta un año después de concluido³⁷. En el procedimiento, la Cámara de Diputados es la encargada de substanciar el procedimiento, actuando como órgano instructor y acusador, mientras que la Cámara de Senadores funge como jurado de sentencia del inculpado. Las resoluciones que realicen

32 El listado de funcionarios Federales y locales se encuentra en el artículo 110, que establece: “Podrán ser sujetos de juicio político los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Fiscal General de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los magistrados de Circuito y jueces de Distrito, los magistrados y jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los Consejeros de la Judicatura del Distrito Federal, el consejero Presidente, los consejeros electorales, y el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los integrantes de los órganos constitucionales autónomos, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.” Artículo 110, Ídem.

33 Artículo 109, Ídem.

34 Refiriendo a Los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, así como los miembros de los organismos a los que las Constituciones Locales y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. Artículo 110, Ídem.

35 Ídem.

36 *Cfr.* Artículo 109, Ídem.

37 Artículo 114, Ídem.

cualquiera de las Cámaras con motivo del juicio político es inimpugnabile por disposición constitucional³⁸.

Para imponer la responsabilidad política es necesaria la anuencia de las dos terceras partes de la Cámara de Senadores, que emite el fallo ordenando la “[...] destitución del servidor público y [...] su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público”³⁹.

3.2 Responsabilidad Penal

La Constitución mexicana establece, en su artículo 14, el principio de reserva de ley que rige la materia penal. Ello significa que para que una pena y un tipo penal sean válidos deben estar previstos en actos formal y materialmente legislativos (es decir: en la ley), siguiendo la máxima del derecho penal que establece *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Los Códigos Penales establecerán las conductas de los funcionarios y de los particulares relacionadas con hechos de corrupción.

La Constitución establece que serán motivo de responsabilidad penal las conductas relacionadas con el “[...] enriquecimiento ilícito a (de) los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar”⁴⁰, y, en general, las actuaciones de “[...] cualquier servidor público o particulares que incurran en hechos de corrupción”⁴¹.

Para proceder penalmente contra los altos funcionarios que cuentan con fuero constitucional, es necesario que preceda la declaración de procedencia de la Cámara de Diputados, ordenada por mayoría absoluta de sus miembros presentes, que provocará que se proceda penalmente en contra del inculpado, consignando el expediente ante el juez o tribunal competente. Así, con la declaratoria de procedencia, el inculpado que alguna vez gozó de fuero es separado de su cargo y es procesado penalmente.⁴²

38 Cfr. Artículo 110, Ídem.

39 Ídem.

40 Artículo 109, Ídem.

41 Ídem.

42 Cfr. Artículo 111, Ídem.

Las sanciones penales dependerán de la legislación penal vigente, en la que se buscará la reparación del daño. Las leyes penales podrán establecer como pena para los actos de corrupción no sólo la privación de la libertad, sino también el decomiso y la privación de la propiedad de bienes⁴³.

“Las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal, y tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita.

Las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados.”⁴⁴

Finalmente, la Constitución federal⁴⁵ contempla que en los delitos relacionados con conductas corruptas, la prescripción dependerá de su regulación legal y que el plazo no podrá ser menor a tres años. De la misma manera, contempla que el plazo de prescripción se interrumpe cada vez que el funcionario público desempeñe algún cargo con fuero constitucional.

3.3 Responsabilidad administrativa

La Constitución establece que las responsabilidades administrativas de los servidores públicos y de los particulares que cometan actos de corrupción serán previstas en la legislación reglamentaria, y referirán a los “[...] actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones”⁴⁶.

Los procedimientos para la investigación y sanción de los actos u omisiones relacionados con la corrupción también serán regulados por la legislación secundaria, donde las responsabilidades administrativas serán catalogadas como graves o no graves. Dicha clasificación será primordial para efectos de la investigación, substanciación y sanción de la responsabilidad administrativa.

43 *Cfr.* Artículo 109, *Ídem.*

44 Artículo 111, *Ídem.*

45 *Cfr.* Artículo 114, *Ídem.*

46 Artículo 109, *Ídem.*

Los actos u omisiones considerados como responsabilidades administrativas no graves serán investigados, substanciados y sancionados por los órganos internos de control, en la dependencia o entidad en la que sean cometidos. En cambio, los graves serán investigados y substanciados por los órganos internos de control o por la Auditoría Superior de la Federación, quienes presentarán las causas ante el Tribunal de Justicia Administrativa competente, para que aplique las sanciones correspondientes.⁴⁷

Las sanciones administrativas que se impondrán a los servidores públicos podrán consistir en “[...] amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas”⁴⁸, que dependerán de los beneficios económicos y de los daños y perjuicios causados. Por lo que hace a los particulares, los Tribunales de Justicia Administrativa competentes podrán imponer sanciones administrativas consistentes en afectaciones “[...] económicas; inhabilitación para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas; así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública”⁴⁹.

Cuando se trate de personas morales que cometan actos u omisiones de corrupción graves, el Tribunal de Justicia Administrativa podrá ordenar:

“[...] la suspensión de actividades, disolución o intervención de la sociedad respectiva cuando se trate de faltas administrativas graves que causen perjuicio a la Hacienda Pública o a los entes públicos, federales, locales o municipales, siempre que la sociedad obtenga un beneficio económico y se acredite participación de sus órganos de administración, de vigilancia o de sus socios, o en aquellos casos que se advierta que la sociedad es utilizada de manera sistemática para vincularse con faltas administrativas graves”.⁵⁰

Respecto de la prescripción de las responsabilidades administrativas de los servidores públicos y de los particulares, la Constitución establece que la legislación secundaria tomará en cuenta la gravedad y naturaleza de los actos u omisiones materia de la responsabilidad, para establecer

47 *Cfr.* Ídem.

48 Ídem.

49 Ídem.

50 Ídem.

los plazos respectivos, que en los casos graves no puede ser menor a siete años⁵¹.

4 A Manera de Conclusión

A lo largo de nuestra breve participación, hemos expuesto los tres elementos esenciales del nuevo régimen constitucional de combate a la corrupción en México: la creación del Sistema Nacional Anticorrupción, el fortalecimiento de las instituciones que luchan contra la corrupción y el endurecimiento de las responsabilidades de los funcionarios y de los particulares que realizan actos de corrupción.

También, hemos revelado las bondades del nuevo Sistema Nacional Anticorrupción, mecanismo de coordinación, prevención y vigilancia, del que participan diversas autoridades que homologan las políticas públicas y las acciones de prevención, supervisión y sanción de los actos de corrupción en México.

Partiendo de la mayor autonomía y de las nuevas facultades que el constituyente otorgó a los órganos, organismos y dependencias encargadas de combatir la corrupción, hemos podido demostrar el fortalecimiento de tales instituciones. Asimismo, hemos podido explicar las conductas, procesos de investigación, procedimientos de substanciación y tipos de sanciones que corresponden a cada tipo de responsabilidad provocada por actos de corrupción.

Fuentes

Álvarez Flores, Carlos Alejandro, “Combate a la corrupción”, en Vizcaíno Zamora, Álvaro (coord.), *La corrupción como fenómeno social*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011.

Astudillo, César, *Auditoría Superior de la Federación. Contenido, alcances, garantías y fortalecimiento de su autonomía constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Bautista, Oscar Diego, *Panorama global de la corrupción*, México, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, Cuaderno 2, 2011.

⁵¹ Cfr. Artículo 114, Ídem.

- Béjar Rivera, Luis José, *Curso de Derecho Administrativo*, 3^a reimpr., México, Oxford, 2009, p. 158.
- Carbonell, Miguel, *Elementos de Derecho Constitucional*, 4^a ed., México, Fontamara, 2013, p. 104.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente en 1917.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Delgadillo Gutiérrez, Luis H. y Lucero, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo*, 9^a ed., México, Porrúa, 2010.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Estadísticas a propósito del día internacional contra la corrupción (9 de diciembre)*, México, diciembre de 2015, <http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2015/corrupcion0.pdf>
- Jaime, Edna; Avendaño, Eréndira y García, Mariana, *Rendición de cuentas y combate a la corrupción: retos y desafíos*, México, Secretaría de la Función Pública, 2011.
- Morris, Stephen D., *Corrupción y política en el México contemporáneo*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1992.
- Pegoraro, Juan S., *Corrupción, impunidad y sistema penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.

La Inconstitucional Designación de los Titulares de los Órganos de Control de la Administración Pública Venezolana y Algunas de sus Consecuencias

Miguel Ángel Torrealba Sánchez*

Preliminar

Habiendo sido seleccionado por la organización del FIDA para este año 2019 el tema del control administrativo de la actividad de la Administración Pública, hemos optado por circunscribirnos a un aspecto específico que encuadra en el sub-tema de los procedimientos y efectos de ese control administrativo.

Esa escogencia obedece no a que el ordenamiento jurídico venezolano ostente peculiaridades decisivamente relevantes – más allá de ciertos detalles en los lineamientos constitucionales- en lo que al tema respecta, con relación al marco regulatorio general iberoamericano contenido en las Constituciones y el resto de los ordenamientos jurídicos¹. Responde más bien al hecho de que la vulneración de los procedimientos y requisitos establecidos en la Constitución de 1999, que ha sido continua y sistemática incluso desde antes de su entrada en vigencia –por extraño que resulte-, ha traído como consecuencia el progresivo

* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Abogado *Magna Cum Laude* y Especialista en Derecho Administrativo. Profesor Ordinario (Asociado) de Derecho Administrativo. Universidad de la Coruña, España. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano, sobresaliente *Cum Laude*. Universidad Carlos III de Madrid, España. Máster en Política Territorial y Urbanística. Universidad Católica “Andrés Bello”. Profesor en la Especialización en Derecho Administrativo. Universidad Monteávil. Profesor de Derecho Administrativo y Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO).

1 Sobre el régimen del control de la Administración Pública en el ordenamiento venezolano, véase recientemente BREWER-CARIAS, Allan R.: *El control de la actividad administrativa en el Derecho Venezolano*. En: DELPIAZZO, Carlos (Coord.): *El control de la actividad administrativa*. Volumen I en homenaje al profesor Diogo de Figueiredo. Colección de Derecho Administrativo Comparado. IIDA. Editorial Temis S.A. Editorial Jurídica Venezolana. Bogotá, 2018, especialmente las pp. 496-505. Véase también una aproximación teórica al tema en: ARAUJO-JUÁREZ, José: *La teoría del control público de la Administración del Estado. Noción y clasificación*. En: CANÓNICO SARABIA, A. (Coordinador): *El control y la responsabilidad en la Administración Pública*. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2012. Editorial Jurídica Venezolana- Centro de Adiestramiento Jurídico (CAJO). Caracas, 2012, pp. 59-80.

debilitamiento de *cualquier* control sobre la actividad administrativa, incluyendo el administrativo. Al punto de que, luego de dos décadas de debilidad progresiva se ha desembocado en la inexistencia fáctica y jurídica de toda forma de control sobre la actividad de la Administración Pública. Fenómeno que, como difícilmente podía ser de otra manera, es una de las causas que han conducido a la actual crisis de proporciones devastadoras, no solo en el funcionamiento de las instituciones públicas, sino en general, en todos los ámbitos de la sociedad venezolana.

Y es que cabe recordar, aunque el ejemplo venezolano es bastante elocuente, que el control es un elemento ínsito al funcionamiento del principio de juridicidad, y por tanto, del Estado Constitucional de Derecho². De allí que esta ponencia pretende mostrar, de forma panorámica, un ejemplo práctico de lo que puede acaecer en el funcionamiento de una institucionalidad estatal en la que el Ejecutivo se dedica a desmantelar paulatinamente todos los controles sobre él, en detrimento de, entre otros, los principios constitucionales de juridicidad y responsabilidad, así como en última instancia, de los derechos humanos. Situación a toda luces preocupante y que sin embargo las mayorías al principio pueden –producto de la ignorancia y del hastío respecto de las deficiencias de nuestros precarios sistemas políticos y de nuestro aún incipiente desarrollo socioeconómico- alabar tales prácticas consideradas “revolucionarias” e igualitarias, para luego terminar padeciendo sus graves y múltiples efectos.

Se trata pues, de mostrar un caso ilustrativo de lo que debe evitarse. Con este propósito, se expondrá una visión general del régimen del control de la actividad administrativa en la Carta Fundamental, para luego referirse al control administrativo, en sus modalidades clásicas, derivadas de la jerarquía y la autotutela. Seguidamente, se hará sucinta referencia a otros tipos de controles administrativos, a saber: el control fiscal, el destinado a la determinación de la responsabilidad penal y el vinculado con la protección de los derechos humanos, básicamente asignados en la Constitución venezolana al llamado “Poder Ciudadano”. Expuesto ello, se describirá el régimen constitucional de designación de los titulares de los órganos competentes destinados a ejercer tales controles para luego referir las violaciones a tal régimen. A continuación, se expondrá el estadio final de las violaciones constitucionales acaecidas

2 Cfr. entre otros: GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Derecho Administrativo Español*. Segunda edición. Primera reimpresión. EUNSA. Pamplona, España, 1995, pp. 236-237.

en ese sentido con ocasión de la instalación de una pretendida Asamblea Nacional Constituyente, así como algunas consecuencias de la anomia constitucional instaurada en Venezuela desde hace dos décadas. Por último, se expondrán algunas reflexiones finales.

Comencemos pues con esta exposición, señalando brevemente el marco constitucional del control de la actividad administrativa en la Constitución venezolana de 1999.

1 Lineamientos Generales del Control de la Actividad Administrativa en la Constitución de 1999

La Carta Fundamental de 1999 contiene numerosos preceptos que tienen como propósito reflejar una serie de valores y principios constitucionales, a saber: cláusula del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia (artículo 2); gobierno democrático y responsable (artículo 6); supremacía constitucional (artículo 7); obligación del Estado de garantizar el goce de los derechos humanos (artículo 19); carácter enunciativo de la lista de derechos constitucionales (artículo 22); jerarquía constitucional y aplicación preferente de los Tratados sobre derechos humanos (artículo 23); nulidad de los actos inconstitucionales y responsabilidad civil, penal y administrativa de los funcionarios que los ordenen o ejecuten (artículo 25); tutela judicial efectiva (artículo 26); derecho de amparo frente a vulneraciones a garantías constitucionales (artículo 27); obligación del Estado de investigar los delitos contra los derechos humanos y régimen especial para estos (artículo 29); responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos (artículo 30); amparo internacional por violación a derechos humanos y deber del Estado de dar cumplimiento a las decisiones de los órganos internacionales en esta materia (artículo 31); principio de separación de las ramas del Poder Público (artículo 136); principio de juridicidad (artículo 137); nulidad de los actos dictados por autoridad usurpadora (artículo 138); responsabilidad por abuso, desviación de poder o ejercicio inconstitucional o ilegal de este (artículo 139); cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado por responsabilidad en ejercicio de – entre otras – la función administrativa (artículo 140); principio de legalidad administrativa y responsabilidad en ejercicio de la función pública (artículo 141), entre otros.

Esos principios y valores se materializan, entre otras formas, en los distintos tipos de controles existentes sobre la Administración Pública. En ese sentido, el diseño constitucional establece varias modalidades de control sobre la actividad administrativa, que en líneas generales responden a los existentes en el constitucionalismo moderno. Ello pasa a detallarse brevemente a continuación.

1.1 El Control por la Propia Administración Pública. La Potestad de Autotutela Revisora en sus Diversas Modalidades

Si bien el control a que se hace referencia en el título de este sub-epígrafe no está regulado de forma concreta en los términos aquí empleados, su existencia puede inferirse del contenido de los siguientes artículos constitucionales: 141 (ya referido), que consagra los principios que orientan a la actividad administrativa, a saber: honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho³, así como el 236, números 1, 2, 3, que establecen la condición del Presidente de la República como Jefe de Gobierno, y por tanto, máxima jerarquía de la Administración Pública Nacional.

Una innovación de la Constitución de 1999 fue incorporar la figura del Vicepresidente Ejecutivo, cuyo cometido principal debe ser de apoyo al Presidente en la coordinación de la Administración Pública Nacional (artículos 238 y 239). No obstante, en la práctica tales previsiones han sido desatendidas y el ejercicio del cargo ha sido más un puesto político que gerencial.

En todo caso, el control que debe ejercer la jerarquía administrativa se canaliza a través de los Ministros del Ejecutivo, órganos directos del Presidente de la República (artículo 242 constitucional), titulares

³ Estos principios constitucionales se encuentran recogidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública, entre otros: legalidad (artículo 4); carácter servicial y de garantía de los derechos humanos (artículos 3 y 5); economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el artículo 10; publicidad normativa (artículo 12), responsabilidad patrimonial (artículo 13), rendición de cuentas (artículo 14); legalidad de la potestad organizativa (artículo 15); responsabilidad fiscal (artículo 17); control de gestión (artículo 18); eficacia (artículo 20); eficiencia (artículo 21); competencia (artículo 26); jerarquía (artículo 28), que señala expresamente entre su contenido la potestad de control de los órganos superiores sobre los inferiores. Sobre el artículo 141 de la Constitución de 1999, puede verse, entre otros: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio: *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011.

de los Ministerios, órganos del Ejecutivo Nacional “encargados de la formulación, adopción, seguimiento y evaluación de las políticas, estrategias, planes generales, programas y proyectos en las materias de su competencia y sobre las cuales ejercen su rectoría” (artículo 63 de la Ley Orgánica de la Administración Pública)⁴. Las competencias comunes de los Ministros se encuentran en el artículo 78 *eiusdem*, enumeración en la cual destacan las de control jerárquico sobre la actividad de los órganos y dependencias de cada Ministerio, a saber: hacer seguimiento y evaluar de las políticas sectoriales (núm. 1); supervisar y *controlar* las actividades del Ministerio (núm. 2); cumplir y hacer cumplir las órdenes de los órganos de dirección de la Administración Pública Nacional a que se refiere el artículo 44 *eiusdem* (núm. 4); presentar la memoria y cuenta de su ministerio ante la Asamblea Nacional (núm. 10); ejercer la administración, dirección, inspección y resguardo de los servicios, bienes y ramos de renta del ministerio (núm. 12); ejercer la rectoría de las políticas públicas de los entes descentralizados funcionalmente así como las funciones de coordinación *y control* que les correspondan conforme al ordenamiento jurídico (núm. 13).

En lo que más concierne al tema que nos ocupa, corresponde a los Ministros del Ejecutivo Nacional, entre sus múltiples competencias, ejercer el control sobre la Administración Pública Nacional, tanto central como descentralizada funcionalmente. En el primer caso el control será de múltiples tipos, el más clásico el control jerárquico mediante la impartición de órdenes generales o de instrucciones específicas, así como mediante la revisión *ex post* de los actos emitidos por las instancias inferiores, a través de la potestad de autotutela revisora o reduplicativa⁵.

En el caso de la jerarquía, la fórmula organizativa que es a su vez un principio de la organización administrativa, el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública detalla sus manifestaciones, entre ellas, las potestades de dirección, supervisión, evaluación y *control* de los órganos superiores competentes de la Administración Pública sobre los inferiores, así como las consecuencias del incumplimiento de las órdenes e instrucciones impartidas⁶.

En el segundo, esto es, respecto a la Administración Pública Nacional descentralizada funcionalmente (entidades autónomas)

4 Actual Decreto con rango, valor y fuerza de Ley publicado en la G.O. Núm. 6.147 del 17/11/14.

5 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Octava edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1997, p. 507

6 Cfr. entre otros: BREWER-CARÍAS, *El control...*, pp. 496-497.

fundamentalmente se ejercerá el control de tutela para las entidades con forma de Derecho público y mediante mecanismos estatutarios para las creadas con forma de Derecho privado⁷, además de la regulación contenida en los artículos 126 al 131 de la misma Ley Orgánica de la Administración Pública⁸. Y excepcionalmente, la revisión *a posteriori* a través de un recurso administrativo destinado a tal fin, denominado por la doctrina “recurso jerárquico impropio”, para el caso de las entidades autónomas con forma de Derecho Público (Institutos Autónomos)⁹.

Ahora bien, para el supuesto del control jerárquico, una de sus más clásicas modalidades en el ámbito de la Administración Pública Central, es la existencia de la potestad de los órganos superiores de revisar tanto la legalidad como la conveniencia de los actos emitidos por los órganos inferiores. En el caso venezolano, su desarrollo legal como régimen general se encuentra en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹⁰, que a pesar de ser preconstitucional, mantiene su vigencia en casi todo su texto.

El texto legal en referencia prevé las diversas manifestaciones de la potestad revisora de las instancias jerárquicamente superiores de la Administración Pública sobre los actos de las inferiores. La potestad de convalidar vicios subsanables (artículo 81); la potestad revocatoria sobre actos anulables (artículo 82) y la de reconocer la nulidad de los nulos (artículo 83); la de corrección de errores materiales o de cálculo (artículo 84); la de suspender preventivamente la ejecución de los actos (artículo 87), así como revocarlos a través de la resolución de los correspondientes recursos administrativos, a saber: de reconsideración (artículo 94, en este caso la revisión no se basa en la jerarquía), jerárquico (artículos 95 y 96), jerárquico impropio (artículo 96, *in fine*, respecto a

7 BREWER-CARIAS, *El control...*, pp. 497-498.

8 Véanse también los artículos 107, 108, 114 y 117, y especialmente el Título IV, Capítulo II, Sección Quinta del Decreto LOAP. En la doctrina, resaltando la importancia del tema de la clasificación de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo: BREWER-CARIAS, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen I. El Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*. Civitas-Thomson Reuters. Fundación de Derecho Público. Editorial Jurídica Venezolana. Madrid, 2013, pp. 852-864. Véase también: ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo. Parte General*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 306-309. Para el caso de los institutos autónomos: CABALLERO ORTIZ, *Los Institutos Autónomos*. 3° edición. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 1995, pp. 229-249.

9 Véase al respecto: CABALLERO ORTIZ, Jesús: *El recurso jerárquico impropio en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. En: Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración: El procedimiento administrativo. Vol. VII. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1983, pp. 159-177. Más recientemente: ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo General. Procedimiento y Recurso Administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010, pp. 448-451.

10 G.O. Núm. 2.818 del 01/07/81.

los entes autónomos descentralizados) y de revisión de actos firmes en supuestos excepcionales (artículo 97)¹¹.

Esta clásica modalidad de control no ha sufrido en teoría mayores variaciones, salvo quizá la de haberse pretendido establecer una manifestación de control aún más jerárquico y centralizado si se quiere, a través de la Comisión Central de Planificación, en la reforma parcial de 2008 de la Ley Orgánica de la Administración Pública¹² y mediante la regulación más específica de la primera¹³. No obstante, se trató, como en la mayoría de las ocasiones, de una reforma coyuntural de trascendencia efímera.

Ha tenido en cambio mayor duración la creación de una institucionalidad paralela en la propia Administración Pública Central carente de mayor regulación – y por tanto de controles de esta índole así como de muchos otros –, denominadas “Misiones”¹⁴. Con ese curioso nombre el

11 Una visión general de estos en el marco del control de la actividad administrativa, en: BREWER-CARIAS, *El control...*, pp. 498-500. Del mismo autor: BREWER-CARIAS, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Tomo IV. El procedimiento administrativo*. Civitas. Thomson Reuters. Fundación de Derecho Público. Editorial Jurídica Venezolana. Madrid, 2013, pp. 624-642. Véanse también, entre otros: ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo. Procedimiento...*, pp. 367-453; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: *Estudio jurisprudencial de las nulidades, potestades de la Administración y poderes del juez en el Derecho Administrativo (1930-2016)*. Corte Suprema de Justicia. San Salvador, El Salvador, 2017.

12 G.O. Ext. Núm. 5890 del 31/07/08, aunque ya se señaló *ut supra* que el texto vigente es de 2014.

13 Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de creación de la Comisión Central de Planificación. G.O. Núm. Ext. 5.841 del 22/06/07, última reforma en G.O. Núm. 39.604 del 28/01/11. Véanse al respecto: BREWER-CARIAS, Allan R.: *Comentarios sobre la inconstitucional creación de la Comisión Central de Planificación, centralizada y obligatoria*. Revista de Derecho Público Núm. 110. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 79-89; HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso: *Los decretos-ley de 30 de julio de 2008 y la Comisión Central de Planificación: instrumentos para la progresiva abolición del sistema político y el sistema económico previstos en la Constitución de 1999*. Revista de Derecho Público Núm. 115. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, pp. 221-228.

14 El antecedente posiblemente más remoto de estas, a partir de la Constitución de 1999, fue el llamado “Plan Bolívar 2000”, respecto del cual se señala en la wikipedia: “*El Plan Bolívar 2000* es considerado uno de los primeros casos de corrupción más conocidos a comienzos del período de gobierno de Hugo Chávez. En 1999, el poder ejecutivo lanzó una serie de proyectos bajo el nombre de Plan Bolívar 2000 que sería producto de una alianza cívico-militar. El programa se extendió hasta el 2001, cuando fue sustituido por el Plan Pro-Patria. En 1999 se manejan 36 mil millones de bolívares y unos 37000 millones en el 2000. Más de 150 millones de dólares desaparecieron de este plan sin rendición de gastos. El programa estuvo a cargo del general Víctor Cruz Weffer. El contralor general Eduardo Roche Lander comenzó a investigar este caso en 1999. Entre otras cosas, detectó irregularidades en el manejo del dinero por las guarniciones de Barcelona, Ciudad Bolívar y Maturín. Una de las primeras denuncias se refirió al militar Manuel Rosendo. Aún así, Hugo Chávez declaró públicamente que “quizás es una falta administrativa que necesita una multa; pero no es para encender el ventilador”. Otros militares denunciados fueron el general Jorge Luis García Carneiro, comandante de guarnición en Mérida, y el general Mervin López Hidalgo, comandante de la división guariqueña. Solo un soldado y un sargento a cargo del general López Hidalgo fueron detenidos por cobrar cheques endosados por el general. Roche fue sustituido en el 2000 por Clodosbaldo Russián. El 7 de septiembre de 2013, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ordena juzgar al general Cruz Weffer por corrupción finalmente”. https://es.wikipedia.org/wiki/Corrupci%C3%B3n_en_Venezuela. Luego de ello, la primera “misión” fue la denominada “Barrio adentro”, que consistía en la instrumentación de una nueva red de salud de atención primaria para la población de menores ingresos a cargo fundamentalmente de médicos

Ejecutivo Nacional ha ido conformando una red de actividades institucionalizadas prestadas por órganos o incluso entidades (cuyas formas jurídicas suelen ser las típicas de la Administración Pública Nacional Descentralizada¹⁵) con el propósito de realizar funciones propias de la Administración Pública, pero en una suerte de confesión implícita de la absoluta falta de eficacia y eficiencia que aqueja al funcionamiento de la Administración Pública Central, al margen de la organización administrativa establecida en el ordenamiento jurídico.

El resultado ha sido la proliferación de “Misiones”, es decir, cometidos administrativos sectoriales, en muchos casos asignadas a entes ya existentes¹⁶. El caso emblemático es el de PDVA y sus empresas filiales, empresa estatal creada a mediados de los años setenta del siglo pasado destinada a la administración de la industria de la exploración, explotación y comercialización de los hidrocarburos, principal fuente de ingresos para el presupuesto público venezolano (y para el país en general) directa o indirectamente durante los últimos 70 años, y a la cual se le fueron asignando una serie de misiones que van desde la construcción de viviendas de interés social para las clases menos favorecidas¹⁷ (aunque ello se convirtió en un mecanismo clientelar y proselitista en

cubanos. Ese programa fue producto de un Tratado entre ambos países que implica y sigue implicando como contraprestación por tal “asistencia” el suministro a Cuba de hidrocarburos. La misión fue cuestionada en múltiples aspectos, e incluso se plantearon pretensiones de nulidad y de amparo constitucional alegándose la violación a las normas venezolanas sobre ejercicio profesional de la medicina. Al acordarse medidas cautelares por parte de un Tribunal contencioso administrativo, el resultado fue la “clausura” temporal del mismo y posterior destitución de los jueces correspondientes, luego de que el entonces Presidente manifestó públicamente su rechazo a tal decisión e insultó a los jueces correspondientes. Véase al respecto: NIKKEN, Claudia: *El caso Barrio Adentro : La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos*. Revista de Derecho Público Núms. 93-94-95-96, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2003, pp. 5-48.

- 15 Véanse sobre las «Misiones», entre otros: ZAMBRANO M. Paula E.: *Las Misiones en la organización administrativa venezolana*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2011; BREWER-CARIAS, Allan R.: *Una nueva tendencia en la organización administrativa venezolana. Las “misiones” y las instancias y organizaciones del “Poder Popular” establecidas en paralelo a la Administración Pública*. <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2011/09/1091.-1038.-Una-nueva-tendencia-en-la-organizaci%C3%B3n-de-la-Administrac%C3%B3n-P%C3%BAblica-en-Venezuela.-X-FIDA-El-SALVAD.pdf>; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *La administración paralela como instrumento del Poder Público*. Revista de Derecho Público Núm. 112. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 175-178; BREWER-CARIAS, Allan R.: *El régimen de las Misiones y su aparataje burocrático en el Decreto Ley de la Ley Orgánica de Misiones, Grandes Misiones y Micro-misiones de noviembre de 2014*. Revista de Derecho Público Núm. 140. Estudios sobre los Decretos Leyes de 2014. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, pp. 124-127.
- 16 Un ejemplo de la conformación de esa estructura paralela, pretendidamente basada en una normativa por demás confusa y poco técnica puede verse en el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Misiones, Grandes Misiones y Micro-misiones. Decreto 1.294 del 13/11/14 publicado en G.O. Núm. 6.154 del 19/11/14.
- 17 <http://www.petrocasa.com.ve/>.

el cual el adjudicatario no puede llegar a convertirse en propietario de la vivienda sino que queda como mero tenedor y siempre y cuando la Administración Pública no decida desalojarlo¹⁸) hasta la distribución de alimentos para su venta a precios subsidiados (y en este caso la misión resultó en un escándalo de corrupción e ineficiencia¹⁹).

Pero los fenómenos más relevantes en materia de control administrativo de la actividad de la Administración Pública (o la falta de él) no se han dado en este tipo de controles tradicionales, dado que los mismos parecen tener como característica primordial su precaria efectividad, tanto ahora, como en mucha menor medida antes de la Constitución de 1999²⁰. Es en otras áreas en que la vulneración al ordenamiento jurídico ha ido mucho más allá de la simple falta de eficiencia o la corrupción fáctica de los mecanismos normativos previstos para ejercer tal control. A ello se dedican los siguientes epígrafes.

18 Cfr. al respecto, entre otros: PÉREZ FERNÁNDEZ, Carlos: *Notas sobre la regulación de las facultades de uso, goce y disposición de las unidades residenciales sometidas a la aplicación del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley del Régimen de Propiedad de las Viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Núm. 7-III. Edición Homenaje a José Peña Solís. Caracas, 2016, pp. 671-700. Disponible en: <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2016/12/pp.-671-700-PEREZ-FERNANDEZ.pdf>; RIQUEZES CONTRERAS, Oscar: *El derecho a la vivienda, la dignidad humana y el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley del Régimen de Propiedad de las Viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela. Contraste del texto con la realidad*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Núm. 11. Caracas, 2018, pp. 317-337. Disponible en: <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-317-337.pdf>; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Breve nota sobre la propiedad privada de las viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela*. Revista de Derecho Público Núms. 145-146. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016, pp. pp. 116-119.

19 Véanse entre otras, notas de prensa y reportajes: <https://www.diariolasamericas.com/america-latina/revelan-que-rafael-ramirez-tuvo-conocimiento-escandalo-corrupcion-pdval-n4108652>; <https://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/venezuela-es/article2013704.html>; <http://www.laverdad.com/economia/1960-escandalo-de-pudreal-cumple-dos-anos.html>; <https://www.noticias24.com/actualidad/noticia/160661/vicepresidencia-de-venezuela-dirigira-empresa-pdval-tras-hallazgo-de-alimentos-descompuestos/>.

20 Luego de la Constitución de 1999 se ha afirmado con acierto que: *„...en cuanto a los mecanismos de control administrativo que se desarrollan en el seno de la propia administración pública tampoco han tenido aplicación ni desarrollo durante el periodo del régimen autoritario actual, en gran parte por la distorsión que ha sufrido la Administración, de haber abandonado su rol constitucional de estar al servicio del ciudadano, pasando a ser un instrumento solo al servicio del Estado y la burocracia“* (BREWER-CARIAS, *El control...*, p. 520).

1.2 El Control por Órganos Especializados no Judiciales. El “Poder Ciudadano” y el “Consejo Moral Republicano”: El Control Fiscal (Sistema Nacional de Control Fiscal), el Control Sobre Conductas Constitutivas de Delitos (Ministerio Público) y el Control en Materia de Vulneración de Derechos Humanos (Defensor del Pueblo)

La Constitución de 1999 insta formalmente cinco ramas del Poder Público. A las clásicas Ejecutiva, Legislativa y Judicial, añade el Poder Electoral y el Poder Ciudadano (artículos 136 y 273)²¹. Este último integrado por dos instituciones contraloras existentes de forma previa, a saber: La Contraloría General de la República (cuyo principal cometido es el ejercicio del control fiscal y presupuestario según los artículos 287 y 288 constitucionales) y el Ministerio Público (titular de la iniciativa para la determinación de las responsabilidades penales en los delitos de acción pública, conforme al artículo 285 del texto fundamental)²². A ello añade un órgano de control conocido en la Constitucionalismo contemporáneo, esto es, el Defensor del Pueblo o defensor de los derechos humanos (artículos 280 y 281), no previsto en el régimen constitucional previo²³.

Los titulares de esos tres órganos integran, tanto el “Poder Ciudadano” como el “Consejo Moral Republicano” (artículos 273 y 275), en un diseño que luce no exento de redundancias. Pero lo importante a los efectos del tema tratado es que esa rama del Poder Público (nominal o no), es distinta a la mera suma de sus partes, pues parte de una

21 Establece el artículo 274 del texto constitucional: Los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo, de conformidad con esta Constitución y con la ley, prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado; e, igualmente, promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo. Una crítica sucinta pero contundente a la inclusión de esta “nueva” rama del Poder Público puede verse en: CASAL H., Jesús M.: *Reformas constitucionales para el fortalecimiento institucional*. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IIES). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2008, pp. 465-466. <https://www.ucab.edu.ve/wp-content/uploads/sites/2/2017/09/INV-IIES-REV-090-Reformas-constitucionales-para-el-fortalecimiento.pdf>.

22 Tales órganos eran catalogados por la doctrina, durante la vigencia de la Constitución de 1961, como “Administración con autonomía funcional”, o “Administraciones independientes” (Cfr. entre otros: PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001*. Volumen Segundo. Colección Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2001, pp. 706-720). Se trataba pues de un control administrativo. Entendemos que, más allá del cambio nominal con la instauración del “Poder Ciudadano”, sigue siendo un control administrativo mas no derivado del vínculo de jerarquía.

23 Véase al respecto, entre otros, la obra colectiva: *Leyes Orgánicas del Poder Ciudadano*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2005.

concepción teórica en la que la participación ciudadana en las funciones de control de los órganos del Estado, y por tanto de la actividad de la Administración Pública, se inicia desde la designación de sus titulares e irradia al resto. Sobre ello se volverá más adelante.

1.3 Breve Referencia al Control Judicial Sobre la Administración Pública

De forma similar a la mayoría de las naciones iberoamericanas, la Constitución venezolana establece el control jurisdiccional sobre la actividad de la Administración Pública y asigna su ejercicio al orden judicial contencioso administrativo. No es esta la oportunidad para detallar tal asunto²⁴, pero sí para acotar que, de manera semejante a lo que aquí luego se expondrá, ni los Magistrados de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, cúspide de ese orden jurisdiccional, ni el resto de los jueces contencioso-administrativos, han sido designados jamás conforme a las exigencias de la Constitución de 1999²⁵. Ello explica parcialmente varios de los asuntos que se expondrán luego, por lo que ha sido necesaria esta breve alusión.

1.4 Otros Controles

Prevé también el texto constitucional venezolano de 1999 tanto el control político y presupuestario sobre el Ejecutivo, a cargo de la Asamblea Nacional (artículos 187 y 222 al 224) que es el órgano parlamentario nacional unicameral, como el control ejercido por la ciudadanía a través de mecanismos de democracia directa²⁶. En el caso del primero, fue bastante precario en su ejercicio hasta 2015, producto de que el partido oficialista contó con la suficiente mayoría para imposibilitarlo.

24 En todo caso, véanse entre otros: BREWER-CARÍAS, *El control...*, pp. 505-519.

25 Además de la bibliografía referida más adelante, puede verse para el caso de la Justicia Administrativa: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *Problemas fundamentales del contencioso administrativo venezolano en la actualidad*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo Venezolano (FUNEDA). Caracas, 2013, pp. 146-156; ACCESO A LA JUSTICIA. EL OBSERVATORIO VENEZOLANO DE LA JUSTICIA: Análisis de las normas de evaluación y concurso para el ingreso y ascenso a la función judicial. En: <https://www.accesoalajusticia.org/consideraciones-sobre-las-normas-de-evaluacion-y-concurso-de-oposicion-para-el-ingreso-y-ascenso-a-la-funcion-judicial/>.

26 Véase entre otros: BREWER-CARÍAS, Allan R.: *La democracia representativa y la falacia de la llamada "democracia participativa"*. Texto elaborado para el Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral, Monterrey, Nuevo León, 2010. Disponible en: https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2010/11/1071.-1019.-La-democracia-representativa-y-las-falacias-de-la-llamada-democracia-participativa.-Mexico-2010.do_.pdf

Mayoría que se debió en parte al favor del electorado, pero también a la existencia de un “Poder Electoral” parcializado, a un sistema electoral viciado y que no garantiza la representación proporcional a contravía con las exigencias constitucionales²⁷ y a un Poder Judicial abiertamente complaciente con el Ejecutivo, además de a un aparato propagandístico y clientelar partido-gobierno-Estado instaurado paulatinamente, sin antecedentes en Venezuela y similar al de los regímenes totalitarios del siglo pasado.

A partir de 2015 el control político parlamentario ha sido eliminado no solo en la práctica sino que las normas constitucionales han resultado declaradas inaplicables por un Poder Judicial ya no complaciente, sino que forma parte de la misma estructura político-partidista que encarna el régimen político imperante²⁸. Se trata de un asunto cuya explicación requeriría mayor detalle que el que puede destinarse en esta oportunidad²⁹, aunque luego se hará referencia incidental.

27 Véase: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *¿Elecciones o elecciones democráticas? Notas sobre el actual marco normativo e institucional venezolano*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 5, homenaje a Fernando Parra Aranguren. Caracas, 2015, pp. 493-515, así como la bibliografía allí citada, especialmente: NOHLEN, Dieter y Nicolas NOHLEN: *El sistema electoral alemán y el tribunal constitucional federal: (La igualdad electoral en debate - con una mirada a Venezuela)*. Revista de Derecho Público Núm. 109. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, - pp. 7-26; RACHADELL, Manuel: *Consagración, auge y declinación del principio de representación proporcional en el Derecho venezolano*. Politeia Núm. 39. Instituto de Estudios Políticos. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2007, pp. 223-271.

28 Véanse los diversos trabajos en las Revistas de Derecho Público Núms. 145-146. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016, pp. 267-475 y 147-148. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016, pp. 305-379, así como los trabajos de BREWER-CARÍAS, Allan R., en la Revista de Derecho Público Núms. 149-150. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, pp.261 -325. Véase también: ACCESO A LA JUSTICIA. EL OBSERVATORIO VENEZOLANO DE LA JUSTICIA: *El TSJ vs. la AN*: <https://www.accesoaljusticia.org/el-tsj-vs-la-an/>; PEÑA SOLÍS, José: *Análisis de la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 1° de marzo de 2016, mediante la cual suprime la competencia constitucional de control político de la Asamblea Nacional, sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional*. Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, 2017, pp. 558-588. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REDIAJ/8/redi-aj_2017_8_558-588.pdf; BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*. 2° edición. Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Caracas-New York, 2016. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2016/06/Brewer.-libro.-DICTADURA-JUDICIAL-Y-PERVERSION%20DEL-ESTADO-DE-DERECHEO-2a-edici%C3%B3n-2016-ISBN-9789803653422.pdf?lang=en>.

29 Como señala BREWER-CARÍAS, *El control...*, p. 520: *“...el control político que prevé la Constitución por parte de la Asamblea Nacional en relación con el gobierno y la administración pública, desde que se sancionó la Constitución de 1999 nunca ha tenido aplicación. Primero, hasta 2015, por el control total que el gobierno ejerció sobre la Asamblea Nacional al controlar la mayoría de la misma, lo que neutralizó e hizo inefectivas sus potestades de control; y luego, desde enero de 2016, después de que la oposición ganara el control de la Asamblea Nacional en las elecciones parlamentarias en diciembre de 2015, por el proceso de neutralización y aniquilamiento de sus poderes a manos del juez constitucional, lo que ha terminado en la configuración de una dictadura judicial”*. Añadimos que se trató de una dictadura judicial en lo formal, pues esta responde a las órdenes del Ejecutivo, y en todo caso, perdió buena parte de su relevancia al instalarse la Asamblea Nacional Constituyente, que también responde al mismo Ejecutivo.

Respecto al control por parte de la ciudadanía a través del ejercicio del derecho a la participación en los asuntos públicos, las normas constitucionales que lo consagran han sido absolutamente inaplicadas, cuando no tergiversadas, por obra de esa mayoría oficialista que impidió cualquier posible instrumentación real del mismo en consonancia con los valores y principios que estableció la Carta Fundamental. Veámoslo con algo más de detalle a continuación en lo que respecta a algunas de sus manifestaciones.

2 El Control *a priori* Sobre el Control: el Régimen Constitucional de Designación de los Titulares de los Órganos de Control (Poder Ciudadano)

2.1 Antecedentes del Régimen Vigente: Las Críticas a la Interferencia Indebida y Excesiva de los Partidos Políticos en el Ejercicio y Control del Poder Público

Una de las grandes críticas que se formularon al régimen democrático venezolano imperante durante la Constitución de 1961, especialmente a partir de mediados de la década de los ochenta del siglo pasado, fue la indebida y excesiva interferencia de los partidos políticos en el ejercicio y control del Poder Público (partidocracia o Estado de partidos³⁰). Resultado de ello, se achacaba a los partidos que estos mediatizaban todo el quehacer del Estado, y al irse convirtiendo en organizaciones burocráticas con fines cada vez más electorales y menos ideológicos, conducían a la paulatina desconexión de este con la sociedad a la que el primero está llamado a servir a la vez que a conducir políticamente.

Estas críticas trajeron como reacción de la institucionalidad político-partidista ciertos cambios, que abrieron el espectro de participación tanto a nuevos partidos como en cierta medida a la comunidad organizada en el ámbito local. No obstante, el potencialmente más significativo y de mayor envergadura, a saber, la propuesta de reforma de la Constitución de principios de los años noventa³¹, no llegó a buen puerto.

30 La expresión es empleada por, entre otros, Manuel GARCÍA PELAYO (*El Estado de Partidos*. Alianza Editorial. Madrid, 1986), aunque tiene sus críticos. Su influencia en la realidad venezolana e incluso en la doctrina administrativista de la época puede verse, por ejemplo, en: BREWERCARIAS, Allan R.: *Problemas del Estado de Partidos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1988. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/Content/11.1.57.pdf>.

31 Puede verse en: <https://www.rafaelcaldera.com/documento/discurso-reforma-constitucional-1992/>.

Por ello hubo que esperar a la Constitución de 1999 para que, al menos en teoría, se retomara el asunto plasmándolo en el texto constitucional, como se verá de seguidas.

2.2 La Inclusión Constitucional del Principio de la Participación Ciudadana en la Gestión Pública

Lo inmediatamente antes expuesto determinó que en la Constitución de 1999 se incluyera como principio el de la participación ciudadana en los asuntos públicos (artículo 62). Para ello, se partió de modificar parcialmente la cláusula constitucional del gobierno representativo y sustituirla la del gobierno participativo (artículo 4). Se habló así en los primeros años de vigencia del texto fundamental de la democracia participativa y protagónica³² (artículos 6 y 62 constitucionales), y se estableció en ella una serie de mecanismos que pretendían añadir, a la representación política obtenida mediante el sufragio, la participación ciudadana directamente en los asuntos públicos (artículos 62 y 70 al 74 constitucionales). No obstante, prontamente se evidenció que se había tratado de una efímera bandera política, y que en lugar de ofrecer más y mejor democracia, el Ejecutivo fue paulatinamente concentrando poder político mediante el desmantelamiento tanto de la institucionalidad como de la economía, este último a través del cerco a la iniciativa privada nacional. Y en cuanto a los medios de participación previstos en la Constitución, una vez que estos pretendieron usarse para controlar al Presidente de la República, tanto el Poder Electoral como el Judicial se encargaron primero de frenar y en definitiva de imposibilitar su ejercicio³³.

Mas el punto directamente vinculado con lo aquí tratado será abordado en el siguiente epígrafe.

2.3 Las Previsiones Constitucionales de Participación de la Sociedad Civil en la Designación de los Titulares de los Altos Cargos Públicos no Sometidos a Elección Popular Directa

32 Cfr. Gaceta Constituyente. Diario de Debates. Asamblea Nacional Constituyente (1999-2000). Imprenta del Congreso de la República. Caracas, 2000; Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (G.O. Núm. 5,098 Ext. del 19/02/2000). Véase al respecto: BREWER-CARÍAS. *La democracia representativa...*, in totum.

33 Véase entre otros la obra colectiva: *La Guerra de las Salas frente al referéndum revocatorio*. Editorial Aequitas. Caracas, 2004.

Retomando el cuestionamiento al rol preponderante y excluyente de los partidos políticos, empleado como una de las principales banderas del proceso constituyente de 1999, este dio lugar a que, además de lo referido en el sub-epígrafe previo, en el texto constitucional se incorporara, como expreso y obligatorio mecanismo de participación ciudadana, el de la intervención de los “Comités de Postulaciones”, en el proceso de selección de los titulares de los Poderes Judicial, Electoral y Ciudadano (artículos 264, 270, 279 y 295)³⁴. Estos órganos colegiados, de acuerdo con el texto fundamental, deben estar conformados por representantes de los diversos sectores de la sociedad.

Se trata pues de un mecanismo diseñado para incorporar en la primera etapa del proceso de designación de una serie de altos funcionarios públicos, a sectores sociales distintos de los partidos políticos, como medida destinada a ampliar la participación ciudadana en esa selección, a la vez que adicional a la intervención indirecta que se verifica con la actuación de los Diputados como representantes del pueblo en virtud de su condición de funcionarios de elección popular.

En ese sentido, esos Comités deben realizar una primera pre-selección de los postulados, cuyos resultados deben enviarse a instancias ulteriores (usualmente el “Poder Ciudadano”³⁵) para una segunda pre-selección. Y es de esa segunda lista de escogidos de la que debe partir el Parlamento con el fin de realizar la elección definitiva³⁶. De tal suerte que si bien no son esos órganos representativos de la sociedad quienes realizan la selección final, sí participan en una primera y muy trascendente etapa previa.

34 De allí que se sostenga que se trata de una elección de segundo grado (BREWER-CARIÁS, Allan R.: *El golpe de Estado dado en diciembre de 2014, con la inconstitucional designación de las altas autoridades del Poder Público*. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/1.2.108.pdf>).

35 Salvo el caso de que la designación sea precisamente de integrantes del Poder Ciudadano, pues en tal supuesto dispone el artículo 279 constitucional: „El Consejo Moral Republicano convocará un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad; adelantará un proceso público de cuyo resultado se obtendrá una terna por cada órgano del Poder Ciudadano, la cual será sometida a la consideración de la Asamblea Nacional”.

36 Así lo establece, por ejemplo, en el artículo 264 constitucional: „Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos o elegidas por un único período de doce años. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva”.

La condición de esos órganos como instancia de representación de la ciudadanía distinta y diversa de la representación política en sentido estricto viene dada tanto por la finalidad que expresamente le asignó el Constituyente como porque invocando el argumento *ad absurdum*, sería incongruente incluir una etapa de preselección que sea realizada por quienes luego harán la preselección definitiva y final. De allí que la doctrina, e incluso el propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional contrapone, como no podía ser de otra manera, la noción de sociedad civil a la representación política³⁷.

No obstante, tales imperativos constitucionales no han sido respetados en ninguna oportunidad a partir de su vigencia, como se verá a continuación.

2.4 La Continua y Sistemática Violación de las Exigencias Constitucionales en la Escogencia de los Titulares del Poder Ciudadano y la Imposibilidad Fáctica de Revisar su Constitucionalidad como Consecuencia de una Similar Situación en la Designación de los Titulares del Control Judicial sobre el Parlamento y la Administración Pública

En efecto, incluso antes de entrar en vigencia – lo cual no deja de ser insólito porque en estricta puridad jurídica el régimen constitucional previo se encontraba entonces vigente- las normas de la Constitución de 1999 resultaron vulneradas. Ello por cuanto en diciembre de 1999 la Asamblea Nacional Constituyente dicta una normativa que denominó “Régimen de Transición del Poder Público”³⁸, mediante la cual, entre otras disposiciones, designó a los máximos funcionarios de los Poderes Judicial, Electoral y Ciudadano por el año 2000, hasta tanto se dictase dentro de ese período la normativa ordenada por las normas

37 Véanse sentencias Núms. 656 del 30/06/2000, 1.050 del 23/08/2000 y 1.395 del 21/11/2000. En la primera se señala, por ejemplo, que: „La sociedad civil es una noción que para los efectos del artículo 296 comentado, se contrapone a la sociedad política, de allí que dicha norma establezca la no vinculación de los miembros a organizaciones políticas“. Véase también: Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Venezuela de 2003 elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, punto Núm. 179.

38 G.O. Núm. 36.857 del 27 de diciembre de 1999. Al respecto se ha señalado que: „...todos los aspectos positivos de la Constitución, que los tiene, fueron secuestrados por la propia Asamblea Nacional Constituyente a la semana de haber sido aprobada por el pueblo, mediante la emisión del famoso Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público de 22 de diciembre de 1999, con el cual se dio origen a un régimen constitucional paralelo, no aprobado por el pueblo“ (BREWER-CARIÁS, Allan R.: *La destrucción del Estado de Derecho, la ruina de la democracia y la dictadura judicial*. Colección Tratado de Derecho Constitucional Tomo XVI. Fundación de Derecho Público. Editorial Jurídica Venezolana, 2017, p. 55).

constitucionales a tal efecto (hay que aclarar entonces que la Constitución entraría en vigencia el primero de enero de 2000)³⁹. Y en cuanto a la conformación del Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano “el cual estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad” (artículo 279 constitucional), fue obviada al disponerse que la Asamblea Nacional Constituyente lo designaría (artículo 33 del Decreto).

Tal regulación “transitoria” fue objeto de múltiples impugnaciones, mas todas de entrada estaban destinadas a ser desestimadas, habida cuenta de que el órgano judicial que iba a conocerlas se encontraba integrado precisamente por Magistrados designados por las disposiciones que se objetaban⁴⁰. Incluso, se llegó a señalar en una de las decisiones que el propio cuestionamiento en sede judicial de esas disposiciones normativas atentaba contra el “orden público constitucional”⁴¹.

Ese mal comienzo tuvo su continuidad con una normativa *ad hoc* dictada por el primer parlamento electo luego de la Constitución de 1999, cuya denominación incluso era demostrativa de que no se intentaba cumplir con las exigencias constitucionales obviadas en una primera oportunidad. Se trató de la “Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para su Primer Período Constitucional”⁴². En ella también se soslayaron deliberadamente los requerimientos constitucionales para la designación de los titulares de esas ramas del Poder Público que no son escogidos por elección popular directa, entre ellos, el ya aquí referido, atinente a la primera preselección por los Comités de Postulaciones⁴³.

Luego de ello, la sepultura definitiva de tales requerimientos se encuentra en la legislación que se dictó para regular permanentemente la designación, organización y funcionamiento de tales ramas del Poder

39 Cfr. entre otros: BREWER-CARÍAS, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen I...*, pp. 952-953.

40 Véase BREWER-CARÍAS, Allan R: *Crónica sobre la “in” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 19-29. Disponible en: <http://derechoadministrativoucv.com.ve/files/library/IDP-02.pdf>.

41 „Declarar una nulidad del Estatuto que regula las únicas elecciones posibles para normalizar el funcionamiento del Estado es una irresponsabilidad que conduce a la negación del sistema democrático, al dejar indefinida la instalación de la Asamblea Nacional, con sus deberes –esenciales- para la vida del Estado. Por ello, considera esta Sala que la acción intentada contraría el orden público constitucional, y así se declara“. Sentencia Sala Constitucional Núm. 180 del 28/03/2000.

42 G.O. Núm. 37.077 del 14/11/2000.

43 Véase entre otros: FERNÁNDEZ CABRERA, Sacha Roldán: *Del poder moral de Bolívar al poder ciudadano actual*. Revista de Derecho Público Núm. 126. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, pp. 13-17.

Público. Para el caso del llamado Poder Ciudadano, que es el que aquí nos interesa directamente, en el artículo 23 de su Ley Orgánica se dispone que el Comité de Postulaciones encargado de su primera pre-selección, estará conformado por “representantes de diversos sectores de la sociedad (...) cuyos requisitos serán establecidos en el Ordenamiento Jurídico Interno del Consejo Moral Republicano”. Se trata de una norma que a su vez reenvía a otra de rango sub-legal y que no ha sido dictada. El resultado: unos Comités de Evaluación de Postulaciones que siempre han estado conformados de hecho y dominados por Diputados del oficialismo⁴⁴.

Todas estas violaciones constitucionales fueron posibles tanto en la formal como en lo fáctico en virtud de que los titulares del Poder Judicial, a saber, los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, han sido designados igualmente en vulneración de los requisitos sustanciales y formales constitucionalmente establecidos (artículos 13 encabezamiento 65 y de las Leyes del Tribunal Orgánicas del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 y 2010 respectivamente)⁴⁵. En el caso de los últimos, con la conformación también irregular y contraria al marco constitucional de un Comité de Postulaciones Judiciales presidido e integrado mayoritariamente por Diputados del Parlamento Nacional. Algo similar ha sucedido con los titulares del llamado “Poder Electoral”, pero no es el caso detallarlo en esta oportunidad. Baste con señalar que la misma

44 De allí que se haya señalado que: “...se puede observar que dicho Comité se encontró integrado por tres diputados de la Asamblea Nacional, la presidenta del Instituto Nacional de la Mujer, un dirigente popular y el fundador de Fundalatin, sin que se cumpliera con lo establecido en el Art. 279 de la CRBV, que indica que dicho Comité debe estar “integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad”, lo cual se repite en el Art. 23 de la LOPC, siendo que en este caso dicho Comité en su mayoría se conformó por funcionarios pertenecientes al gobierno, restringiéndose y limitándose de esa manera la participación de los todos sectores de la sociedad, ya que éstos deberían ser los únicos que conformen dicho Comité” (*Ibidem*, pp. 15-16).

45 Véase por ejemplo: ACCESO A LA JUSTICIA. EL OBSERVATORIO VENEZOLANO DE LA JUSTICIA: *Informe sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos por parte los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, julio 2016*. Disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2016/07/Perfil-de-magistrados-del-TSJ-julio-2016.pdf>. Un panorama del devenir del Tribunal Supremo de Justicia puede verse en: ACCESO A LA JUSTICIA. EL OBSERVATORIO VENEZOLANO DE LA JUSTICIA: *El TSJ: La joya que pocos han podido retener. Radiografía sobre la duración de los Magistrados del máximo juzgado en sus cargos*. Disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2017/03/Informe-sobre-duraci%C3%B3n-de-magistrados-del-TSJ.pdf>; ACCESO A LA JUSTICIA. EL OBSERVATORIO VENEZOLANO DE LA JUSTICIA: *Los Magistrados de la revolución*. <https://www.accesoalajusticia.org/los-magistrados-de-la-revolucion/>; COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS: *El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: Un instrumento del Poder Ejecutivo*. Ginebra, Suiza, 2017. Disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2017/09/Venezuela-Tribunal-Supremo-Publications-Reports-Thematic-reports-2017-SPA.pdf>; CHAVERO GAZDIK, Rafael: *La Justicia Revolucionaria. Una década de reestructuración (o involución) judicial en Venezuela*. Editorial Aequitas. Caracas, 2011.

estrategia para desnaturalizar los requerimientos constitucionales está prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

Resultado de todo esto, es que la designación de los integrantes del “Consejo Moral Republicano” ha obedecido de forma preponderante a finalidades exclusiva y estrictamente político-partidistas, siempre con el propósito de que quienes detenten esos cargos se preocupen de complacer e incluso de defender las actuaciones de la mayoría oficialista, en lugar de ocuparse en cumplir sus cometidos constitucionales.

Pruebas de ello son, entre muchas otras, que quienes fueron designados Defensora del Pueblo y Fiscal General de la República en diciembre de 1999 no lo resultaron nuevamente en diciembre de 2000. Por coincidencia, luego de que la primera hubiera interpuesto varias peticiones de nulidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia contra actos dictados por el propio Parlamento en ese año 2000, incluyendo la propia “Ley de ratificación” a que antes se hizo referencia⁴⁶. Y en el caso del segundo, después de que este planteó el inicio de una averiguación penal ante el Tribunal Supremo de Justicia contra el Parlamentario entonces más influyente del partido oficialista y quien se desempeñó como presidente de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, justamente por presuntos ilícitos de corrupción acaecidos con ocasión del ejercicio de esa presidencia⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. FERNÁNDEZ CABRERA, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁴⁷ Narrando el episodio se describe: „Luego, al pretender el Fiscal General de la República ejercer sus funciones, e ingenuamente, quizás, pretender que era autónomo e independiente en el proceso de someter a un antejuiicio de méritos al Presidente de dicha Comisión Legislativa Nacional quien era a la vez Coordinador General del partido de gobierno, fue consecuentemente destituido por la Asamblea Nacional. Igual suerte corrió la Defensora del Pueblo quien pretendió también ejercer sus funciones con autonomía, impugnando ante el nuevo Tribunal Supremo de Justicia la “Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para su Primer Período Constitucional”, por inconstitucionalidad por violar el derecho a la participación política de los ciudadanos, acción que nunca fue decidida. La destitución de esos dos altos funcionarios titulares de órganos del Poder Ciudadano fue encubierta por la supuesta designación definitiva, por la Asamblea Nacional que había sido recién electa, de dichos funcionarios, no precisamente conforme a las pautas constitucionales que exigían la constitución de sendos Comités de Postulaciones integrados por representantes de la sociedad civil. La Asamblea, para ello, dictó la mencionada Ley Especial obviando la aplicación de las normas expresas de la Constitución, nombrando directamente a los funcionarios con la votación exclusiva de la mayoría oficialista, inventando unas “mesas de diálogo” no previstas en la Constitución. La Constitución fue burlada, como se ha dicho, y en 2000 la Asamblea nombró a nuevos Fiscal General de la República y Defensor del Pueblo, afectos al Poder, y ratificó al Contralor General de la República, como premio por no haber ejercido sus funciones de control fiscal, cargo que conservó hasta su fallecimiento en 2011. (...) Por ello, en definitiva el nombramiento de todos esos altos funcionarios a pesar de ser supuestamente de la exclusiva competencia del Poder Legislativo, ha sido completamente controlado por el Presidente de la República, dado su control de la Asamblea, como lo reconoció públicamente por ejemplo el Presidente de la Comisión Parlamentaria dispuesta para la selección de los Magistrados” (BREWER-CARÍAS, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen I...*, pp. 952-953).

Más recientemente, el ejemplo de la última Fiscal General de la República designada por la Asamblea Nacional, quien desempeñó el cargo durante ocho años hasta que en el 2016 primero cuestionó públicamente varias sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia –mediante las cuales se comenzó a vaciar de contenido las competencias del Parlamento una vez que el oficialismo perdió su mayoría en este- y luego planteó pretensiones y recursos contra las actuaciones de esta⁴⁸, evidencia aún más claramente si se quiere, el absoluto sesgo político partidista que impera en el funcionamiento de las diversas ramas del Poder Público en el Estado venezolano. Al punto de que la división o separación de Poderes puede considerarse meramente nominal pero inexistente en la práctica.

Ya casi para concluir este punto, cabe señalar que esa Fiscal General de la República, luego de sus cuestionamientos a las sentencias de la Sala Constitucional, fue primeramente obstaculizada de desempeñar sus labores y acceder a sus oficinas en la sede física de de su Despacho incluso hasta mediante la amenaza de coacción física y luego resultó suplantada mediante una designación a todas luces inconstitucional, como se verá en el siguiente epígrafe. Y finalmente, después de acordarse raudamente su enjuiciamiento penal por el Tribunal Supremo de Justicia, según señaló ella misma debió abandonar el país mediante medios subrepticios para luego dedicarse a la denuncia sistemática del entramado delictivo que según sus propios dichos envuelve a los más altos personeros del Ejecutivo Nacional, comenzando por el entorno personal y familiar de quien detenta la Presidencia de la República⁴⁹.

48 Cfr. entre otros: BREWER-CARÍAS, Allan R.: *El golpe de estado constitucional continuado, la no creíble defensa de la Constitución por parte de quien la desprecia desde siempre, y el anuncio de una bizarra "revisión y corrección" de sentencias por el Juez Constitucional por órdenes del Poder Ejecutivo (Secuelas de las sentencias N° 155 y 156 de 27 y 29 de marzo de 2017)*. Revista de Derecho Público Núm. 149-150. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, pp. 300-312.

49 Véanse –entre muchas- las siguientes notas de prensa: La 'fiscal rebelde' de Venezuela huye a Colombia. Luisa Ortega llegó a Bogotá tras escapar en lancha por Aruba. https://elpais.com/internacional/2017/08/18/america/1503091260_019597.html; Quién es Luisa Ortega, la fiscal chavista que acusó al gobierno de Venezuela de delitos de lesa humanidad y que ahora ha huido a Colombia. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40443038>; La fiscal general de Venezuela huye a Colombia: salió en lancha a Aruba y desde allí voló a Bogotá. <https://www.univision.com/noticias/america-latina/la-fiscal-general-de-venezuela-huye-a-colombia-salio-en-lancha-a-aruba-y-desde-alli-volo-a-bogota>; "Venezuela y el narcotráfico es la misma cosa": Luisa Ortega Díaz. <https://www.voanoticias.com/a/luisa-ortega-diaz-nicolas-maduro-narcotrafico-venezuela-jorge-agobian/4339414.html>; Luisa Ortega Díaz: Maduro orquestó los hechos de corrupción con Odebrecht. <https://transparencia.org.ve/project/luisa-ortega-diaz-maduro-orquesto-los-hechos-corrupcion-odebrecht/>; Luisa Ortega pide a la Corte Penal Internacional detener a Nicolás Maduro por crímenes de lesa humanidad #4Oct. <https://www.elimpulso.com/2018/10/04/luisa-ortega-pide-a-la-corte-penal-internacional-detener-a-nicolas-maduro-por-crimenes-de-lesa-humanidad-4oct/>; Luisa Ortega Díaz acusó a Maduro, Cabello, Cilia Flores y El Aissami de tráfico

No ha habido pues una sola vez en que al momento de designar a los titulares de los Poderes Judicial, Ciudadano y Electoral no se hayan vulnerado las exigencias constitucionales, algunas de las cuales hemos referido en estas páginas, aunque no se agotan en lo aquí descrito. Y si los favorecidos con tales designaciones se apartan de la línea oficialista pretendiendo de alguna forma cumplir sus cometidos constitucionales, son inmediatamente apartados de sus cargos.

Un último comentario: hay que decir que la violación constitucional persistió en el más reciente proceso de selección de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, que fue llevado a cabo por la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015, mayoritariamente *de oposición*, mayoría que luego se convirtió en unanimidad pues los diputados oficialistas pronto dejaron de asistir a sus sesiones (hecho revelador de cómo estos últimos entienden el juego democrático). En efecto, en el proceso que tuvo lugar en junio de 2016 para la designación de una parte del máximo órgano judicial, el Comité de Postulaciones Electorales fue conformado y funcionó siguiendo los lineamientos de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, en la cual está presente –entre otros- el vicio ya referido. Consecuentemente, esos nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia son igualmente nulos.

3 El Estadio Final de las Violaciones Constitucionales: la Designación de Titulares del Poder Ciudadano por una Asamblea Nacional Constituyente Inconstitucional e Incontrolada

Como ya se señaló, en la elección de diciembre de 2015 el partido oficialista y sus satélites perdieron la mayoría de la que venía disfrutando en el Parlamento Nacional venezolano en los últimos tres lustros. Como consecuencia, la decisión política del sector gobernante desde 1999 fue ir prescindiendo de los últimos ropajes formales con que intentaba seguir presentándose ante la comunidad internacional como una autocracia semicompetitiva para comenzar a evidenciarse como una autocracia plena incluso con ciertas pretensiones totalitarias. Ese cambio se hizo en dos etapas. La primera, vaciando las competencias

de drogas #11Abr. <https://www.elimpulso.com/2019/04/11/luisa-ortega-diaz-acuso-a-maduro-cabello-cilia-flores-y-el-aissami-de-trafico-de-drogas-11-abr/>; Luisa Ortega investiga a El Aissami y altos rangos de la FAN por narcotráfico. <http://talcualdigital.com/index.php/2019/04/11/luisa-ortega-investiga-a-el-aissami-y-altos-rangos-de-la-fan-por-narcotrafico/>.

legislativas y de control parlamentario de la Asamblea Nacional a través de una serie de decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, mediante un conjunto de maniobras jurídicas cuyos pormenores iniciales hemos referido en otros trabajos y de los que ha seguido ocupándose la doctrina administrativista⁵⁰.

La segunda, valiéndose de una Asamblea Nacional Constituyente irregularmente convocada, inconstitucional y sectariamente conformada y cuyo propósito fue y continúa siendo, en lugar de elaborar un proyecto de nueva Constitución para su consulta popular, el de conformar permanentemente una suerte de Parlamento paralelo exclusivamente integrado por una parcialidad política⁵¹.

Resultado de ello, es que los vestigios de control sobre el Ejecutivo Nacional han quedado eliminados en los hechos. En ese sentido y sin perjuicio de lo que se expondrá en el siguiente epígrafe, cabe reiterar que la titular del cargo de Fiscal General de la República hasta 2016, fue reemplazada por designación de ese Parlamento paralelo, pero hay que añadir ahora, que justamente por quien venía ejerciendo hasta ese momento el cargo de Defensor del Pueblo⁵².

Se trata de un hecho revelador no solo del grado de vulneración de las más elementales reglas constitucionales, sino también de que desde

50 Cfr. entre otros: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *Las Justicias Electoral y Constitucional como herramientas de presión y negociación políticas y el reconocimiento de la inexistencia de separación de poderes en Venezuela: El caso de los Diputados del Estado Amazonas*. DPCE On Line n. 1/2017. FORUM DPCE Online Speciale Venezuela. Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo On line. Università Commerciale Luigi Bocconi, Dipartimento di Studi giuridici Angelo Sraffa. Milano, Italia, 2017. <https://drive.google.com/file/d/0B-oQ7e3lykezUmduWGZiUFpOZW8/view>. ISSN 2037-6677; BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho*. 2° edición actualizada. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2016/06/Brewer.-libro.-DICTADURA-JUDICIAL-Y-PERVERSI%C3%93N-DEL-ESTADO-DE-DERECHO-2a-edici%C3%B3n-2016-ISBN-9789803653422.pdf?lang=en>; BREWER-CARÍAS, Allan R.: *La Justicia Constitucional, la demolición del Estado democrático en Venezuela en nombre de un "nuevo constitucionalismo" y una tesis "secreta" de doctorado de la Universidad de Zaragoza*. Editorial Jurídica Venezolana Internacional. 2018. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/10/166.-Brewer.-JC.-DEMOLICION-DEL-EDO.-DEMOCRATIVO.-con-portada.pdf>; SIRA SANTA, Gabriel: *La Sala Constitucional del TSJ vs. La Asamblea Nacional. Fichas de los fallos dictados por la Sala Constitucional, producto de los resultados de las elecciones parlamentarias del 06-12-2015*. Reporte CIDEP. Centro para la Integración y el Derecho Público. Disponible en: [http://cidep.com.ve/files/reportes/Reporte%20CIDEP%20\(SC%20v.%20AN\).pdf](http://cidep.com.ve/files/reportes/Reporte%20CIDEP%20(SC%20v.%20AN).pdf). Véanse también los diversos trabajos contenidos en las Revistas de Derecho Público Núm. 145-146. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016, pp. 267-473; Núm. 147-148. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016, pp. 375-379 y Núm. 149-150. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, pp. 261-325.

51 Véase BREWER-CARÍAS, A.R. y GARCÍA SOTO, C. (Comp.): *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su ilegal convocatoria*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/07/ESTUDIOS-SOBRE-LA-AN-CONSTITUYENTE-25-7-2017.pdf>. Varios de los Diputados de la ahora minoría oficialista en la Asamblea Nacional pasaron a ser integrantes de esa Asamblea Nacional Constituyente, comenzando por su Presidente.

52 Cfr. https://es.wikipedia.org/wiki/Tarek_William_Saab.

hace lustros da igual la preparación, la formación y la vocación para el ejercicio de los diversos roles que en un Estado de Derecho se le asignan constitucionalmente a los titulares de los más altos órganos del Estado. De allí que en el caso concreto, el ejercicio de un cargo destinado a la defensa de los derechos humanos en la práctica es equivalente que el de tener la iniciativa para la persecución penal. Ello, toda vez que en ambos casos el verdadero propósito no será el cumplimiento de los correspondientes cometidos constitucionales, sino el de la realización de todo lo necesario para el mantenimiento del Poder por la misma secta política que lo viene ejerciendo en los últimos veinte años.

4 Algunas Consecuencias de la Anomia Constitucional Existente en Venezuela en las Últimas dos Décadas

A continuación, se enuncian de forma breve algunos de los efectos de la progresiva ausencia –hasta llegar a la actual inexistencia- de controles administrativos, en realidad de cualquier tipo, sobre el funcionamiento de la Administración Pública venezolana⁵³. Se trata de una lista meramente ejemplificativa, dado que se está ante un fenómeno cuya amplitud desborda una simple descripción sucinta. En todo caso, la idea es dar una muestra de sus consecuencias.

4.1 Inexistencia de Control Administrativo sobre la Industria Petrolera: La Quiebra de la Empresa Estatal PDVSA

Como se refirió precedentemente, sobre la Administración Pública Nacional descentralizada funcionalmente deben operar diversos controles pautados en el ordenamiento jurídico. En el caso de las Empresas del Estado (sociedades anónimas de capital estatal) el control es en principio predominantemente accionario, a través del cual el ente público titular de la mayoría accionarial o de acciones privilegiadas, determina el rumbo económico y gerencial de esta.

En el supuesto concreto de la sociedad mercantil Petróleos de Venezuela, S.A., tratándose de la entidad dedicada a regir la actividad más importante no solamente para el sector público sino para la Nación, dado que los ingresos por concepto de la comercialización de hidrocarburos

⁵³ Véase también, entre otros: BREWER-CARÍAS, *El control...*, pp. 519-523.

son los que sostienen la cada vez más monoprodutora y dependiente economía venezolana, además de ese control accionarial, existía otro. A saber, una suerte de gestión conjunta llevada a cabo tanto por el Presidente y la Junta Directiva de PDVSA, como la planteada por el Ministro de adscripción, bajo los lineamientos directos del Ejecutivo nacional.

De hecho, en épocas previas, la idea de esta combinación derivaba de que se entendía que la gestión de PDVSA se concentraba en los aspectos gerenciales, operacionales y comerciales, mientras que la orientación política se impartía a través de la interrelación directa entre el Presidente de la compañía y el Ministro correspondiente.

Pues bien, estos controles desaparecieron desde el momento en que el Ministro de adscripción (con competencia en materia de política energética y petrolera) comenzó a ser el mismo presidente de PDVSA⁵⁴. Resultado de ello, es que incluso esos controles accionariales, gerenciales y de orientación de políticas a mediano y largo plazo dejaron de operar, y que PDVSA comenzó a funcionar como un súper Ministerio con gran autonomía tanto en lo político como en lo económico y financiero⁵⁵. A lo que hay que agregar –a ello se hace referencia de nuevo en el siguiente epígrafe- que desde hace más de una década a esa empresa se le asignaron funciones en primer término de fomento –en la terminología clásica española- y luego de prestación directa de servicios, muy alejadas de su finalidad legal y estatutaria, a saber, la exploración, explotación y comercialización de hidrocarburos. Asignación que tuvo como propósito el fortalecimiento del clientelismo y que trajo como resultado la existencia de múltiples escándalos de presunta corrupción e ineficiencia, producto por supuesto de la misma ausencia de controles de toda índole.

Entre tanto, los indicadores de gestión de PDVSA han caído de tal manera que puede afirmarse sin dudas que se trata de una empresa en cesación de pagos⁵⁶, hazaña que – a la vista de los altos precios del petróleo durante los últimos tres lustros- solo puede atribuirse a la combinación de una gerencia incompetente y en muchos casos incurso en delitos contra el erario público, como incluso han aceptado los voceros

54 A partir del 2004 hasta el 2013.

Véase: https://es.wikipedia.org/wiki/Rafael_Ram%C3%ADrez_Carre%C3%B1o.

55 De hecho, quien ocupó ambos cargos durante años llegó a ser considerado la persona más importante del régimen luego del Presidente de la República, aunque a partir del 2017 haya caído políticamente en desgracia. Véase entre otros: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-42261044>.

56 Véanse entre otras, las siguientes notas de prensa: <https://www.france24.com/es/20171113-venezuela-deuda-refinanciacion-default>; <https://cnnespanol.cnn.com/2017/11/14/venezuela-entra-en-cese-de-pagos-selectivo-sumiendose-mas-en-la-crisis/>.

del régimen al referirse a los ahora disidentes y en algún momento directivos de la petrolera estatal⁵⁷.

4.2 Inexistencia de Control Fiscal: El Endeudamiento Público Incontrolado Mediante la Vulneración de las Reglas Presupuestarias Fundamentales

Hay que hacer nuevamente referencia al control fiscal, que corresponde tanto a la propia Administración activa, como a la Administración contralora propiamente dicha. Esta última, en el ordenamiento venezolano funciona a través del llamado sistema nacional de control fiscal⁵⁸, que encabeza la Contraloría General de la República, cuyo titular integra ese “Poder Ciudadano” ya previamente descrito.

Como creemos haber evidenciado, en ninguna oportunidad en que ha correspondido la designación del Contralor General esta ha sido cumplida conforme a los requerimientos constitucionales. De hecho, a partir de 1999 fue designado sucesivamente el mismo funcionario hasta su fallecimiento en 2011. Y la más reciente designación del mismo cargo por la ya referida autodenominada Asamblea Nacional Constituyente en 2018 (a pesar de que el órgano competente es el Parlamento, es decir, la Asamblea Nacional), recayó en un dirigente del partido de gobierno y quien fue Diputado oficialista muy vinculado con los nombramientos previos de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia⁵⁹.

Pero al margen de ello, lo cierto es que los controles presupuestarios propios de la Administración activa establecidos en la legislación han sido aplicados, valiéndose tanto de su inaplicación como de sucesivas reformas legales tendientes primero a flexibilizar y luego a soslayar los mínimos requerimientos de planificación y control presupuestario en la Administración Pública⁶⁰. En cuanto a los controles fiscales que

57 Véase por ejemplo la siguiente nota de prensa: Fiscalía vincula a Rafael Ramírez con desfaldo de \$ 4.800 millones en PDVSA. <http://www.bancaynegocios.com/fiscalia-vincula-a-ramirez-con-desfalco-de-4-800-millones-en-pdvsa/>. A lo que ha respondido el aludido señalando que el corrupto es el Fiscal General de la República: Rafael Ramírez responde y amenaza con contar cómo Tarek William Saab “extorsionaba a Pdvsa”. <https://diariodecaracas.com/politica/rafael-ramirez-responde-amenaza-contar-como-tarek-william-saab-extorsionaba-pdvsa>.

58 Cfr. entre otros: BREWER-CARÍAS, *El control...*, pp. 498-505.

59 Cfr. https://es.wikipedia.org/wiki/Elvis_Amoroso.

60 Especialmente demostrativos son los estudios realizado por SÁNCHEZ FALCÓN, Enrique J.: *La nueva reforma de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público o el abandono total del intento de establecer disciplina fiscal en nuestro país*. Revista de Derecho Público Núms. 143-144. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 215-222; así como: *La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, entre los años 2000 y 2015, ruta segura hacia*

corresponden ser ejercidos por los órganos pertenecientes al respectivo sistema, tampoco han producido mínimos efectos⁶¹.

Por si lo anterior fuera poco, cabe reiterar que a partir del año 2003 el Ejecutivo decidió comenzar a crear una Administración paralela, con el inexpressivo nombre de “Misiones”. Se trató de programas para la ejecución de actividades prestacionales –con un claro perfil clientelar-, asignados a órganos y entes con competencias distintas a los que el ordenamiento jurídico les asignaba la realización de tales prestaciones en razón de ostentar competencias en asuntos afines. Dos fueron las finalidades básicas de tales decisiones:

Primero: Prescindir de las competencias y atribuciones de la organización administrativa tradicional para el logro de determinados cometidos específicos (atención médica primaria, construcción de viviendas de interés social, compra, distribución y comercialización de alimentos a precios regulados, etc.). Con lo que, en primer lugar, se admite la ineficacia de la organización administrativa tradicional, pero en lugar de reformarla o mejorarla, se instala un entramado paralelo, en detrimento

el despilfarro. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Núm. 7. Edición homenaje a José Peña Solís. Caracas, 2016, pp. 717-77. <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2016/12/pp-717-778-SANCHEZ-FALCON.pdf>.

61 De allí que se señale: *„En cuanto al control externo que debería realizar la Contraloría General de la República, igualmente puede calificarse de inexistente, dada la ausencia de autonomía de dicho órgano, el cual al contrario ha sido el responsable por omisión o encubrimiento de que Venezuela haya llegado a ocupar el primer lugar en los niveles de corrupción administrativa en el mundo“* (BREWER-CARIAS, *El control...*, p. 520). De hecho, lo más notorio en el ejercicio de esta modalidad de control ha sido su uso desviado con el propósito de sacar de las contiendas electorales (cuando aún se estaba dentro de un autoritarismo semi-competitivo) a políticos de los sectores opositores cuya participación hubiera podido generarle problemas a los candidatos oficialistas, incluyendo los comicios presidenciales. Ello a pesar de que la norma que prevé estas „inhabilitaciones administrativas“, de cuestionada constitucionalidad (véanse entre otros: BREWER-CARIAS, Allan R.: *La incompetencia de la administración contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos*. En: CANÓNICO SARABIA, A. (Coordinador): *El control y la responsabilidad en la Administración Pública*. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2012. Editorial Jurídica Venezolana- Centro de Adiestramiento Jurídico (CAJO). Caracas, 2012, pp. 293-372; CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: *La paradójica declaratoria de constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Críticas y reparos frente al procedimiento de determinación de responsabilidad y sus inexplicables consecuencias sancionatorias*. Anuario de Derecho Público. Año 2. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávil. Caracas, 2009, pp. 357-379; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *La inconstitucionalidad de la competencia del Contralor General de la República para acordar la inhabilitación en el ejercicio de funciones públicas*. *Revista de Derecho Público* Núm. 114. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, pp. 55-57) ha sido declarada inconvencional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual generó que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano declarara inejecutable esa sentencia y „exhortara“ al Ejecutivo a denunciar el Pacto de San José. Véanse al respecto, entre otros: BLANCO-URIBE BRICEÑO, Alberto: *La denuncia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el retiro de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Ética y el Derecho*. *Revista de Derecho Público* Núm. 114. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, pp. 7-25; AYALA CORAO, Carlos: *Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela*. *Revista de Derecho Público* Núm. 129. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 39-67.

de los principios –recogidos en la propia Constitución- de eficacia y eficiencia administrativa, y en segundo, como consecuencia, se aumenta desmesuradamente el gasto público presente y se comprometen los ingresos futuros.

Y segundo: Escapar de los diversos mecanismos de control previstos para la organización administrativa tradicional.

El caso emblemático fue –como ya se adelantó- el de PDVSA S.A. y sus “Misiones”, Petrocasa y PDVAL⁶², que terminaron en escándalos por ineficacia y corrupción cuya magnitud no pudo ocultarse a los medios de comunicación social incluso en un tiempo en que ya el control y la censura sobre estos se cernían amenazadoramente. Mientras que las investigaciones para determinar las responsabilidades de los funcionarios involucrados, solo se limitaron a algunos pocos y de escaso nivel en la jerarquía administrativa.

4.3 Inexistencia de Control sobre las Conductas Delictivas en el Manejo del Patrimonio Público: La Proliferación de Escándalos Financieros que Involucran a Funcionarios Venezolanos en “Paraísos Fiscales”

Respecto a este sub-epígrafe, es lamentable señalar que lo referido en el título es un hecho notorio y divulgado no solo por los pocos medios de comunicación social venezolanos que aún tienen cierta independencia en su línea editorial, a pesar de las acciones del Ejecutivo⁶³, sino que se está en presencia de que la proliferación de escándalos de corrupción vinculados con el mantenimiento de cuentas bancarias con sumas cuantiosísimas en “paraísos fiscales” por parte de funcionarios, ex funcionarios o testaferros de estos, recogidos en los medios de comunicación globales.

Así por ejemplo, el reciente caso del ex tesorero de la República, quien confesó en juicio para obtener una rebaja en su condena dictada por un Tribunal estadounidense, que se había valido de su cargo e influencias para “lavar” una cantidad mil millonaria en dólares estadounidenses, *ella sola mayor que todas las que se están investigando en los demás países de la región por el escándalo internacional de*

62 Cfr. WIKIPEDIA: *Caso PDVAL*. https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_PDVAL.

63 Cfr. <https://www.msn.com/es-ve/noticias/venezuela/los-m%C3%A9todos-de-censura-de-maduro-en-venezuela-aumentaron-este-a%C3%B1o-dice-rsf/ar-BBW55qW?li=BBqd8uX&ocid=mail-signout>.

*Odebrecht*⁶⁴. En todo caso, no creemos que sea necesario abundar en un asunto por todos conocido como operación *Lava Jato*, escándalo internacional que ha dado lugar a investigaciones judiciales en múltiples países, salvo en Venezuela, donde probablemente el expolio al erario público fue mayor que en todos los demás juntos.

Lo que sí hay que señalar es que de esa multiplicidad de hechos noticiosos que han dado la vuelta al mundo, la gran mayoría no ha sido objeto de ningún tipo de investigación en Venezuela. Ello contribuye entonces a demostrar cómo la iniciativa de la averiguación penal del Ministerio Público, reforzada en las normas constitucionales de 1999, no se han visto traducidas en la mejora de la actividad de éste, sino más bien todo lo contrario⁶⁵. Y una de las causas de este fenómeno debe encontrarse en el hecho de que también en el caso de quienes resultaron designados como Fiscal General, han sido más activistas políticos que funcionarios imparciales y comprometidos con el cumplimiento de sus cometidos constitucionales. Y en caso de olvidarlo, han pagado incluso con persecución penal.

4.4 Inexistencia de Control sobre Violaciones de Derechos Humanos: Los Reportes de las Organizaciones Nacionales e Internacionales de Derechos Humanos, la Pretendida Retirada de Venezuela del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Designación como Fiscal General del Anterior Defensor del Pueblo, por la Inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente

Ya se señaló que en materia de control administrativo sobre la actividad de la Administración Pública que implique la violación de Derechos Humanos, la Constitución de 1999 dedicó una especial regulación al tema. Abundando sobre ello, el texto fundamental por ejemplo consagra la aplicación preferente –incluso sobre la Constitución– de los tratados

64 <https://lta.reuters.com/articulo/domesticNews/idLTAKCN1NP2MJ-OUSLD>; <https://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/venezuela-es/article222001965.html>. En otros casos bajo investigación, los montos son tan extravagantes que se ha llegado a hablar de *billones* de dólares. Como contraste, el inicio del enjuiciamiento que estaba llevando a cabo la Justicia penal peruana respecto al ex presidente Allan García y que parece haber dado lugar a su trágico final, era por unos supuestos sobornos de 4 millones de dólares. Y para el caso de todas las investigaciones vinculadas con el caso Odebrecht en Perú, las sumas pagadas indebidamente entre 2004 y 2014 serían de 29 millones de dólares.

65 Véase por ejemplo: ACCESO A LA JUSTICIA. EL OBSERVATORIO VENEZOLANO DE LA JUSTICIA: *Informe sobre el desempeño del Ministerio Público (2001-2015)*. En: <https://www.accesoaljusticia.org/informe-sobre-el-desempeno-del-ministerio-publico-2001-2015/>.

en materia de Derechos Humanos, en la medida que estos contengan normas más favorables (artículo 23), así como dispone la existencia de mecanismos específicos para la protección de derechos humanos tanto en el ámbito interno (artículo 27) como en el internacional (artículo 31). Asimismo, regula expresamente el tema de los delitos contra los derechos humanos y consagra la imprescriptibilidad de las acciones en materia de delitos de lesa humanidad, contra los derechos humanos y crímenes de guerra (artículo 29), al igual que establece la obligación del Estado de indemnizar integralmente en caso de vulneraciones de esta índole (artículo 30). Correlativamente, acoge la figura del *ombudsman* o Defensor del Pueblo, asignándole competencias específicas en lo atinente a la defensa de los derechos humanos (artículo 281), así como incluye a la institución de la Defensoría del Pueblo, como parte del “Consejo Moral Republicano” (artículo 273 encabezamiento), y este a su vez, como integrante del llamado “Poder Ciudadano” (artículo 273).

Es difícil encontrar una mayor demostración que el caso venezolano respecto a que no basta la consagración de normas, principios, valores e incluso instituciones en el plano de las Constituciones, para resolver los problemas reales, si no hay la voluntad política de aplicar tales provisiones, que es lo acaecido con la Constitución de 1999. Y más aún, en lo atinente a la protección de los derechos humanos.

En ese sentido, salvo quizá la labor desempeñada por quien ejerció durante el primer año de vigencia de la Constitución el cargo de Defensor del Pueblo, de resto el mismo ha sido ejercido más con el propósito de hacer activismo político que de cumplir su trascendente misión constitucional. Y en lugar de acrecentarse la importancia de tal institución en la medida en que el sistema político iba disminuyendo sus escasos caracteres democráticos, ella también fue perdiendo toda credibilidad. Para constatarlo basta con revisar los informes y calificaciones otorgadas por las organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos⁶⁶.

66 Véanse entre otros: *Oficialmente ONU degrada Defensoría del Pueblo a Categoría B*. <https://www.derechos.org/ve/actualidad/oficialmente-onu-degrada-defensoria-del-pueblo-a-categoria-b>; ACCESO A LA JUSTICIA. EL OBSERVATORIO VENEZOLANO DE LA JUSTICIA: *Resumen del informe de la Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre Venezuela de 2018*. <https://www.accesoalajusticia.org/venezuela-la-impunidad-continua-en-medio-de-una-situacion-sombria-de-derechos-humanos/>; ACCESO A LA JUSTICIA. EL OBSERVATORIO VENEZOLANO DE LA JUSTICIA: *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Venezuela 2018*. <https://www.accesoalajusticia.org/informe-de-la-cidh-sobre-venezuela-2018/>.

A ello agréguese que el gobierno de turno (de turno desde hace 20 años), previo exhorto de la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia, pretendió sustraerse a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego de múltiples condenas al Estado venezolano que fueron incumplidas, con el argumento de su inaplicabilidad por mandatos de la misma Sala Constitucional. Ello, en un intento de colocar de cabeza el orden jurídico internacional en la materia, asunto del cual ya se ha ocupado la doctrina como previamente se refirió. Con lo que se reitera la constatación de la muy precaria situación del respeto y defensa de los derechos humanos en Venezuela.

Y por último, la reciente designación por la autodenominada Asamblea Nacional Constituyente, órgano jurídicamente inconstitucional y políticamente ilegítimo, como la doctrina se ha encargado de demostrar según también ya se acotó, de quien venía de ejercer de forma inmediatamente previa el cargo de Defensor del Pueblo como Fiscal General de la República, cargos con cometidos absolutamente distintos y casi incompatibles en cuanto a su ejercicio sucesivo, basta para concluir en lo evidente. El control administrativo –o cualquier otro ejercido por el Poder Público- sobre la Administración Pública venezolana en materia de derechos humanos, carece de aplicación hoy en día.

4.5 Inexistencia de Control sobre la Política Monetaria, Fiscal y Macroeconómica. Destino Final: La Hiperinflación más Alta del Mundo

En cuanto a la política monetaria y fiscal, los artículos 318 y 319 de la Constitución imponen claros lineamientos que buscan garantizar la autonomía administrativa y técnica del Banco Central de Venezuela, así como la transparencia y rendición de cuentas, incluyendo a su vez el control de la Contraloría General de la República. Se trata, en los términos de la Carta Fundamental, de una “persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia” con funciones para, entre otras, de “... formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales...”.

Tales previsiones constitucionales no se han cumplido, partiendo del hecho de que desde hace dos décadas la designación del Presidente y

la Directiva del Banco Central de Venezuela siempre se ha orientado en función de garantizar intereses político-partidistas de la mayoría oficialista⁶⁷, y cuando esta dejó de serlo en el Parlamento, se valió de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para seguir manteniendo una competencia que el Ejecutivo dejó de tener, obviando el marco regulador claramente imperativo y que asigna tal competencia para la designación de la directiva al Parlamento, como incluso ha sido estudiado por la doctrina⁶⁸.

Resultado de ello, una vez más, el lamentablemente bien conocido hecho de que en la actualidad Venezuela tiene el triste *récord* de ser uno de los escasos ejemplos en el hemisferio occidental en el siglo XXI de un país que tiene más de un año sufriendo una economía hiperinflacionaria. Y todo parece indicar que no va a mejorar hasta que no se produzca un cambio político, dado que no existe interés alguno en modificar la desastrosa política económica iniciada hace casi dos décadas, a pesar de que hoy en día son bien conocidas las causas que producen hiperinflación -aunque se pretendan adjudicar a la “guerra económica”, discurso oficial asumido incluso por el Tribunal Supremo de Justicia, quien aquí también adopta claras posiciones político-partidistas⁶⁹, y por tanto, también los correctivos a tomar para evitarla o superarla. En realidad, los remedios para prevenirla son tan sabidos que no hay otro país en Iberoamérica cuya economía haya caído en hiperinflación desde hace décadas.

5 Reflexiones Finales. La Crisis Humanitaria Venezolana como Consecuencia del Ejercicio Incontrolado del Poder Público

Luego de veinte años de una consolidada tendencia al creciente descontrol del ejercicio del Poder Público en Venezuela, comenzando por la ausencia de control administrativo sobre la Administración Pública,

67 Véase: ABADI M., Anabella: *15 años de violaciones a la autonomía del BCV*. <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2018/07/Violaciones-Autonomi%CC%81a-BCV-2018-Anabella-Abadi-M.-.pdf>

68 Sentencia de la Sala Constitucional Núm. 259 del 31/03/16. Véase al respecto: BREWER-CARÍAS, Allan R.: *LA SENTENCIA DE MUERTE PODER LEGISLATIVO EN VENEZUELA. El cinismo de la Sala Constitucional y la inconstitucional pretensión de controlar la actividad política de la Asamblea Nacional al reformar la Ley del Banco Central de Venezuela*. Documento en línea 2016. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20La%20sentencia%20de%20muerte%20AN.%20Sentencia%20SC%20Ley%20BCV.pdf>. Previamente: HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Comentarios a la reforma de 2015 de la Ley del Banco Central de Venezuela*. Revista de Derecho Público Núms. 145-146. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016, pp. 107-115.

69 Sentencia Núm. 517 del 08/11/18.

los resultados están a la vista. Y lo que es peor aún, eran totalmente predecibles, como se venía advirtiendo desde el inicio del siglo. Sucedió de forma similar a los antecedentes históricos -en parte como farsa y en parte como tragedia- el drama que vivieron muchos países europeos y algunos latinoamericanos en el siglo XX. El surgimiento de un líder o caudillo mesiánico que, amparándose en una utopía política (comunismo, fascismo, nazismo), logra llegar al poder por la fuerza o por vía electoral luego de haber fracasado en lo primero. Una vez alcanzado este, el líder y su partido o movimiento se dedica a desmantelar desde adentro la institucionalidad democrática (que ya presentaba serias carencias fácticas en el caso venezolano), comenzando por el Poder Judicial, sin descuidar el desmontaje de los otros controles, entre ellos los de índole administrativa, sobre todo los financieros y presupuestarios o fiscales.

Culminada la fase de desmantelamiento de los controles y su sustitución por la obediencia, complicidad o inacción de estos, el ejercicio descontrolado del Poder Público durante años ha llevado al trágico caso venezolano, en que cálculos conservadores señalan la dilapidación o apropiación personal o grupal de una cantidad estimada entre centenares de miles de millones a billones de dólares estadounidenses de los ingresos que ha tenido el Estado. Entre tanto, durante los últimos veinte años se calcula que han emigrado entre dos a cuatro millones de venezolanos, es decir, entre el 6% y el 12% de la población, y se estima que para fines de año esa cifra podría llegar hasta ocho millones, es decir, la cuarta parte de la población. Migración producto de una crisis humanitaria⁷⁰ sin precedentes en la historia reciente de Latinoamérica e impensable tratándose de un país con los ingresos petroleros que ha tenido el Estado venezolano en los últimos cien años, y especialmente en los últimos veinte.

Tal parece que es difícil una demostración más contundente de la importancia de los controles sobre el Poder Público, y en el caso de este evento, de los controles administrativos sobre la Administración Pública. Cuando ellos fallan, o peor aún, son inexistentes en la práctica a pesar de las declaraciones constitucionales y de la existencia de un ordenamiento legal que en teoría los consagra, a la larga el resultado no es otro que el ejercicio incontrolado, irresponsable y en última instancia

70 Cfr. ACCESO A LA JUSTICIA. EL OBSERVATORIO VENEZOLANO DE LA JUSTICIA: Informe anual de Amnistía Internacional: Datos de la emergencia humanitaria en Venezuela. <https://www.accesoalajusticia.org/informe-anual-de-amnistia-internacional-datos-de-la-emergencia-humanitaria-en-venezuela/>.

profundamente nocivo del Poder Público a costa del ciudadano. Ojalá que el caso venezolano aporte algunas lecciones para el resto de Iberoamérica y el mundo.

Parte VI
Procedimientos de Control Administrativo
(Desarrollo, Efectos, Incidencia
de las Nuevas Tecnologías)

Improcedencia de Subsanan la Motivación del Acto Administrativo en Vía de Recurso. Hacia el Control ex Ante de la Decisión

María Victoria de Dios Viéitez*

Introducción

Como ha destacado el Tribunal Supremo, entre otras en la STS de 18 de julio de 2018, “el deber de motivación de las Administraciones Públicas debe enmarcarse en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros de la Unión Europea, que ha logrado su refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”¹.

El art. 41 de la Carta, que establece el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, dispone al respecto que “toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”. Ello incluye *ex apdo. 2* del citado art. 41-: el derecho del ciudadano a ser oído antes de adoptar una medida individual que le

* Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra, es profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Coruña. En la actualidad dirige el Máster universitario en Abogacía en dicha Universidad, así como la Secretaría académica del Programa de doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano.

1 RJ 2018/3404. En el mismo sentido las SSTs de 31 de mayo de 2012 (RJ 2012/7161), 10 de julio de 2014 (RJ 2014/3548) y 23 de mayo de 2005 (RJ 2005/4382), entre otras. También, aludiendo al derecho a una buena Administración, STSJ Madrid de 24 de octubre de 2016 (JUR 2017/1584). Sobre la motivación del acto administrativo puede verse: FERNANDO PABLO, M., *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid 1993 y NAVARRO GONZÁLEZ, R. M., *La motivación de los actos administrativos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2017. Para un análisis jurisprudencial de la motivación: GALLARDO CASTILLO, M. J., *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*, Tecnos, Madrid 2016, pp. 97 y ss.

afecte desfavorablemente; el derecho a acceder al expediente, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; y, en lo que ahora interesa, la obligación de la Administración de motivar sus decisiones.

Pues bien, en la medida en que el derecho a una buena Administración “incluye” la obligación de la Administración de motivar sus decisiones, esta obligación se liga al enunciado mismo del derecho, de tal forma que constituye una precisión de ese derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos de manera imparcial y equitativamente². Interesa recalcar este aspecto porque, como habrá ocasión de exponer, la subsanación de la motivación en vía de recurso administrativo puede conculcar precisamente ese tratamiento imparcial que forma parte del derecho a una buena Administración y que no es sino trasunto del principio de objetividad. Y como en su momento puso de relieve la STS de 4 de julio de 1987 “la característica inherente a la función administrativa es la objetividad, como equivalente a imparcialidad o neutralidad, de tal forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no de criterios subjetivos”³.

2 En palabras de TOMÁS MALLÉN, B., la obligación de motivar establecida en el art. 41 constituye un “subderecho” que da contenido al derecho a una buena Administración (*El derecho fundamental a una buena Administración*, INAP, Madrid 2004, pp. 110 y ss). A los principios de buena Administración vinculándolos a la motivación ya aludía ROYO VILLANOVA, S. en 1949 en un trabajo publicado en la *Revista de Estudios Políticos* con el título de “El procedimiento administrativo como garantía jurídica”. Con posterioridad a la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, CARRETERO PÉREZ, A., destacaba que la motivación no es solo una exigencia jurídica sino también ética (“Causa, motivo y fin del acto administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 58 (1969), p. 140). Sobre la evolución histórica del deber de motivar las resoluciones: FERNANDO PABLO, M., *La motivación del acto administrativo*, op. cit., pp. 73 y ss. Sobre el derecho a una buena Administración puede verse RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, n.º 16 (2012), pp. 247 y ss. “El nuevo Derecho Administrativo -subraya este autor- nos plantea una nueva funcionalidad de la institución de la motivación, que ahora tendrá una mayor relevancia, especialmente cuando de acudir a las cláusulas exorbitantes se trate. La razón de esta nueva manera de contemplar el Derecho Administrativo se encuentra en la centralidad de la persona y en su derecho fundamental a una buena Administración. Concepto que para nosotros, en nuestro Derecho, podría resumirse diciendo que la buena Administración es aquella que actúa en todo caso al servicio objetivo del interés”.

3 RJ 1987/5504. En dicha sentencia se añade que “ello constituye el reflejo de dos principios acogidos ambos en la Constitución, uno general, el de igualdad de todos, con múltiples manifestaciones de las que el artículo 14 es sólo núcleo, sin agotarlas. El otro principio es inherente a la concepción contemporánea de la Administración pública, y consiste en el «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», principio de legalidad (artículos 103 y 9.º). No rige aquí la autonomía de la voluntad y menos aún el voluntarismo o decisionismo, ni por supuesto la arbitrariedad”. En relación con el principio de objetividad puede verse: MORELL OCAÑA, L., “El principio de objetividad en la Administración Pública”, en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor González Pérez, Vol. I, Civitas, Madrid 1993*, pp. 147 y ss., y “La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución”, en *Revista española de Derecho Administrativo* n.º 111 (2001), pp. 347 y ss.; MIGUEZ MACHO, L., “El principio de objetividad en el procedimiento administrativo”, en *Documentación administrativa*, n.º 289 (2011), pp. 99 y ss.

Así las cosas, es preciso señalar que la motivación de los actos administrativos cumple distintas funciones. Tal y como ha subrayado el Tribunal Supremo, “desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración”. Desde el punto de vista formal -exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo-, la motivación “no es sólo una cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda; además y en último término la motivación facilita el control jurisdiccional de la Administración -art. 106.1 de la Constitución- que sobre su base podrá desarrollarse con conocimiento de todos los datos necesarios”⁴.

En consecuencia, conviene recalcar que la motivación, al margen de constituir una manifestación del principio de transparencia, tal y como ha puesto de relieve Navarro González⁵, tiene una triple funcionalidad: asegurar el rigor y la seriedad en la adopción de la decisión por parte de la Administración; exteriorizar las razones en las que se fundamenta la decisión adoptada para que el particular pueda impugnar, en su caso,

4 STS de 4 de junio de 1991 (RJ 1991/4861). Según se declara con detalle en la STS de 9 de febrero de 1987 (RJ 1987/2916): “Independientemente de que la motivación del acto administrativo cumpla otras funciones -en el orden interno, el aseguramiento del rigor en la formación de la voluntad de la Administración-, como elemento formal aspira a que el administrado pueda conocer claramente el fundamento de la decisión administrativa, para poder impugnarla criticando sus bases, y a que el órgano que decide los recursos pueda desarrollar el control que le corresponde con plenitud, examinando con todos los datos si el acto se ajusta o no a derecho”. En los mismos términos, STSJ de Cataluña de 30 de enero de 1997 (RJCA 1997/311). En la STS 10 de julio de 2014 (RJ 2014/3548) se destaca que el deber de la Administración de motivar sus decisiones “es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de las arbitrariedades de los poderes públicos, que se garantizan en el artículo 9.3 de la Constitución; y puede considerarse como una exigencia constitucional que se deriva del artículo 103, al consagrar el principio de legalidad de la actuación administrativa, según se subraya en la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2004”.

5 En palabras de la autora mencionada, la motivación es “una manifestación de transparencia que no solo se infiere de la decisión final adoptada sino también del proceso de formación de voluntad de la Administración” (NAVARRO GONZÁLEZ, R. M., *“La motivación de los actos administrativos”*, op. cit., p. 169). También sobre este aspecto; FERNANDO PABLO, M., *La motivación del acto administrativo*, op. cit., pp. 23 y ss. La STS de 23 de mayo de 2005 (RJ 2005/4382) alude a la vinculación de la motivación con el principio de transparencia en los siguientes términos: “Las garantías procedimentales se concentran en el deber de motivación, lo que asegura la realización de los principios de transparencia y neutralidad y dota de legitimidad a su actuación, porque la calificación de Administración independiente del poder ejecutivo, en cuanto no se encuentra sometida al principio jerárquico, ni su capacidad de intervención de carácter económico-financiero, como poder regulador en los mercados bursátiles, no desnaturaliza su carácter de organización de carácter público ni promueve su desvinculación de las reglas comunes que presiden la actuación de las Administraciones Públicas en un Estado de Derecho, y, en concreto, de su sujeción al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos administrativos, con el objeto de lograr que sus decisiones no sean arbitrarias o caprichosas, sino el resultado de la valoración, con arreglo a criterios técnicos y objetivos, de las circunstancias concurrentes y a la ponderación de los intereses públicos y privados afectados”.

el acto administrativo; y, por último, facilitar el control jurisdiccional de la Administración. A todas esas funcionalidades se alude en las distintas resoluciones judiciales, si bien habitualmente de manera conjunta y haciendo especial hincapié en la finalidad de permitir el control *ex post de la decisión de la Administración*⁶.

Pues bien, tal y como se acaba de indicar, la motivación trata de garantizar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración o, dicho de otra forma, mediante la motivación se trata de “comprobar la objetividad del acto mediante la expresión del proceso lógico que determina la decisión”⁷. En este sentido, en la STS de 21 de septiembre de 1990 se afirma que “si la Administración Pública ha de servir con objetividad los intereses generales, cual lo impone el artículo 103 de nuestra Constitución, es mediante la motivación de sus actos, pues sólo a través de ella es como se puede conocer si la actuación merece la conceptualización de objetiva por adecuarse al cumplimiento de sus fines, sin que tal motivación se pueda cumplir con fórmulas convencionales, sino dando razón plena del proceso lógico y jurídico que determine la decisión”⁸.

Por lo tanto, más allá de la función defensiva que cumple, la motivación forma parte, tal y como se ha señalado, del derecho a una buena Administración. Y, como ha destacado Ponce Solé, buena administración, procedimiento y motivación no son realidades diferentes en tanto que “deber de buena administración y motivación enlazan mediante el modo de desarrollo de la función administrativa, a través del procedimiento administrativo”⁹.

6 Al respecto, puede verse NAVARRO GONZÁLEZ, R. M., *La motivación de los actos administrativos*, op. cit., pp. 169 y ss. Así, en la STS de 21 de enero de 2003 (RJ 2003/1476) se declara que, ciertamente, “el Ordenamiento Jurídico viene exigiendo la motivación con relación a ciertos actos, por aplicación aquí de los arts. 54.1 y 138.1 de la Ley 30/1992, haciendo consistir aquella en la necesidad de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que los justifican y fundamentan con las finalidades de permitir el control indirecto de la opinión pública, para que no aparezca el acto como manifestación voluntarista y de un órgano sin otro apoyo que el ilegítimo de una simple decisión autoritaria e injustificada, de permitir el control jurisdiccional de dichos actos en los que la motivación es valiosísimo elemento para determinar si se ajustan o no a Derecho, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o impertinencia de su impugnación y sobre los fundamentos en que ésta va a apoyarse, al margen de constituir, la motivación, el ejercicio de una elegante cortesía siempre deseable”.

7 STSJ. Madrid de 31 de enero de 2005 (RJCA 2005/198).

8 RJ 1990/6847. En esa misma línea, de entre varias, STS de 25 de noviembre de 2004 (RJ 2004/87).

9 PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 500 y ss. En palabras de FERNANDO PABLO, “el procedimiento administrativo, en cuanto instituto constitucionalizado, debe servir de cauce para la realización de las consecuencias jurídicas del principio de objetividad, y, entre ellas, la inequívoca de que, a consecuencia de la operatividad de la causa de los actos administrativos que resulta

Esa perspectiva, que en no pocas ocasiones aparece diluida en la óptica estrictamente defensiva y de control judicial, puede servir, como habrá ocasión de señalar más adelante, para determinar la invalidez de la subsanación de la falta de motivación en vía de recurso administrativo¹⁰.

En suma, el derecho a la buena Administración, consagrado en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reclama, no ya la consideración de la motivación de los actos desde una perspectiva estrictamente defensiva, sino sustancialmente desde la óptica del procedimiento seguido, que es lo que permite asegurar el rigor y la seriedad en la adopción de la decisión¹¹.

Así, considerada desde dicha perspectiva, la motivación estaría asociada de manera ineludible al procedimiento administrativo de tal modo que, más allá del control *ex post* de la decisión administrativa, debería resaltarse su funcionalidad *ex ante*¹².

En definitiva, la virtualidad real del derecho a una buena Administración requiere también que se proyecte en el procedimiento de formación de la voluntad de la Administración. Y es que en palabras de

de los principios de objetividad y publicidad de la actuación administrativa, la resolución debe aparecer justificada, y presentarse frente a la opinión pública y los interesados como resultado del ejercicio no puramente arbitrario, subjetivo o caprichoso, sino objetivo, imparcial y público de un poder conferido para actuar, en el supuesto concreto, como *de facto* se ha actuado" (*La motivación del acto administrativo*, *op. cit.*, p. 153).

10 Esa visión es la que se refleja, por ejemplo, en la STSJ Canarias de 13 de marzo de 2015 (JUR 2016/1954): "La motivación no es más que la exteriorización de las razones, de hecho y de derecho, en que el acto administrativo se apoye, o que sirvieron de justificación, de fundamento, a la decisión jurídica contenida en el acto, como necesaria para conocer la voluntad de la Administración (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1981 (RJ 1981, 3673) y 24 de abril de 1992 (RJ 1992, 3933)). Cumple varias finalidades, en primer lugar, como garantía de administrado, que al conocer las razones de la decisión puede impugnar el acto administrativo con mayor conocimiento y precisión, y en segundo lugar facilita el control jurisdiccional de los actos por los Tribunales al conocer las bases en que se apoya dicho acto. Es por ello que la falta de motivación, o la motivación defectuosa, puede determinar la anulabilidad del acto, aunque puede ser, en otros casos, mera irregularidad no invalidante, cuando se constate que no ha producido indefensión al interesado que tenga, por otros medios, conocimiento de los motivos que fundan la decisión administrativa (sentencias del Tribunal Supremo de 3 (RJ 1990, 3575) y 18 de abril de 1990 (RJ 1990, 3600) y 4 de junio de 1991 (RJ 1991, 4861), entre otras)".

11 Además, tal y como ha puesto de relieve PONCE SOLÉ, "la arquitectura constitucional demanda la motivación de las decisiones administrativas por otras causas, además de la defensa del interesado y la facilitación del control judicial" (*Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, *op. cit.*, p. 502).

12 Para PONCE SOLÉ, la consideración de la motivación como mero requisito de forma, "desconectado del modo de desarrollo de la función administrativa y entendido solo en clave de control judicial por causa (restringida) de indefensión ha conducido a un paulatino menosprecio por la existencia de una adecuada motivación" (*Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, *op. cit.*, p. 501). De esa manera, además, podrían evitarse las que se han denominado "motivaciones hipócritas" que, en uno de los votos particulares a la STS de 4 de febrero de 2011 (RJ 2011/1148), se definen como "aquellas que, después de adoptar la decisión por una causa concreta, ésta no se hace explícita y se justifica mediante argumentos más o menos laboriosamente elaborados".

Escribano Collado, no se puede trasladar hacia el ciudadano los efectos de la conducta anómala de la Administración forzándole a recurrir por vicios de forma, lo cual supone un desprecio al procedimiento administrativo¹³.

Por lo demás, de las consideraciones anteriores se puede concluir afirmando, tal y como ha resaltado Ponce Solé, que además de esa concepción fundamental del Derecho Administrativo como mecanismo de defensa de los ciudadanos frente a la Administración, es necesario poner de relieve la transcendencia *ex ante* de la buena Administración, y, en suma, la eficacia de Derecho Administrativo como instrumento para la adopción de decisiones administrativas acordes al mandato constitucional del art. 103¹⁴.

1 El Tratamiento Jurisprudencial de la Falta de Motivación

El tratamiento que ha venido realizando la jurisprudencia en relación con la motivación ha estado condicionado, de manera prácticamente generalizada, a la indefensión del administrado, predominando, por tanto, ese enfoque de la motivación sustancialmente referido al control *ex post* de la decisión administrativa¹⁵.

Así, entre otras muchas, en la STS de 4 de junio de 1991 se declara que “la falta de motivación o la motivación defectuosa pueden integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante: el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si por tanto se ha producido o no la indefensión del administrado”¹⁶.

13 ESCRIBANO COLLADO, P., “Reflexiones sobre la indefensión en el procedimiento administrativo”, en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor González Pérez*, Vol. 1, Civitas, Madrid 1993, p. 542. Como bien recuerda este autor, en relación con el vicio de forma y sus consecuencias en orden a la indefensión, la doctrina del Tribunal Supremo se sustenta en tres consideraciones: en primer lugar, en la valoración del trámite formal que se ha omitido; en segundo lugar, si ha sido posible subsanar el trámite omitido por la interposición de recursos; y, por último, en el principio de economía procesal (*op. cit.*, p. 545).

14 PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, *op. cit.*, p. 31. En otro orden de cosas, esa idea es la que subyace en la actualidad con el incremento de mecanismos, por ejemplo, de carácter participativo.

15 Es de sobra conocido el criterio doctrinal y jurisprudencial en torno a la eficacia invalidante de los vicios de forma. Al respecto, puede verse: HUERGO LORA, A., “La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 145 (1998), pp. 89 y ss.

16 RJ 1991/4861. Y, entre otras muchas; STS de 14 de noviembre de 1986 (RJ 1986/8081), 20 de febrero de 1987 (RJ 1987/3296) y 18 de abril de 1990 (RJ 1990/3600).

Este criterio se mantiene en casi todas las resoluciones posteriores. Así, por ejemplo, en la SAN de 6 de noviembre de 2018, en la que las consecuencias invalidantes de la falta de motivación se vinculan a las funciones que la misma debe cumplir: “La exigencia de motivación de los actos administrativos viene impuesta con carácter general por el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y responde a una triple necesidad, por cuanto, en primer lugar, expresa la racionalidad de la actuación administrativa al realizar la interpretación de la voluntad de la norma; en segundo lugar, permite que los destinatarios del acto puedan conocer esas razones y eventualmente someterlas a crítica; y, por último, abre las puertas a la fiscalización por los Tribunales de lo contencioso de los actos o disposiciones impugnados, con el alcance previsto en el artículo 106.1 de la Constitución Española (CE) satisfaciendo así adecuadamente el derecho a la tutela judicial proclamado en el artículo 24.1 CE”¹⁷. La citada resolución judicial añade que “desde esta triple perspectiva, la motivación de un acto o disposición ha de ponerse en relación con la concreta pretensión deducida en el proceso y con los motivos de impugnación aducidos por la parte, pues únicamente se puede anular el acto por falta de motivación, cuando la ausencia de conocimiento de las razones por las que la Administración ha actuado en la forma que lo ha hecho impiden al recurrente articular los medios de defensa y plantear su pretensión en consecuencia, de modo que sólo cuando el desconocimiento de aquellas razones han

17 Art. 35 de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común: “1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos. b) Los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje y los que declaren su inadmisión. c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en el artículo 56. e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia, de ampliación de plazos y de realización de actuaciones complementarias. f) Los actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados. g) Los actos que acuerden la terminación del procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, así como los que acuerden el desistimiento por la Administración en procedimientos iniciados de oficio. h) Las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial. i) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa. 2. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”. Sobre las novedades introducidas en este precepto por la Ley 39/2015 puede verse: LADO CASTRO-RIAL, C., *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*, (Dir. Recuerda Girela, M. A.), Thomson Reuters, Cizur Menor 2016, pp. 318 y ss.

provocado materialmente indefensión, vetada por el artículo 24.2 CE, procede anular el acto impugnado por falta de motivación”¹⁸.

En tales términos, también en la SAN de 2 de noviembre de 2004¹⁹ se declara que “a la hora de interpretar cuáles son los efectos de una falta de motivación, para que pueda producirse un vicio de anulabilidad o, por contra, una mera irregularidad no invalidante, ha de indagarse si realmente ha existido una ignorancia de la justificación de la actuación administrativa y sí, por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado”²⁰.

En definitiva, a la vista de las consideraciones precedentes cabe señalar que la falta de motivación podría determinar la anulabilidad del acto si la omisión ha generado indefensión, ya que “la irregularidad que ello pueda suponer (artículos 54 y 89.5 de la Ley 30/92, en relación con el 103 de la Constitución) no supone la anulabilidad de la resolución si son perfectamente constatables las razones que determinaron dicho acuerdo partiendo de los informes y razonamientos contenidos en el expediente administrativo, de tal suerte que no se haya producido indefensión en el administrado (Sentencias de 10 de diciembre de 1996, 25 de enero de 2000 y 4 de febrero de 2003)”²¹.

18 RJCA 2018/1453. El mismo criterio se mantiene, entre otras muchas, en la STSJ de Cataluña de 30 de enero de 1997 (RJCA 1997/311): “la falta de motivación o la motivación defectuosa pueden integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante, siendo esencial al respecto, indagar si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la acción administrativa y sí, por lo tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado”. En lo que atañe a la ausencia de motivación como generadora de un vicio de anulabilidad, pueden verse, entre varias, la STS de 29 de diciembre de 1998 (RJ 1999/559) y STSJ Madrid de 9 de febrero de 2004 (JUR 2004/222476).

19 RJCA 2005/861.

20 Sobre el vicio de forma pueden verse las consideraciones de BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid 1994, pp. 97 y ss. Para esta autora ni el principio de economía ni el de conservación constituyen un fundamento jurídico suficiente para sostener el carácter instrumental de la forma respecto del fondo (op. cit., p. 115).

21 STS de 2 de junio de 2004 (RJ 2004/4025). En relación con los vicios de forma la STS de 25 de octubre de 1988 (RJ 1988/8229) se pronunciaba en los siguientes términos: “la jurisprudencia tiene declarado que no es procedente una nulidad de actuaciones cuando está claro que, subsanado el defecto, se habría de desembocar en idéntico resultado, pues el Derecho no es un fin en sí mismo, ni los trámites, por esenciales que sean, pueden convertirse en ritos sacramentales, disociados, tanto en su realización como en su omisión de los efectos que produzcan -S. Sala 4.ª, de 8 de mayo de 1986-; declarándose en otra ocasión que es criterio jurisprudencial basado en razones de economía procesal el rechazo de causas formales de impugnación que no afecten a la esencialidad del trámite y no generen indefensión en virtud del principio de conservación en los casos en que aparezca claro que la solución a adoptar sería de idéntico contenido S. de la misma Sala, de 30 de mayo de 1986”. Resulta de interés la reflexión de GALLARDO CASTILLO en relación con el alcance invalidante de los vicios de procedimiento. Para la autora citada la consideración de los vicios de forma desde la perspectiva estricta de la disminución efectiva y real de garantías hace correr el riesgo de reducir a la nada la imperatividad del cumplimiento de los requisitos formales, de tal manera que prima el fondo sobre la forma y únicamente se concede virtualidad invalidante al defecto formal cuando éste ha impedido conocer la adecuación de la resolución al ordenamiento jurídico. (“Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencia”)

Ahora bien, aunque la motivación y las consecuencias invalidantes de su omisión han sido vinculadas al derecho de defensa soslayando en cierto modo que la motivación es un requisito del acto administrativo, alguna sentencia pone de relieve la trascendencia de la motivación más allá de su conexión con el derecho de defensa. En este sentido, en la STS de 2 de junio de 2004, el Tribunal Supremo, tras señalar que “la exigencia de motivación no se reduce a esa conexión”, declara que “la obligación de motivar no está prevista sólo como garantía del derecho a la defensa de los contribuyentes, sino que tiende también a asegurar la imparcialidad de la actuación de la Administración, así como de la observancia de las reglas que disciplinan el ejercicio de las potestades que le han sido atribuidas”²².

En suma, como ha puesto de relieve Fernando Pablo la función principal de la motivación es la de constituirse en garantía precontenciosa, “en su evidente relación con la posición del particular frente al procedimiento

dencial”, en *Revista de Administración Pública*, nº 171 (2006), pp. 217 y ss.). En este contexto resulta relevante el criterio sostenido en la STS de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990/774) y que se reitera en la STSJ de Islas Baleares de 2 de septiembre de 1996 (RJCA 1996/1092): “Entre el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo no existe un «continuum», en el que la indefensión producida en un momento pueda subsanarse en otro, sino que el primero es cualitativamente diferente del segundo, y sus respectivos contenidos no pueden extrapolarse de uno a otro. Terminado el procedimiento administrativo, «ex post» del mismo, y ya fuera de él, no pueden subsanarse los vicios producidos «ex ante» de la resolución que le puso término, siendo el análisis de esos posibles vicios por la Jurisdicción uno de los posibles motivos del recurso contencioso-administrativo en el que se impugne la invalidez del acto producido sin las garantías jurídicas exigibles. La resolución administrativa debe dictarse, respetando el sistema de garantías establecido en las normas rectoras del procedimiento, sistema de garantías cuyo designio final es la defensa del administrado frente a la Administración. Si este sistema no se respeta, el acto administrativo resulta viciado. La defensa posible ante la Jurisdicción no elimina la realidad y significación jurídica de la indefensión producida frente a la Administración, so pena de confundir los papeles de ésta y de aquélla. No le corresponde a la Jurisdicción imponer la sanción, de ahí que las garantías legales para su imposición no puedan cumplirse ante ella, cuya misión se reduce a controlar si tales garantías se observaron o no por la Administración. El criterio de la sentencia recurrida al respecto conduce prácticamente a la eliminación de la eficacia jurídica de los vicios de procedimiento en cuanto motivos de impugnación del acto administrativo, pues en la medida en que todos los actos son recurribles, la oportunidad de defensa en el recurso contencioso-administrativo subsanaría los vicios del procedimiento administrativo, lo que es absurdo”. Sobre ello pueden verse las consideraciones de GALLARDO CASTILLO, M. J., *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*, op. cit., p. 277. También, BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, op. cit., pp. 150 y ss.

22 RJ 2004/6726. Ese razonamiento se reproduce también en la STSJ Andalucía de 27 de marzo de 2018 (JT 2018/776). La STS de 25 de junio de 2010 (RJ 2010/5894) declara lo siguiente: “Es preciso recordar que la motivación constituye un requisito imprescindible en todo acto administrativo en la medida en que supone la exteriorización de las razones que sirven de justificación o fundamento a la concreta solución jurídica adoptada por la Administración. Este requisito, de obligado cumplimiento en el específico marco que nos movemos conforme preceptúa el artículo 54 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resulta de especial relevancia desde la perspectiva de la defensa del administrado ya que es la explicitación o exteriorización de las razones de la decisión administrativa la que le permita articular los concretos medios y argumentos defensivos que a su derecho interese y, además, permite que los Tribunales puedan efectuar el oportuno control jurisdiccional”.

administrativo”. Por esa razón, continúa afirmando, “la exigencia de motivación, y no necesariamente como un simple requisito de forma del acto administrativo, se presenta como uno de los mecanismos esenciales de garantía de la imparcialidad de la Administración, en la medida en que ésta exige extremar las garantías procedimentales”²³.

Precisamente esa perspectiva es la que permite abordar el análisis de las consecuencias que deben derivarse de una motivación extemporánea; esto es: cuando ya se ha instado la vía de recurso.

2 La Falta de Motivación y el Intento de Subsanción en Vía de Recurs

2.1 Ineficacia de los Informes Emitidos ex Post Facto

En diferentes sentencias el deber de motivar se exige de manera especialmente intensa cuando se ven afectados derechos fundamentales. En estos casos, como destaca Navarro González, ya no se trata de motivar la decisión de la Administración con una mera referencia de hechos y fundamentos de derecho, sino que se requiere un especial rigor en la fundamentación de la decisión²⁴.

En la línea expuesta, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas resoluciones judiciales en las que la decisión de la Administración afectaba al derecho a la educación, específicamente, a la concesión o renovación de conciertos educativos con centros privados de enseñanza²⁵.

Así, en la STS de 19 de febrero de 2013²⁶, frente a la sentencia de instancia que había desestimado el recurso interpuesto contra la resolución de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que denegaba la suscripción de

23 FERNANDO PABLO, M., *La motivación del acto administrativo*, op. cit., pp. 25 y 177 y ss.

24 NAVARRO GONZÁLEZ, R. M., *La motivación de los actos administrativos*, op. cit., pp. 296 y ss. *En general, sobre el alcance y extensión de la motivación en la STS de 30 de enero de 2001 (RJ 2001/1147), entre otras muchas, se declara que “la motivación ha de ser suficientemente indicativa, lo que significa que su extensión estará en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera, lo que implica que puede ser sucinta o escueta, sin necesidad de amplias consideraciones, cuando no son precisas ante la simplicidad de la cuestión que se plantea y que se resuelve, criterio jurisprudencial que se reitera en las sentencias de esta Sala y Sección de 25 de mayo de 1998 (RJ 1998/4486) y 14 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9793)”.*

25 Sobre la pretensión de la Administración de corregir los defectos de motivación en vía judicial, GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S., “Motivación por la Administración extemporánea y ex novo”, en *Actualidad Administrativa*, n.º 2 (2013), pp. 236 y ss.

26 RJ 2013/2476.

un nuevo concierto educativo, el Tribunal Supremo declara que la interpretación del art. 54 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común en “aquellos supuestos en que la Administración educativa deniega o no renueva conciertos educativos a centros docentes que así lo solicitan, exige que aquélla justifique mediante razones concretas, explícitas y suficientemente motivadas y acreditadas, que no concurren los requisitos precisos para su concesión o renovación -inexistencia de necesidades de escolarización que el centro pueda satisfacer o insuficiencia de crédito presupuestario que lo haga imposible- sin que baste acudir para denegarlo a fórmulas estereotipadas o juicios de valor carentes de todo sustento para denegar el concierto o no acceder a su renovación”.

En la resolución anteriormente citada el Tribunal Supremo reproduce el razonamiento de su sentencia de 25 de septiembre de 2012²⁷. Pues bien, en lo que ahora interesa, conviene poner de relieve que en contra del criterio de la sentencia de instancia - STSJ Castilla-La Mancha de 17 octubre de 2011-, el Tribunal Supremo consideró que no era admisible recurrir al informe de la inspección educativa de 26 de junio de 2008, al que se refiere el fundamento jurídico sexto de la sentencia de instancia, para considerar motivado el acto de fecha 12 de abril de 2006. Y ello porque “es un informe elaborado por la Administración en fase de prueba y, por tanto, después del acto impugnado, que es de 12 de abril de 2006, por lo que lógicamente no puede servir de motivación a éste, ni siquiera por referencia”.

De igual forma, en la STS de 16 de diciembre de 2016²⁸, también referida a la denegación de renovación de conciertos educativos, el Tribunal Supremo, en este caso ratificando el criterio de la sala de instancia -STSJ Madrid 24 junio de 2014-, entendió que la denegación no estaba suficientemente motivada. Y en relación con el informe emitido por la Administración con posterioridad a la denegación de la renovación de los conciertos, el Tribunal Supremo, reproduciendo la argumentación de la sala de instancia, declara que el informe emitido con posterioridad a aquella Orden de agosto de 2013 “no puede suplir el defecto de

27 RJ 2012/10190. También al respecto, STS de 13 de mayo de 2008 (RJ 2008/5043) y 18 de enero de 2010 (RJ 2010/25).

28 RJ 2017/86. En el mismo sentido, STS de 7 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6454) que ratifica la sentencia de instancia -también del TSJ de Madrid-, que entendió que en el momento en que se denegó la renovación del concierto no estaba debidamente constatada la concurrencia de la causa determinante de la no renovación.

motivación apreciado, habida cuenta que en la fecha en que se rechaza la renovación de los conciertos la Administración no justificó debidamente la existencia de la causa legal (falta de disponibilidad presupuestaria) aducida”²⁹. Y añade lo siguiente: “Es legítima la discrepancia de la parte recurrente con la apreciación de la prueba efectuada por la sentencia, pero, desde luego, no puede calificarse como arbitrario, ilógico o absurdo un razonamiento que, tras constatar las fechas de interposición del recurso y de reclamación y remisión del expediente administrativo, concluye que un informe emitido varios meses después de aquellos actos procesales «tiene su causa en la interposición del presente recurso, una vez, por tanto, que se ha iniciado el enjuiciamiento de la Orden a la que pretende servir de justificación o motivación» lo que conduce a rechazar de plano la eficacia pretendida, básicamente porque la motivación que debe necesariamente acompañar a las decisiones por la que se rechazan las renovaciones de los conciertos educativos debe existir en el momento en que se adopta la decisión misma de no renovación”. En consecuencia, el Tribunal Supremo concluye declarando que “no puede aceptarse, pues, el reproche de arbitrariedad en la apreciación de la prueba cuando el proceso lógico que ha llevado a la Sala a su decisión estimatoria (la ausencia de justificación de la falta de crédito presupuestario para las concretas unidades educativas no renovadas y la ineficacia de un informe emitido ex post facto como válida motivación) debe reputarse absolutamente respetuoso con las reglas de la sana crítica y, desde luego, no incurso en las deficiencias (carácter ilógico, infundado o notoriamente equivocado) que se imputan”. A la vista de

29 La Administración se había limitado a justificar la denegación de la renovación del concierto en la inexistencia de consignaciones presupuestarias disponibles. Y, tal y como se destaca en la sentencia de instancia, la falta de motivación se pretendió suplir con un informe posterior a la decisión de no renovación: “Lo anterior lleva de nuevo a la razón que en exclusiva sirve a la demandada para denegar la renovación solicitada, basándose meramente en la inexistencia de crédito o consignación presupuestaria. Y ello conduce, a su vez, al intento de la demandada de suplir tal evidente falta de motivación a través del Informe de fecha 27 de febrero de 2014, de la Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos, de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid; documento que obra añadido al expediente administrativo en sus tres últimos folios, del 102 al 104. En relación con el citado Informe, más allá del hecho, no carente de relevancia, de que no consta a instancia de quién o por qué se emite en tal fecha, habiéndolo sido en todo caso con una intención declarada de “justificar la decisión adoptada”, lo cierto es que el mismo no puede tener la relevancia pretendida por la demandada. El presente recurso se interpuso en fecha 30 de octubre de 2013, habiendo sido reclamado el expediente administrativo para su remisión al día siguiente, 31 de octubre, acusándose recibo de tal requerimiento en fecha 11 de noviembre de 2013 y remitido efectivamente el expediente, incluyendo el Informe del que ahora tratamos, en fecha 5 de marzo de 2014. Así, la mera exposición de las fechas induce a considerar que la emisión del Informe de 27 de febrero de 2013 tiene su causa en la interposición del presente recurso, una vez, por tanto, que se ha iniciado el enjuiciamiento de la Orden a la que pretende servir de justificación o motivación; un efecto que, como se ha dicho, se rechaza de plano por esta Sala”.

dichas consideraciones el Tribunal Supremo ratifica la sentencia de instancia que consideró insuficientemente motivada la decisión de no renovación de conciertos educativos, anuló dicha decisión y reconoció el derecho de la entidad recurrente a la renovación del concierto de las unidades escolares solicitadas.

Sobre la base del razonamiento de las sentencias que se acaban de señalar, en la STS de 20 de septiembre de 2018, el Tribunal Supremo, ratificando también la sentencia de instancia - STSJ Madrid 2 de junio de 2016-, vuelve a reiterar que la ausencia de justificación para la denegación del concierto no puede ser suplida mediante un informe posterior³⁰.

En suma, de las sentencias mencionadas que anulan la decisión de la Administración al considerar que la motivación es insuficiente, cabe concluir señalando que la motivación constituye, al menos cuando están afectados derechos fundamentales, -en este caso el derecho a la educación-, algo más que un mero requisito formal. Y para determinar si el acto está suficientemente motivado deberá estarse al momento en que éste se produjo. Por lo que los informes emitidos con posterioridad a la adopción de la decisión, con el objeto -así se deduce de los argumentos expuestos por la Administración en los recursos que se resuelven en las sentencias mencionadas- de acreditar que el acto está suficientemente motivado, o, dicho de otro modo, que existían razones que justificaban la decisión de la Administración, no pueden servir para justificar *ex post* la decisión adoptada³¹.

30 RJ 2018/4339. Al igual que en los anteriores, en este caso la Administración justificó la denegación en la insuficiencia de crédito, que la Administración pretende probar mediante un informe emitido con posterioridad a la fecha de la denegación, cuando ya se había interpuesto el correspondiente recurso.

31 Ya en su momento, el Tribunal Constitucional puso de relieve -Sentencia de 16 de enero de 1992 (RTC 1992/8)- que “si es lícito distinguir entre la motivación expresa del acto -«que puede responder a criterios de concisión y claridad propios de la actuación administrativa»- y las razones que en un proceso posterior se pueden alegar para justificar la decisión tomada, ello no implica que la justificación *ex post* libere del deber de motivar el acto desde el momento mismo en que éste se adopta (STC 53/1986, fundamento jurídico 6.º), pues la falta de motivación impide precisamente la justa valoración y el control material o de fondo de la medida (STC 27/1989 fundamento jurídico 5.º)”. También en la STC de 5 de mayo de 1986, a la que alude la sentencia anterior, se declara que no es admisible “que el deber de motivación expresa del acto restrictivo del derecho, en aras de la brevedad y la concisión, pueda entenderse cumplido con el simple uso de fórmulas genéricas, que nada aclaran, y que el defecto queda subsanado si en un proceso posterior la autoridad gubernativa aporta todos los datos técnicos o jurídicos posibles para apoyar su decisión. La eventual justificación «*ex post*» no libera a la autoridad competente de su obligación de motivar adecuadamente el acto desde el momento en que éste se realiza, lo que requiere que en esa motivación figuren los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar cuáles son los servicios mínimos, y en qué nivel se fijan, de forma tal que se cumpla el fin esencial de facilitar a los interesados el conocimiento de las razones por las que se limita su derecho, y permitir, asimismo, la posterior fiscalización, en su caso, de la legitimidad del acto mismo por los Tribunales de Justicia. Sin que

2.2 La Subsanación de la Motivación en Vía de Recurso Administrativo

Al margen de las consideraciones anteriores, en líneas generales la jurisprudencia ha venido admitiendo la posibilidad de subsanar la falta o deficiente motivación a través de la vía del recurso administrativo. En estos casos, al resolver el recurso la Administración “aprovecha ese momento”, en palabras de Navarro González, para cumplimentar la motivación, de tal manera que la resolución del recurso subsanará el defecto inicial³².

Ese razonamiento es el que se sostiene, por ejemplo, en la STS de 26 de marzo de 2014 que, confirmando la sentencia de instancia - STSJ Valencia 2 noviembre de 2012-, entiende que “si bien se infringió ese deber de motivación en la resolución inicial fue subsanado al resolver el recurso administrativo ulterior”³³. Por esa razón, el Tribunal Supremo considera, compartiendo el criterio de la Sala de instancia, que no se causó indefensión por lo que únicamente se produjo una irregularidad no invalidante. Y concluye declarando que “ciertamente aquí la motivación es determinante del procedimiento de selección mas la Sala de instancia razona que al resolver el recurso fueron expuestas las razones que condujeron a reputar al recurrente como no apto por lo que pudo defenderse frente a las mismas en vía jurisdiccional”³⁴. Se

sean suficientes, por tanto, indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto y de las cuales no puedan derivarse criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone”. Al respecto y en relación con la motivación extemporánea de los actos que limitan derechos fundamentales; NAVARRO GONZÁLEZ, R. M., *La motivación de los actos administrativos*, op. cit., pp. 521 y ss.

32 NAVARRO GONZÁLEZ, R. M., *La motivación de los actos administrativos*, op.cit., pp. 514 y ss. *Para esta autora es preciso distinguir entre el aplazamiento de la exigencia de cumplimentar la motivación y el aplazamiento de la justificación del acto: “Una cosa es justificar y justificar en su momento y otra efectuar la motivación y hacerlo también en su momento”.*

33 RJ 2014/2268.

34 En el supuesto de referencia el argumento del recurrente se centró en la falta de motivación. Frente a ello la sentencia de instancia señala que “la motivación es un requisito de forma del acto administrativo y en este sentido hay que estar a lo dispuesto en el Art. 63.2 LRJAP -PAC, y descender al extremo de si la falta de motivación o la motivación defectuosa puede integrar un vicio de anulabilidad o ser una mera irregularidad no invalidante, lo que va unido inescindiblemente al hecho de si aquella falta de motivación o motivación defectuosa ha causado indefensión al interesado. Pero como ha admitido la jurisprudencia dicho defecto de forma puede quedar subsanado si en la resolución del recurso administrativo se razona debidamente el fundamento de la decisión (STS de 29 de julio de 2002). Y analizando éste se constata por la Sala que a diferencia del acto recurrido, en la resolución del recurso de reposición la Administración ya no se limita a hacer una mera exposición de hechos y fundamentos de derecho remitiéndose sin más a lo actuado por la Comisión de Calificación en su sesión de 17 de marzo de 2008, sino que expresamente adjunta, entre otros, el parecer del importante Informe de la visita del Inspector D. Benedicto fechado el 14 de abril de 2008, que es a la postre en el que se basa aquella Comisión para actuar como lo hizo, para motivar su decisión. Y por esto, ante la existencia y traslado al interesado de las razones

sigue, en consecuencia, el criterio establecido, entre otras en la STS de 29 de julio de 2002, entendiendo subsanada la falta de motivación mediante la resolución del recurso administrativo³⁵.

Por su parte, en la STS de 13 de mayo de 2015³⁶ se corrobora la línea jurisprudencial expuesta, señalando al respecto que “la motivación de la resolución denegatoria [...] no sólo es *in aliunde*, esto es, no se ha limitado, como única motivación, a remitirse al expresado informe desfavorable, sino que ella misma — complementada, además, con la resolución desestimatoria del recurso de alzada, que nadie ha tenido en cuenta como vehículo que alberga una motivación complementaria — contiene en su texto una motivación que la Sala a quo no ha valorado debidamente, en que se incluye una exhaustiva exposición, en diez puntos, de los hitos del procedimiento [...]”³⁷.

En consecuencia, siempre que en vía de recurso administrativo la Administración subsane la falta o deficiente motivación mediante, en su caso, una “motivación complementaria”, no cabría hablar de indefensión

y motivos de su exclusión (pag. 59 del expediente) en vía administrativa de recurso, como bien recoge en la demanda ya interpuesta ante la Sala (Fundamento de Derecho VI, en donde discute, precisamente dicho Informe) es claro que en esta ocasión la Administración sí ha cumplido con el deber de motivación que le impone el Art. 54.1 LRJAP -PAC, todo lo cual hace improcedente en Derecho la anulación del acto administrativo recurrido en base a lo previsto en el Art. 63.2 LRJAP -PAC, al no haber causado indefensión al interesado”. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo añade lo siguiente: “No estamos frente a un acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido. Debe recordarse que constituye jurisprudencia consolidada la que ha entendido que la omisión de un trámite del procedimiento no supone que se hubiere prescindiendo totalmente del trámite establecido salvo que fuere determinante o limitase las posibilidades de defensa del interesado [...], nada ha argumentado el recurrente mostrando que esa exposición tardía de la motivación le hubiere producido indefensión que hubiere llevado, en su caso, a la anulabilidad. El recurrente no ha argüido ni mostrado cómo hubiera podido variar la resolución administrativa calificándole de no apto de haberse producido la resolución motivada desde el primer momento y no en vía de recurso”.

35 En dicha sentencia (RJ 2002/7385) el Tribunal Supremo declara que “si bien el acto originario pudo adolecer de tal falta de motivación, el recurso resolutorio del recurso de reposición es lo suficientemente explícito, tal como de ello hemos dejado constancia, y la sentencia recoge, para considerar cumplido el mencionado requisito”. En la SAN de 5 de julio de 1996 (RJCA 1996/985) de la que trae causa la anterior sentencia del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional para entender subsanada la falta de motivación consideró que “ha sido subsanada a lo largo del procedimiento administrativo, por haberse dictado después otro acto administrativo, la Orden Ministerial que desestima los recursos de reposición, que contiene una motivación extensa”. También al respecto puede verse la STS de 4 de julio de 2001 (RJ 2001/5405). Y en esa línea la STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2016 (JUR 2017/9583).

36 RJ 2015/2868.

37 Como recuerda la STSJ de Canarias de 18 de diciembre de 2009 (JUR 2010/116545) “esta motivación de la decisión adoptada podrá expresarse desde un primer momento o en respuesta a las reclamaciones que efectúen los aspirantes a las calificaciones otorgadas, cuando este trámite esté contemplado en las bases de la convocatoria, o podrá resultar de los informes que se recaben del tribunal por el órgano que revise en vía administrativa sus decisiones”. Ahora bien, añade que “no puede convalidarse el acto impugnado mediante una motivación extemporánea realizada en vía judicial, cuando el interesado impugna aquél exclusivamente con base en el defecto de forma del que adolece el acto, pues de lo contrario se le privaría de la posibilidad de combatir en cuanto al fondo la decisión adoptada”.

en la medida en que -como destaca la STS que se acaba de mencionar- el particular puede reaccionar frente a la decisión adoptada. Y por esa razón, la falta de motivación en el acto originario no tendrá virtualidad invalidante.

3 Subsanación de la Motivación, Requisitos del Acto Administrativo y Finalidad Revisora de los Recursos

Si, tal y como se ha venido señalando en el apartado precedente, la jurisprudencia no se ha cuestionado hasta la fecha la improcedencia de subsanar la ausencia o deficiente motivación en vía de recurso administrativo, la STS de 2 de noviembre de 2017 constituye un salto cualitativo en relación con el deber de la Administración de motivar sus actos³⁸.

La sentencia de referencia resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución adoptada por la Mesa del Congreso de los Diputados que resolvió el recurso administrativo que se había interpuesto contra la resolución del concurso convocado para la provisión de diversas plazas; concretamente: la de Jefe del Servicio de Información y Difusión de Fondos Archivísticos del Departamento de Archivo de la Dirección de Documentación, Biblioteca y Archivo de la Secretaría General del Congreso de los Diputados.

Al margen de consideraciones de otra índole que se recogen en la sentencia, interesa destacar que uno de los argumentos de la parte recurrente es la falta de motivación de la valoración efectuada en relación con uno de los apartados de los méritos a valorar, particularmente, con la valoración de la “adecuación” para el puesto. En concreto, la parte recurrente resalta que tanto el baremo como los criterios aprobados para su aplicación ofrecen gran margen de discrecionalidad técnica ya que solo se establece una clasificación de la adecuación que comprende los siguientes niveles: óptima, muy adecuada, adecuada, adecuada regular y no adecuada³⁹. Sobre esta cuestión la sentencia recuerda que el baremo prevé que la valoración se realice tomando en consideración

38 RJ 2017/4982. Sobre dicha sentencia puede verse FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, J., “Motivación de actos administrativos como requisito formal. Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2017”, en *CEflegal* n.º 205 (2018), pp. 71-76.

39 Por el mérito de “adecuación” para el puesto se podía otorgar hasta un máximo de 16 puntos, que fueron los que se otorgaron a la adjudicataria al considerar que la adecuación al puesto debía ser calificada como “óptima”, mientras que a la recurrente se le otorgaron 9 puntos al considerar que la adecuación al puesto era “adecuada”.

el contenido de los informes que sobre ese aspecto habían de emitir los directores de los centros directivos de los puestos de procedencia de los concursantes y del puesto al que se aspira⁴⁰.

En relación con este aspecto hay que poner de manifiesto que, si bien en la resolución inicial no se justificó la calificación otorgada a la adjudicataria de la plaza, posteriormente la resolución del recurso en vía administrativa consideró subsanada la falta de fundamentación de la calificación de “óptima” otorgada con el informe ampliatorio emitido en vía de recurso.

Pues bien, a este respecto la STS de 2 de noviembre de 2017, tras exponer cuál ha sido la evolución jurisprudencial en orden al control de la discrecionalidad técnica y desde la perspectiva de la doctrina del Tribunal Supremo sentada en ese ámbito⁴¹, señala lo siguiente:

40 En consecuencia, recalca la sentencia, la Secretaría General del Congreso de los Diputados no era libre para hacerlo de cualquier modo, ni en función de sus preferencias personales.

41 Reproduciendo la STS de 6 de octubre de 2011, señala al respecto: “[...] 2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989, que se expresa así: “Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE”. 3.-La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el “núcleo material de la decisión” y sus “aledaños”, distinción que está presente en la STC 215/1991, de 14 de noviembre (RTC 1991, 215), como también en numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, en las STS de 28 de enero de 1992 (RJ 1992, 110), recurso 172671/990; de 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9595), recurso 13272/199; de 15 de enero de 1996 (RJ 1996, 354), recurso 7895/199; y de 1 de julio de 1996 (RJ 1996, 5588), recurso 7904/1990. El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades. Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico. Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad. 4.- Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico. Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de mo-

“la resolución de primer grado administrativo [...] no cumple las exigencias mínimas de motivación que hemos expuesto como admisible para justificar el ejercicio de la llamada discrecionalidad técnica del órgano llamado a resolver los procesos de provisión de puestos de trabajo y ello porque (1) la única motivación que contiene es la asunción de los informes de adecuación de los Directores respectivos de una y otra Cámara pues aunque el puesto pertenece al Congreso una de las aspirantes desempeñaba funciones en el Senado; (2) esta motivación in aliunde tampoco cumple con esas exigencias porque el informe emitido el día 25 de febrero de 2015 por el Director de Documentación del Congreso sobre la adjudicataria final -página 262 de la Parte I del expediente- no puede considerarse suficientemente motivado pues su falta o insuficiencia está expresamente reconocida en la resolución de segundo grado administrativo -folios 175 a 191 de los autos- cuando dice la falta de fundamentación de la calificación de óptima otorgada a D^a María Virtudes ..., se considera subsanada con el informe ampliatorio emitido con fecha 16 de noviembre de 2015 por el citado Director, en el que queda motivada suficientemente dicha calificación”.

Por lo tanto, la cuestión central radica en determinar si la falta de motivación inicial puede ser subsanada en vía de recurso administrativo, en este caso, mediante — como se denomina en la resolución de segundo grado — un informe ampliatorio. Pues bien, sobre esa cuestión el Tribunal Supremo declara lo siguiente:

“[...] tal proceder no es admisible pues el hecho de que en vía de recurso la administración decidiera recabar informes ampliatorios

divar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación, como ha ocurrido en el supuesto que ahora examinamos. Así se expresa la STS de 10 de mayo de 2007 (RJ 2007, 5833), recurso 545/2002: “Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate”. 5.- La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada. Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás. Son exponente de este último criterio jurisprudencial los recientes pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 794) , recurso 407/2006), sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo [sic] de 2008 (RJ 2008, 7924) , recurso 4049/2004) y sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007, 7051) , recurso 337/2004) y la propia STS de 1 de abril de 2009 (RJ 2009, 3728) (recurso 6755/2004) relativa a proceso selectivo para el acceso al cuerpo de profesores de enseñanza secundaria”.

sobre las razones que fundamenten la calificación de la valoración otorgada a los participantes sobre su adecuación al puesto — página 229 de la Parte II del expediente- *representa, simple y llanamente, un intento de salir al paso de la alegación de falta de motivación realizada en su recurso y que realmente concurría, en definitiva, de subsanar un evidente vicio del acto administrativo impugnado y en forma claramente extemporánea e improcedente*. Con ello estamos afirmando que cuando en el acuerdo adoptado para solicitar la ampliación del informe se hacía invocación del artículo 82 de la Ley 30/1992 lo que hacía era realmente alterar la función y finalidad revisora del recurso, trámite en el que la administración no puede introducir nuevos elementos que alteren las bases de su inicial decisión, máxime cuando ha podido y debido incorporar los durante la tramitación del expediente. Esta y no otra es la razón de ser del límite que contempla el párrafo segundo del artículo 112 de la Ley 30/1992, relativo a que “no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho” y que, aunque previsto para los recurrentes, debe servir como criterio válido para alcanzar la conclusión anunciada de imposibilidad de alterar los hechos a valorar. La administración podrá obtener informes jurídicos que sirvan de apoyo a su decisión -los contempla el artículo 112.3 de la norma citada - pero no alterar los hechos -méritos que se valoraron y documentos que los justificaban-. En suma, lo que la administración tuvo que hacer fue explicar el camino seguido para la asignación de la calificación concedida y no introducir nuevos elementos que le permitiesen justificar esa calificación, alterando de esta manera las bases de la convocatoria con indefensión de la parte hoy recurrente”.

El razonamiento expuesto en la sentencia de referencia puede completarse con los argumentos que se recogen en el voto particular a la STS de 16 de diciembre de 2014, en la que el Tribunal Supremo entendió que no había falta de motivación por cuanto se subsanó en vía de recurso mediante un informe emitido por el Tribunal Calificador⁴². Sin

42 RJ 2014/6584. En la sentencia de referencia el Tribunal Supremo entendió que no había falta de motivación ni en el aspecto formal ni en el sustantivo: “En el formal porque, con independencia de la diligencia en las actuaciones referida a que tras la primera solicitud de revisión de examen hubo una comparecencia de la recurrente en la que el Tribunal Calificador le informó de todo cuanto se ha expresado en el apartado 4 del primer fundamento de esta sentencia, consta fundamentalmente que, una vez planteado el recurso de alzada, fue emitido ese Informe de 20 de septiembre de 2011 por el Tribunal Calificador. Y en este informe, reproducido luego en la resolución administrativa que desestimó el recurso de alzada, se señala que las razones de la puntuación aplicada a cada uno de los supuestos prácticos fue el ajuste o no del examen de la actora al modelo de respuestas que previamente había sido aprobado por el Tribunal Calificador, como también figuran las calificaciones otorgadas a las preguntas del Caso Trauma; y aunque en este informe no figuran las del Caso Intoxicación, en el folio 533 del expediente administrativo aparece el desglose de los puntos que se otorgaron a cada una de las preguntas del mismo. En el sustantivo porque, frente a la afirmación contraria de la demanda, sí constan estos tres elementos que según la jurisprudencia de esta Sala constituyen el contenido de la motivación. Así: se conoce el objeto de la calificación o

embargo, frente a ese modo de ver las cosas, el Magistrado que disiente entiende que la motivación no se cumple solicitando en alzada un informe al autor del acto administrativo. Y ello por lo siguiente⁴³:

“En primer lugar porque este es un requisito del acto administrativo, como claramente se desprende de lo dispuesto en el artículo 54 de la ley 30/1992, y no del recurso que ha de ser congruente y resolverse de conformidad con los términos de éste y dentro de los límites del planteamiento del acto administrativo recurrido, sin que dicho defecto sea subsanable, y prohibiendo además expresamente el artículo 110.3 de la ley 30/1992, que los defectos formales que causen indefensión puedan beneficiar a la Administración autora del mismo. Por otra parte, es evidente que el Tribunal Calificador que no motivó en su momento el acto de calificación, no puede hacerlo “a posteriori”, habiendo perdido además su imparcialidad, pues lógicamente trataría de defender el acto administrativo impugnado”. Por otra parte, al no haber dado traslado del informe al recurrente, es evidente que el recurso se resolvió sin la tutela efectiva del mismo⁴⁴.

valoración, que no fue sino el contenido del examen realizado por la recurrente (y que obra en el expediente); se sabe también cual fue el criterio cualitativo seguido para decidir la calificación (el modelo de respuestas previamente aprobado por el Tribunal Calificador); y se explica que la razón de la puntuación finalmente otorgada fue ese mayor o menor ajuste del examen con el modelo de respuestas de que se viene hablando. Lo que acaba de exponerse pone de manifiesto que hubo motivación bastante para que la recurrente pudiera impugnar en el proceso judicial la calificación que le fue otorgada con total plenitud de las garantías que son inherentes a su derecho de defensa; y descarta, así mismo, que pueda aceptarse la arbitrariedad que también ha sido reprochada a la actuación administrativa que es objeto de la actual impugnación jurisdiccional”.

- 43 Ello tras recordar la jurisprudencia constitucional en relación con la discrecionalidad técnica, entre otras, la STC 86/2004, de 10 de mayo según la cual, sobre la base de otros pronunciamientos previos, la llamada discrecionalidad técnica no es sino una presunción *iuris tantum*: “Debe recordarse que, frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese “prudente y razonable” arbitrio, nunca “excesivo” (STC 48/1998 [RTC 1998, 48; F. 7.a), las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una ‘presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación’. Una presunción *iuris tantum*, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla ‘si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado’, entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega”.
- 44 Y añade: “queda claro de las actuaciones, donde únicamente consta que en el acto de protesta ante el Tribunal Calificador se le puso de manifiesto el expediente, que no consta allí motivación alguna, no solo de su calificación, sino tampoco de las de los demás intervinientes, con lo que el recurrente no pudo realizar elemento de comparación alguno. Por otra parte, a mi juicio la pericial que acompañó el actor es lo suficientemente esclarecedora del acierto del recurrente, en relación con los motivos que constan en el informe a que se ha hecho referencia. En cualquier caso, al tratarse de un proceso selectivo, en el que ha de darse a todos los intervinientes el mismo tratamiento, la estimación del recurso debiera hacer supuesto la retroacción de actuaciones para que por un Tribunal Calificador distinto, se procediera a hacer una nueva valoración de todos los ejercicios, una vez determinados los criterios de valoración”.

Pues bien, de los argumentos expuestos en la STS de 2 de noviembre de 2017, así como en el voto particular a la STS de 16 de diciembre de 2014, interesa destacar diversos aspectos.

En primer lugar, la motivación constituye un requisito del acto administrativo por lo que resulta improcedente enmendar su omisión en vía de recurso, el cual “ha de ser congruente y resolverse de conformidad con los términos de éste y dentro de los límites del planteamiento del acto administrativo recurrido”, tal y como se recoge en el voto particular al que se ha hecho alusión. La función revisora del recurso, por lo tanto, se vería alterada por la introducción de elementos no aportados inicialmente por la Administración. En este contexto conviene recordar que la vía de recurso constituye un procedimiento de revisión que además es autónomo al que le precede⁴⁵. Como ha subrayado González Navarro, el procedimiento en vía de recurso es un procedimiento independiente del anterior y que tiene además su propio régimen jurídico. “El procedimiento anterior -señalar este autor- no es simplemente continuado, sino que deja su puesto a otro procedimiento distinto, aunque ligado al anterior”⁴⁶. Este planteamiento es el que subyace tanto en la sentencia de referencia como en el voto particular al que se está aludiendo.

Y en segundo lugar, en relación con la referencia al art. 112.1 párrafo segundo de la Ley 30/1992⁴⁷ que, entre otros razonamientos, sirve de

45 En ese contexto no está de más poner de manifiesto que la Ley 39/2015 no ha llevado a cabo la reforma de los recursos administrativos en la línea propugnada por la doctrina, singularmente en lo que se refiere a la necesidad de suprimir el carácter preceptivo del recurso de alzada. Al respecto: GALLARDO CASTILLO, M. J., *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*, op. cit., p. 311.

46 GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo español. El acto y el procedimiento administrativos*. Eunsa, Pamplona 1997, p. 1177.

47 Art. 118 de la Ley 39/2015: “1. Cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes que estimen procedentes. No se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho. Tampoco podrá solicitarse la práctica de pruebas cuando su falta de realización en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida fuera imputable al interesado. 2. Si hubiera otros interesados se les dará, en todo caso, traslado del recurso para que en el plazo antes citado, aleguen cuanto estimen procedente. 3. El recurso, los informes y las propuestas no tienen el carácter de documentos nuevos a los efectos de este artículo. Tampoco lo tendrán los que los interesados hayan aportado al expediente antes de recaer la resolución impugnada”. En orden al alcance de dicho artículo resulta de interés la STS de 30 de mayo de 2014 (RJ 2014/3117): “Ciertamente la Ley 30/1992 al regular la audiencia de los interesados dentro de los principios generales de los recursos administrativos, intercala un párrafo segundo en el apartado 1 del artículo 112, al señalar que “no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho”. De modo que cuando en el curso del procedimiento se deban tener en cuenta nuevos hechos o documentos (artículo 112.1 párrafo primero) ha de darse trámite de alegaciones. También ha de conferirse trámite cuando hay otros interesados (artículo 112.2 de la Ley 30/1992). Lo que no permite la Ley, y sobre todo lo que pone de manifiesto tal

base a la STS de 2 de noviembre de 2017 para estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto, cabe señalar que dicho precepto en cuanto que dispone que “no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho”, en palabras de la SAN de 22 de septiembre de 2016⁴⁸, “contiene una regla que no es más que la concreción positiva para el ámbito administrativo común del principio general de que la Ley no ampara el abuso del derecho (artículo 7,2 del Código Civil)”. Y añade dicha sentencia que “dicho principio tiene por finalidad impedir que resulte inútil el trámite de alegaciones y pruebas de los procedimientos de aplicación, como así resultaría si los interesados pudieran elegir, a su arbitrio, el momento en el que presentar pruebas y alegaciones, por cuanto que ello sería contrario a un elemental orden procesal”⁴⁹. Si ello es así para el particular, con más razón dicho criterio debe ser pauta de referencia para la Administración.

En consecuencia, al margen de otras consideraciones, tales como la interpretación restrictiva que deba darse a dicho precepto en lo que se refiere a su aplicación respecto del recurrente⁵⁰, lo cierto es que el razo-

actitud en el procedimiento, es que cuando se han tenido varias ocasiones para hacer alegaciones, se guarde un elocuente silencio, omitiendo esgrimir un posible hecho exculpatario, que solo se invoca cuando se ha impuesto la sanción”.

48 JUR 2016/232133.

49 En relación con dicho artículo, si bien referida al ámbito de las reclamaciones económico-administrativas, resulta de interés la STS de 10 de septiembre de 2018 (RJ 2018/3987). Esta sentencia casa y anula la SAN de 22 de septiembre de 2016 que había desestimado el recurso interpuesto al considerar que la documentación requerida debía haberse aportado en vía de gestión tributaria, declarando al respecto sobre la base de la aplicación supletoria del art. 112 de la Ley 30/1992 que “no cabe, en sede de reclamación económico-administrativa, admitir el cumplimiento del requerimiento que se negó en sede de gestión, máxime tratándose de una aclaración que se pudo y se debió (porque fue requerido al efecto por dos veces) aportar en momento procedimental oportuno, por cuanto otra cosa supondría, dejar al arbitrio de los obligados tributarios la determinación del procedimiento en que han de examinarse los hechos que puedan convenir a sus intereses”. Y añade que “aceptar la posibilidad de aportar documentos requeridos o aclaraciones solicitadas en este momento, convertiría la reclamación económico-administrativa en un nuevo procedimiento de aplicación de los tributos, pues implicaría prolongar la tramitación del iniciado con la presentación de la solicitud de devolución efectuada en su día”. Pues bien, al margen de otras cuestiones cuyo análisis no corresponde ahora analizar a la vista de las peculiaridades del procedimiento económico-administrativo y de la aplicación al mismo del art. 112, interesa destacar algunas consideraciones de la STS de 10 de septiembre de 2018; así: el Tribunal Supremo rechaza la tesis mantenida por la sala de instancia de que no cabe alegar o probar en vía revisora cuando no se hizo, pudiendo hacerlo, en el procedimiento, en este caso, de aplicación de los tributos. Ahora bien, “todo ello -señala- con una única excepción: que la actitud del interesado haya de reputarse abusiva o maliciosa y así se constate debida y justificadamente en el expediente”. Y agrega que “los límites expuestos (la buena fe y la proscripción del abuso del derecho) son consecuencia de la aplicación a todo tipo de procedimientos -y a las relaciones entre particulares y de éstos con la Administración- del principio general que impone que los derechos se ejerciten “conforme a las exigencias de la buena fe”, sin que la ley ampare “el abuso del derecho”.

50 Al respecto, GONZÁLEZ PÉREZ J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentario a la Ley de Régimen*

namiento que se recoge en la STS de 2 de noviembre de 2017 resulta de especial interés en cuanto que supone destacar la trascendencia *ex ante* de la motivación como requisito del acto administrativo, así como la improcedencia de subsanar su omisión en vía de recurso administrativo⁵¹.

4 Recapitulación

El derecho a la buena Administración que, como señalaba al comienzo de estas páginas, se recoge en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en lo que a la motivación de los actos se refiere, requiere revisar el planteamiento de las consecuencias jurídicas de la falta de motivación y su posterior subsanación en vía de recurso administrativo⁵². El aseguramiento del rigor y seriedad en la formación de la voluntad de la Administración que, tal y como recuerdan numerosas sentencias, constituye una de las funciones primordiales de la motivación, puede verse ciertamente condicionado por motivaciones extemporáneas.

En definitiva, a la luz del principio a la buena Administración, “principio implícito en la Constitución, arts. 9.3 y 103, proyectado en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y positivizado, actualmente, en nuestro Derecho común, art. 3.1. e) de la Ley 40/2015”, tal y como se destaca en la STS de 17 de abril de 2017, resulta preciso hacer hincapié en esa funcionalidad de la motivación, singularmente en el ámbito de la discrecionalidad técnica. Esa es la manera de garantizar la objetividad

Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Vol. II, Civitas, Madrid 1997, p. 1742. En relación con el alcance del art. 112 pueden verse las SSTSJ Andalucía de 29 de junio de 2018 (JUR 2018/290204) y 20 de diciembre de 2018 (JUR 2019/133772), ambas con referencia a la STS de 17 de marzo de 2010 (RJ 2010/2570).

51 En ese contexto no está de más reproducir las palabras del profesor FERNÁNDEZ RODRIGUEZ: “cuando se elude el deber de motivar las decisiones es, no nos engañemos, porque el obligado a darla carece de una explicación *exhibible*, y cuando las verdaderas razones de la elección no son del todo nítidas o contienen elementos espurios la motivación, si se da, tiene que recurrir a la ambigüedad, al circunloquio o al enmascaramiento puro y simple” (*De la arbitrariedad de la Administración*, 5ª ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor 2008, p. 157).

52 Y es que, como afirma GALLARDO CASTILLO, en relación con las reglas procedimentales, “permitir que la Administración se relaje en el cumplimiento de este deber no deja de ser paradójico en un Estado de Derecho en que debe primar el cumplimiento de las normas jurídicas en toda su extensión, sin que, para quien esto escribe, resulte fácilmente concebible esta especie de dispensa a favor de la Administración en cuanto al cumplimiento de determinadas reglas de procedimiento -de las que sin fisuras se afirma su imperatividad, su carácter de *ius cogens*, su *necesaria observancia por ser garantizadoras de los derechos de los ciudadanos- y, al propio tiempo continúe afirmándose sin ambages del Derecho Administrativo su cualidad de Derecho garantizador” (“Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial”, *op. cit.*, p. 246).*

-y, desde luego, la imparcialidad- a la que se refiere el art. 103 de la Constitución española⁵³.

53 En palabras de RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, “el nuevo Derecho Administrativo, que parte de la idea de servicio objetivo al interés general como suprema tarea encargada a la Administración pública, incorpora una nueva visión del sentido de las instituciones, categorías e instituciones de nuestra disciplina”. (*Derecho Administrativo y Administración Pública en tiempos de crisis*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, p. 43). En relación con el alcance que cabe otorgar al derecho a una buena Administración resulta de especial interés las consideraciones que se recogen en el Auto del TS de 14 de febrero de 2019 (JUR 2019/61814), referidas en este caso a su aplicación al ámbito tributario. En el supuesto de referencia el TS admite a trámite el recurso de casación al entender que concurre interés casacional objetivo consistente, en lo que a nosotros interesa, en “discernir si, a pesar del tenor literal del artículo 150.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria aplicable *ratione temporis* (redacción actualmente vigente en el artículo 150.7 del mismo texto legal) al supuesto de autos, es jurídicamente reprochable, conforme al principio de buena administración inferido de los artículos 9.3 y 103 de la Constitución, que cuando se ordene una retroacción de actuaciones por un tribunal económico-administrativo, la Administración difiera significativamente la remisión del expediente al órgano competente para ejecutar la resolución administrativa desde la fecha en que ésta se notificó a referida Administración”. Pues bien, en el Auto de referencia se alude a la jurisprudencia de la Sala en relación con el principio de buena Administración, singularmente a las SSTs de 17 de abril de 2017 (RJ 2017/1552) y 5 de diciembre de 2017 (RJ 2017/5531). En la primera el Tribunal Supremo declara que el principio de buena administración “no se detiene en la mera observancia estricta de procedimiento y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente”. Y en la segunda de las sentencias mencionadas se añade que “del derecho a una buena Administración pública derivan una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva, no es una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles, entre los que se encuentran, desde luego, el derecho a la tutela administrativa efectiva y, en lo que ahora interesa sobre todo, a una resolución administrativa en plazo razonable”.

Tribunal de Cuentas: Control Preventivo de Gastos y Pagos

Augusto Durán Martínez*

Introducción

El Tribunal de Cuentas, previsto en los artículos 208 y siguientes de la Constitución de la República, proviene de la Constitución de 1934.

Se trata de un órgano constitucional y, por ende, de existencia necesaria.

Superadas algunas dudas iniciales,¹ se admite pacíficamente hoy en día que el Tribunal de Cuentas constituye un órgano de la persona jurídica Estado con la misma posición institucional que los tres clásicos Poderes, la Corte Electoral y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo,² y está dotado de autonomía funcional (artículo 210 de la Constitución).

Ejerce exclusivamente función administrativa, pero no de administración activa – salvo en lo estrictamente interno del órgano – sino de asesoramiento y de contralor en materia financiera.³ Y este contralor financiero es de legitimidad y no de mérito.⁴

Su competencia básicamente está fijada por el artículo 211 de la Constitución, pero no posee una competencia cerrada sino abierta. En

* Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH. Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

1 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino. *La Constitución Nacional*, Medina, Montevideo, t. VII, pp. 197 y ss.; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino. *La Constitución del Uruguay de 1952*, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1965, t. IV, p. 721.

2 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. *Derecho Público*, F.C.U., Montevideo, 1999, p. 279; FRUGONE SCHIAVONE, Héctor. *Teoría y práctica de las mutaciones dominiales en el Uruguay*. Temas de Derecho Administrativo N° 4, F.C.U. Montevideo, 1984, p. 32; DELPIAZZO, Carlos E. *Tribunal de Cuentas*. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1982, pp. 43 y ss.; KORZENIAK, José. *Primer curso de Derecho Público. Derecho constitucional*. F.C.U. Montevideo, 2001, p. 638.

3 DELPIAZZO, Carlos E., *Tribunal de...*, pp. 56 y ss.

4 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. *Derecho...*, p. 281.

efecto, el artículo 210 faculta a la ley a atribuir al Tribunal “funciones no especificadas en esta Sección.”

Pero como acertadamente expresó Korzeniak, “nos parece necesario aclarar que la competencia ‘abierta’ no significa que la ley pueda atribuirle cualquier nueva competencia, sino aquellas que, razonablemente, se vinculen con su naturaleza”.⁵ Y creemos que esto, además, sin que pueda asignársele funciones distintas de la administrativa ni que implique distorsionar la arquitectura institucional de nuestra Constitución.

Tomando la tipología de sistemas orgánicos de Méndez, centralizado, descentralizado y acentralizado,⁶ a mi juicio el Tribunal de Cuentas conforma con los órganos u organismos estatales por aquellos controlados un sistema acentralizado.⁷

Si partimos de la base de que el sistema acentralizado es un sistema compuesto formado por dos simples, el control que efectúa uno sobre el otro es interno, porque se desarrolla dentro del sistema. Solo podemos hablar aquí de control externo si se consideran los dos sistemas simples por separado sin integrar un mismo sistema compuesto, como se ha considerado tradicionalmente.

PRAT incluye al control del Tribunal de Cuentas dentro de los controles externos de la actividad financiera.⁸ También Delpiazzo estima que este Tribunal ejerce el contralor externo de la hacienda pública.⁹

La afirmación de Prat y de Delpiazzo en cuanto al carácter externo de este control es correcta, en la visión tradicional, desde el momento en que se ejerce sobre personas jurídicas distintas como lo son los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados y, cuando se ejerce sobre órganos de la misma persona que integra (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Corte Electoral), lo hace sobre órganos que tienen autonomía funcional y no se vinculan con él a través de la jerarquía. Pero si tenemos en cuenta que integra con cada una de las personas jurídicas y órganos indicados, un sistema compuesto acentralizado, formado por dos simples, las relaciones entre ellos son internas.

5 KORZENIAK, José. *Primer curso...*, p. 639.

6 MÉNDEZ Aparicio. *Sistemas orgánicos*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 1973, t. I, pp. 26 y ss.

7 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Control de la actividad administrativa en Uruguay”, en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (Director), DELPIAZZO, Carlos E. (Coordinador) *El control de la actividad administrativa*. Editorial Temis. IIDA. Editorial Jurídica Venezolana. Bogotá, 2018, pp. 471 y ss.

8 PRAT, Julio A., *Derecho Administrativo*. Acali Editorial. Montevideo, 1982, t. 5, vol. 2, pp. 105 y ss.

9 DELPIAZZO, Carlos E. *Tribunal de...*, pp. 21 y 35 y ss.

1 Marco Constitucional y Legislativo

El control preventivo de gastos y pagos objeto de nuestro estudio está regulado en el artículo 211, literal B) de la Constitución, por lo que de la consideración de este texto normativo habremos de partir.

También debe tenerse en cuenta el artículo 114 del TOCAF, ya que es reglamentario del mencionado artículo constitucional.

El texto constitucional indicado establece:

“Art. 211. Compete al Tribunal de Cuentas: ... B) Intervenir preventivamente en los gastos y los pagos, conforme a las normas reguladoras que establecerá la ley y al sólo efecto de certificar su legalidad, haciendo, en su caso, las observaciones correspondientes. Si el ordenador respectivo insistiera, lo comunicará al Tribunal sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto.

Si el Tribunal de Cuentas, a su vez, mantuviera sus observaciones, dará noticia circunstanciada a la Asamblea General, o a quien haga sus veces, a sus efectos.

En los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, el cometido a que refiere este inciso podrá ser ejercido con las mismas ulterioridades, por intermedio de los respectivos contadores o funcionarios que hagan sus veces, quienes actuarán en tales cometidos bajo la superintendencia del Tribunal de Cuentas, con sujeción a lo que disponga la ley, la cual podrá hacer extensiva esta regla a otros servicios públicos con administración de fondos.”

El artículo del TOCAF mencionado expresa:

“Art. 114°. Cuando el Tribunal de Cuentas por sí o por intermedio de su auditor o contador delegado designado en su caso, observara un gasto o pago, deberá documentar su oposición y si el ordenador respectivo insistiera en el mismo, se comunicará tal resolución al Tribunal sin perjuicio de dar cumplimiento al acto dispuesto bajo la exclusiva responsabilidad de dicho ordenador.

Si el Tribunal mantuviera la observación, dará noticia circunstanciada a la Asamblea General o a quien haga sus veces, o a la Junta Departamental respectiva. En los casos de la administración autónoma o descentralizada se comunicará además al Poder Ejecutivo cuando corresponda.

Los ordenadores de gastos o pagos al ejercer la facultad de insistencia o reiteración que les acuerda el literal B) del artículo 211 de la Constitución de la República, deberán hacerlo en forma fundada, expresando de manera detallada los motivos que justifican a su juicio seguir el curso del gasto o del pago.”

Siguiendo estos textos normativos analizaremos: a) órgano que efectúa el control; b) órganos pasibles de control; c) objeto del control; d) oportunidad del control; e) causal o motivo del control; f) procedimiento.

2 Órgano que Efectúa el Control

El control en estudio lo realiza el Tribunal de Cuentas. Pero el tercer inciso del literal B) del artículo 211 de la Constitución establece que cuando el control se ejerce sobre Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, se puede ejercer por intermedio de los respectivos contadores o funcionarios que hagan sus veces.

El art. 114 del TOCAF, por su parte, al referirse al punto contempla las hipótesis en que el Tribunal de Cuentas actúa directamente o por intermedio de su auditor o contador delegado.

También, para considerar este punto, debemos considerar el artículo 113 del TOCAF.

Este artículo establece:

“Art. 113. Las funciones de control que le competen al Tribunal de Cuenta podrán ser ejercidas por intermedio de sus propios auditores designados para actuar en las Contadurías Generales, Contadurías Centrales o Servicios de Contabilidad que hagan sus veces en toda la administración Pública centralizada o descentralizada.

Sin perjuicio de ello, en los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, las funciones específicas de intervención preventiva de gastos y pagos podrán ser ejercidas por sus respectivos contadores siempre que el Tribunal, atendiendo a razones de necesidad, oportunidad o conveniencia, les designe en calidad de contadores delegados, en cuyo caso actuarán en tales cometidos bajo la superintendencia del Cuerpo (art. 211 literal b) ‘in fine’ de la Constitución de la República).

Los auditores y los contadores delegados designados por el Tribunal de Cuentas ejercerán sus funciones conforme a las normas que al respecto establezcan su Ley Orgánica o las ordenanzas que el Cuerpo dicte dentro de su competencia, determinándose con precisión la materia, de limitación de los cometidos y formalidades a que ajustarán su actuación los designados.

En los casos en que el Tribunal hubiere cometido a sus auditores o a los contadores delegados la función de intervención preventiva de gastos y pagos a que refiere el literal B) del artículo 211 de la Constitución de la República, las observaciones que formulen estos dentro del

límite atribuido a su competencia, se entenderán como realizadas por el Tribunal de Cuentas.

Toda vez que lo considere conveniente, el Tribunal de Cuentas podrá avocar dicho control.

En todo caso de reiteración de gastos o pagos por parte de los organismos controlados el mantenimiento de las observaciones deberá ser resuelto por el propio Tribunal o quien este hubiera autorizado. Asimismo, el Tribunal de Cuentas podrá designar contadores delegados en los restantes servicios públicos, previa solicitud de sus autoridades máximas.”

De acuerdo con estos textos cabe señalar que, por regla general, actúa directamente el Tribunal de Cuentas.

También el Tribunal de Cuentas puede actuar por medio de contadores delegados. Es el caso previsto en el tercer inciso del literal B) del artículo 211 de la Constitución.

Esto ocurre en caso de Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados. Se trata de funcionarios de esas entidades, especialmente designados por el Tribunal de Cuentas para actuar como contadores delegados (art. 113 del TOCAF).

Se trata de un caso de los que Méndez llama *de jerarquía múltiple*.¹⁰ En efecto, estos funcionarios son subordinados de los jefes del Gobierno Departamental, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados a que pertenecen, pero en esta función de contralor, conforme al texto constitucional, actúan bajo la superintendencia del Tribunal de Cuentas.

Estos contadores delegados actúan de la misma forma que el Tribunal, como si fuese el propio Tribunal (inciso cuarto del artículo 113 del TOCAF).

Sin perjuicio de lo expuesto, la ley prevé expresamente que el Tribunal de Cuentas puede avocar dicho control (inciso quinto del artículo 113 del TOCAF).

También el Tribunal de Cuentas puede designar Contadores delegados en otros servicios, a solicitud de sus jefes máximos (art. 211, literal B, inciso final y artículo 113, inciso final del TOCAF).

El artículo 113 del TOCAF prevé, asimismo, la actuación por medio de contadores auditores.

10 MÉNDEZ Aparicio. *La jerarquía*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 1973, pp. 158 y ss., en especial, pp. 161 y ss.

Estos contadores auditores, a diferencia de los contadores delegados que son funcionarios de la entidad controlada, son funcionarios del Tribunal de Cuentas.

En materia de control preventivo de gastos y pagos, actuarán cuando el monto no exceda el requerido para la licitación pública y siempre que no existan contadores delegados.

La actividad de los contadores auditores y de los contadores delegados está regulada por la Ordenanza del Tribunal de Cuentas N° 64, de 2 de marzo de 1988, y N° 74, de 23 de mayo de 1997.¹¹

3 Órganos Pasibles de este Control

El tercer inciso del literal B) del artículo 211 de la Constitución menciona a los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

Queda claro, pues, que el control ahora en estudio recae sobre estas personas jurídicas.

Los otros dos incisos de este literal B) no mencionan expresamente ninguna otra persona jurídica. Pero ello no quiere decir que las únicas personas jurídicas pasibles de este control sean los expresamente mencionados en el tercer inciso de este literal.

Véase que el literal B) alude a los gastos y pagos. Vale decir que el control refiere a los ordenadores de gastos y pagos.

El tercer inciso regula ciertas particularidades de este control cuando los ordenadores de gastos y pagos pertenecen a Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados. Los primeros dos incisos de este literal regulan la situación general, es decir, no necesariamente de los casos comprendidos en el tercer inciso.

Por otra parte, el artículo 111 del TOCAF establece:

“El sistema de contralor externo de los actos y la gestión económico-financiera estará encabezado por el Tribunal de Cuentas, al cual corresponderá:...

2) Intervenir preventivamente en los gastos y en los pagos a realizar por Entidades Estatales al solo efecto de certificar su legalidad pudiendo cometer dicha intervención en la reforma que determine mediante ordenanzas (literal B) del artículo 211 de la Constitución de la República.” [...]

¹¹ Ver LEIZA ZUNINO, Pablo, “Control del Tribunal de Cuentas”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador) *Control de la actividad administrativa*, en prensa.

Esa referencia a *Entidades Estatales*, en forma amplia, comprende a todas las personas jurídicas estatales. Por tanto, coordinando el artículo 211, literal B) de la Constitución, con el artículo 111, numeral 2) del TOCAF, podemos concluir que este control recae sobre todos los ordenadores de gastos y de pagos de todas las personas públicas estatales.

Los ordenadores de gastos son los órganos competentes para comprometer el gasto;¹² los competentes para disponer el pago son los ordenadores de pagos.

Conforme al artículo 26 del TOCAF, son ordenadores primarios de gastos, hasta el límite de la asignación presupuestal, los jefes máximos de toda Administración, cualquiera sea su naturaleza jurídica.

El artículo 27 del TOCAF efectúa una enumeración de ordenadores primarios.¹³

El artículo 28 del TOCAF refiere a los ordenadores secundarios de gastos.

Este artículo dice: “Son ordenadores secundarios de gastos, los titulares de órganos sometidos a jerarquía, a quienes se asigne competencia para disponer gastos por una norma objetiva de Derecho.”

Esa norma objetiva de derecho es el artículo 29 del TOCAF.

El artículo 29 dice:

“En especial, son ordenadores secundarios:

a) los Ministros en su Ministerio, el Secretario de la Presidencia de la República, el Director de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto

12 DELPIAZZO, Carlos E. *Contratación administrativa*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo, 1999, p. 58.

13 “Art. 27°. En especial son ordenadores primarios:

- a) En la Presidencia de la República, el Presidente actuando por sí.
 - b) En el Poder Ejecutivo, el Presidente actuando en acuerdo con el Ministro o Ministros respectivos actuando en Consejo de Ministros en su caso.
 - c) En el Poder Legislativo, el Presidente de la Asamblea General y los Presidentes de cada Cámara en su caso.
 - d) En el Poder Judicial, la Suprema Corte de Justicia.
 - e) La Corte Electoral, el Tribunal de Cuentas y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
 - f) En los Gobiernos Departamentales, el Intendente Municipal y el Presidente de la Junta Departamental, cada uno dentro de su competencia.
 - g) En la administración autónoma y descentralizada, los Directorios, Consejos Directivos o Directores Generales de cada uno de estos organismos o entes públicos.
- Estos ordenadores primarios podrán ordenar gastos por cualquier monto hasta el límite de la asignación presupuestal respectiva.
- Cuando el ordenador primario sea un órgano colegiado, la competencia de ordenar el gasto será del mismo actuando en conjunto, pero la representación a efectos de la firma del compromiso u orden respectiva será de su presidente, o en su defecto del miembro o miembros que designe dicho órgano en su oportunidad.”

y el Director de la Oficina Nacional del Servicio Civil, dentro de sus dependencias, con el límite del cuádruple del máximo de las licitaciones abreviadas; vigente para cada organismo.

b) los Directores, Gerentes y otros Jerarcas de dependencias directas de los ordenadores primarios, o de los ordenadores secundarios mencionados en el literal anterior que se determinen, con el límite máximo del doble de las licitaciones abreviadas vigente para cada organismo.

c) los funcionarios a cargo de las dependencias que se determinen, ponderando la naturaleza, sus características y la jerarquía de dichos funcionarios, con el límite máximo de las licitaciones abreviadas, vigente para cada organismo.”

El artículo 30 del TOCAF faculta a los ordenadores primarios y secundarios a delegar su potestad de ordenar gastos en funcionarios de sus dependencias.

Conforme al artículo 31 del TOCAF, son ordenadores de pagos, además de los ordenadores de gastos, los Directores de servicios administrativos o funcionarios autorizados al efecto. La potestad de ordenar pagos puede ser objeto de delegación en funcionarios subordinados a los delegantes.

4 Objeto del Control

El objeto de este control es sobre los gastos y los pagos.

El gasto constituye una erogación. Conforme al artículo 13 del TOCAF, los gastos pueden ser de financiamiento, de inversión o de amortización de deuda pública.

En principio, según el artículo 15 del TOCAF no puede comprometerse gastos de funcionamiento o de inversiones sin que exista crédito disponible.

Los créditos disponibles son las asignaciones presupuestales (artículo 13 del TOCAF). Los compromisos de gastos son los actos administrativos dictados por la autoridad competente, es decir, por los ordenadores de gastos, que disponen destinar definitivamente la asignación presupuestal o parte de ella (art. 14 del TOCAF).

El pago es un modo de extinción de una obligación.

No se podrá liquidar una obligación que no corresponda a compromisos contraídos en la forma establecida en los artículos 13 y siguientes del TOCAF. El pago se dispone por los ordenadores de pagos y se

efectúa por la Tesorería General de la Nación o las tesorerías que hagan sus veces (artículo 22 del TOCAF).

De lo expuesto se advierte que este control recae sobre el acto administrativo que dispone gastos y pagos. O mejor dicho –como enseguida se verá– se trata de un control preventivo, es previo al acto. Es un control realizado en el marco de un procedimiento administrativo finalizado al dictado de un acto administrativo de compromiso de gasto o de disposición de un pago, previo al dictado de ese acto.

5 Oportunidad de la Intervención del Tribunal de Cuentas

El literal B) del artículo 211 de la Constitución en estudio impone la intervención preventiva del Tribunal de Cuentas en los gastos y pagos.

Se trata, pues, de un control preventivo. Debe efectuarse con anterioridad a que el ordenador del gasto o del pago dicte el acto administrativo correspondiente.

No obstante la claridad del texto y, por ese motivo, la ausencia de interpretaciones doctrinarias discrepantes al respecto, en procedimientos de contratación administrativa advertimos a menudo una práctica errónea.

Esa práctica consiste en efectuar una adjudicación *ad referendum* de la intervención del Tribunal de Cuentas.

Considero errónea esa práctica porque significa poner al Tribunal de Cuentas ante los hechos consumados. Lo que el Constituyente quiso, al imponer un control preventivo, es que el Tribunal intervenga antes del dictado del acto. Lo que el ordenador debería hacer es remitir al Tribunal un proyecto de resolución, pero no una resolución efectuando una adjudicación *ad referendum* de la intervención del Tribunal.¹⁴

6 Causal o Motivo del Control

Conforme al literal B del artículo 211 de la Constitución, la intervención del Tribunal de Cuentas allí prevista sobre los gastos y pagos es “al solo efecto de certificar su legalidad.”

¹⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Licitación pública”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2017, p. 656.

No hay duda alguna de que, con esta redacción, lo que la Constitución está precisando, en la especie, es un control de legitimidad y no de mérito.

Sin embargo, la doctrina no ha sido unánime en cuanto al sentido que debe darse al término “legalidad”.

Cassinelli Muñoz ha tomado esta expresión en su sentido estricto, es decir, en cuanto a que comprende exclusivamente la ley.¹⁵ Esta postura ha sido compartida por Riso Ferrand.¹⁶

En cambio, Gutiérrez estimó que la expresión “legalidad” que figura en el literal B) del artículo 211 de la Constitución debe tomarse en sentido amplio, comprendiendo toda regla de derecho y no solo a la ley.¹⁷

También he sustentado el criterio amplio propiciado por Gutiérrez.¹⁸ La ley no puede considerarse aisladamente sino que debe crearse, interpretarse y aplicarse conforme a la Constitución o, mejor dicho, conforme al bloque de constitucionalidad. Por tanto, estimo que el control preventivo que efectúa el Tribunal de Cuentas es un control de juridicidad comprensivo de toda regla de derecho, es decir, de todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual (artículo 23, literal a, del decreto-ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984).

El criterio amplio propiciado enriquece el control del Tribunal de Cuentas al tomarse en consideración, entre otras cosas, los principios generales del derecho. Pero esto, a su vez, lo hace más complejo.

Entre esos principios destaco especialmente a efectos de nuestro tema el principio de la buena administración.

“La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales”, dice el acápite del artículo 2 del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, recogiendo la magnífica fórmula de la Constitución española.

De aquí se desprende la naturaleza servicial de la Administración Pública, la que le da un valor y fuerza suprapositivo al principio allí contenido, con independencia de la norma que lo especifica.

15 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “La defensa jurídica de la Constitución”, en CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. *Derecho constitucional y Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2010, p. 17.

16 RISSO FERRAND, Martín. *Derecho Constitucional*. F.C.U. Montevideo, 2006, pp. 227 y ss.

17 GUTIÉRREZ, Adrián, “Sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad de actos legislativos en Uruguay. Aplicación de la Constitución frente a las leyes inconstitucionales. Leyes inconstitucionales y control de convencionalidad”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2015, N° 12, pp. 194 y ss.

18 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Aplicación directa de principios y normas constitucionales”, en ROTONDO, Felipe (Coordinador). *Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de derecho privado*. F.C.U. Montevideo, 2017, p. 268.

De ahí la importancia de la noción de *buena administración*.

La primera Constitución de América del Sur que recoge el término *buena administración* es la uruguaya de 1952.

En efecto, el artículo 311, que es reiterado con el mismo número y contenido en la Constitución vigente, menciona la *buena administración* al regular los efectos de la sentencia anulatoria de un acto administrativo.

Por cierto que el concepto de *buena administración* no fue una originalidad de nuestra Constitución ni era nuevo para la época. Ya HAU-RIOU aludía a él y no precisamente en forma incidental; antes bien, estaba en la médula de su concepción institucionalista del derecho administrativo,¹⁹ con todo lo que para él implica la noción de institución.

Sin embargo, no fue esa la visión dominante en su época. Antes y después de Hauriou y por mucho tiempo, conforme a la visión autoritaria proveniente de la Revolución Francesa, se impuso una concepción del derecho administrativo basada en las prerrogativas. Se trataba de un derecho de y para la Administración; casi no se hablaba de *buena administración* y cuando se hablaba no tenía la connotación que tenía en Hauriou.²⁰

El mérito del artículo 311 de nuestra Constitución fue llamar la atención sobre la *buena administración* como no se había hecho antes en nuestro medio.²¹

Toda esa primera doctrina nacional encaró la buena administración desde la perspectiva del deber de la Administración y, en cuanto a su contenido, centró su atención en la eficacia y eficiencia, tomando estos

19 HAU-RIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Librairie de la Société du Recueil Sirey. Paris, 1921, p. 14.

20 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Reflexiones sobre la definición de derecho administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2013, N° 7, pp. 135 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Derecho a trato imparcial y equitativo y en plazo razonable en el procedimiento administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2015, N° 11, p. 138.

21 GIORGI, Héctor, "El mérito y la validez del acto administrativo. El concepto de buena administración en la Constitución uruguaya", en GIORGI, Héctor. *Escritos jurídicos*. F.C.U. Montevideo, 1976, pp. 91 y ss.; CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya", en VV.AA. *Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Montevideo, 1980, t. II, pp. 102 y ss.; FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, "La discrecionalidad administrativa", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Universidad de la República. Montevideo, enero-junio 1982, año XXVI, N° 1, p. 104; BRITO, Mariano R., "De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su control jurisdiccional anulatorio", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, julio-diciembre 1975, año XXIII, N° 3-4, pp. 171 y ss.; BRITO, Mariano R., "La aptitud del acto administrativo para el fin debido: supuesto de principio en que reposa la discrecionalidad", en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Montevideo, 1980, t. II, pp. 29 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Impugnación de reglamento", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999, p. 256; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Principios de eficacia y Estado Subsidiario", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, pp. 14 y ss.

términos como sinónimos o en el significado que les asignan la ciencia económica y de la administración, que distingue el sentido de cada uno de sus términos.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, expedida en Niza el 7 de diciembre del año 2000, recogió expresamente en su artículo 41 el derecho a una *buena administración*.²²

Al indicar su contenido, en forma no taxativa, lo hizo recogiendo aspectos del contenido del debido proceso, de otros principios del procedimiento administrativo y el derecho a la reparación por daños causados por las instituciones y sus agentes.

Pero también la doctrina y jurisprudencia europea incluye dentro del contenido de la *buena administración* la eficacia y la interdicción de la arbitrariedad.²³

Esto revela que la buena administración tiene un contenido múltiple o plural.²⁴

Seguendo los lineamientos de Freitas,²⁵ expresé que la buena administración significa elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo pero también actuar con transparencia, con probidad; significa

22 "Artículo 41. Derecho a una buena administración:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
- la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua."

23 SANZ LARRUGA, Francisco J., "El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a la buena administración", en ARANCIBIA MATTAR, Jaime y MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, (Coordinadores). *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*. Universidad de Los Andes. Legal Publishing Abeledo-Perrot. Santiago de Chile, 2009, pp. 577 y ss.; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Los principios generales en la jurisprudencia administrativa en el derecho administrativo especial", en VV.AA. *Los principios en el derecho administrativo iberoamericano*. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Juntas de Castilla y León. CECLAP, FIDA. La Coruña, 2008, pp. 376 y ss.; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas", en *Anuario de Derecho Administrativo*. F.C. U. Montevideo, 2008, t. XV, p. 13.

24 RUOCCO, Graciela, "La buena administración y el interés general", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto/ HANNA de ROSA, Marta (Coordinadores). *Ética. Estado de Derecho. Buena Administración*. Facultad de Derecho. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2013, p. 97.

25 FREITAS Juarez, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Malheiros Editores. São Paulo, 2009, pp. 30 y ss.

asimismo que los servicios públicos funcionen correctamente acorde a las necesidades reales del hombre de hoy, que los requerimientos de los administrados sean atendidos como corresponde y que todas las actuaciones administrativas sean seguidas cumpliendo con todas las garantías.²⁶ Posteriormente, he entendido que en este concepto de buena administración queda comprendido el desarrollo sostenible.^{27 28}

Con acierto Ruocco expresó: “el concepto de buena administración responde a las posturas más recientes del derecho administrativo, caracterizadas por el intento de superar la visión estrictamente formal que legitima la administración para el mero cumplimiento neutral y objetivo de la norma que le otorga las potestades de actuación, y poner el énfasis en la voluntad de situar a la persona en el centro de la preocupación de las normas que ordenan la actividad administrativa.”²⁹ El mero formalismo es incompatible con el reconocimiento de un derecho volcado a la ciudadanía,³⁰ tomado este término en el sentido de habitante, como lo hace la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (en adelante CLAD),³¹ que luego se mencionará.

Se advierte también que las perspectivas del deber y del derecho no son incompatibles. Son, más bien, complementarias: existe el deber de la Administración de actuar conforme a las reglas de la buena administración porque las personas, destinatarias de la buena administración, tienen derecho a que se actúe así.³² Y esto revela, asimismo, que la buena administración es también un principio general de derecho que, por su origen, posee máximo valor y fuerza.

Por eso, pacíficamente hoy se considera la buena administración como un principio, un derecho y un deber.³³ Ese principio, que deriva

26 DURÁN MARTÍNEAZ, Augusto, “La buena administración”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, p. 175.

27 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto., “Desarrollo sostenible y derecho administrativo”, en *Interese Público. Revista Bimestral de Direito Público*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013, N° 80, pp. 206 y ss.

28 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso administrativo*. Segunda edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2015, pp. 294 y ss.

29 RUOCCO, Graciela, “La buena administración y...”, loc. cit., p. 95.

30 JURUENA VILLELA SOUTO, Marcos, “Transformações do Direito Administrativo e seus impactos na eficiência e nos contratos de Administração”, en *JURUENA VILLELA SOUTO, Marcos. Direito Administrativo em Debate*. 2ª Série. Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2007, p. 35.

31 Preámbulo de la citada Carta. Ver *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2015, N° 11, p. 650.

32 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El derecho fundamental al...”, loc. cit., p. 114.

33 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La buena...”, loc. cit., pp. 172 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto.

de la esencia de la Administración, parte del Estado y, por ende, de la persona humana; como regla de derecho que es, crea los derechos y deberes mencionados.

Esta triple funcionalidad de la buena administración fue recibida expresamente en la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrada en Panamá el 27 y 28 de junio de 2013 y adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, también celebrada en Panamá el 18 y 19 de octubre de 2013.

Es cierto que las Cartas del CLAD son instrumentos de *sof law*, pero el principio de buena administración contenido en la Carta referida, en virtud de su naturaleza es suprapositivo y de máximo valor y fuerza por lo que es directamente operativo en nuestro derecho interno.

Como se comprenderá, con esta concepción el control del Tribunal de Cuentas se incrementa. En efecto, cuando las cuestiones relacionadas con la eficacia o eficiencia eran consideradas cuestiones de mérito y no de legitimidad y si se entendía que el Tribunal solo podía considerar una ilegalidad y no un desconocimiento de principios generales de derecho no podía observar por razones de ineficiencia o ineficacia. Pero si se estima que el Tribunal puede entrar a considerar casos de desconocimiento de principios generales de derecho y se entiende que el principio de la buena administración lo es y la eficacia y la eficiencia integran el contenido de este principio, puede legítimamente observar un gasto o un pago por esa razón. Como se comprenderá, la ductilidad constitucional, una de las características más salientes del derecho actual,³⁴ influye mucho en esta evolución.

Contencioso..., p. 294.

34 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid, 2005, pp. 14 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "En torno al neoconstitucionalismo", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, p. 18.

7 Procedimiento

Concluida la sustanciación del procedimiento el ordenador correspondiente, previo al dictado del acto remitirá el proyecto de resolución con todos los antecedentes al Tribunal de Cuentas, Contadores delegados o Auditores, según los casos.

El Tribunal de Cuentas o quienes haga sus veces, si no tiene objeciones, intervendrá el gasto o pago, se lo comunicará al ordenador correspondiente quien podrá dictar el acto administrativo pertinente, poniendo fin, así, a la etapa esencial del procedimiento iniciado a los efectos de disponer un gasto o un pago.

Si, por el contrario, el Tribunal o quien haga sus veces tiene objeciones, observará.

Como, según se ha dicho, el control que efectúa el Tribunal es por razones de juridicidad y no de mérito, los fundamentos de la observación son exclusivamente jurídicos, no de oportunidad o conveniencia. No obstante, por las razones ya indicadas, al pasar la buena administración a la zona de la legitimidad procede una observación por razones de eficacia o eficiencia, al integrar estos aspectos el contenido de la buena administración.

Producida la observación, ésta se comunicará al ordenador correspondiente.

El ordenador podrá aceptar pura y simplemente las observaciones del Tribunal y mandar archivar el asunto.

También puede aceptar las observaciones, corregir el proyecto en el sentido de las observaciones del Tribunal y remitirlo de nuevo.

En este caso, al ser aceptadas las observaciones, el Tribunal intervendrá el gasto o pago, lo comunicará al ordenador y este dictará el acto disponiendo el gasto o el pago, con lo que pone fin a la etapa esencial del procedimiento.

Pero el ordenador puede no aceptar las observaciones e insistir en su proyecto.

Así como los principios de derecho en general y, en particular el de buena administración, amplían el ámbito del control del Tribunal de Cuentas en relación al concepto que existía en la época en que se creó el Tribunal y, aun, hasta hace relativamente poco tiempo, también incrementan las razones que puede tener el ordenador para insistir en el gasto y en el pago, puesto que el concepto de legalidad se ha ampliado.

Adviértase que el concepto de buena administración tiene un contenido múltiple. El Tribunal puede poner énfasis en un aspecto de ese contenido al formular la observación y el ordenador puede poner énfasis en otro, al insistir. Puede así producirse una tensión que, para determinar la legitimidad de lo actuado por uno u otro, exige una delicada ponderación.

Dictado el acto de insistencia, el que será adecuadamente motivado, el ordenador lo comunicará al Tribunal y lo ejecutará bajo su responsabilidad.

Si el Tribunal de Cuentas mantiene sus observaciones, dará noticia circunstanciada de lo actuado a la Asamblea General o a quien haga sus veces si el ordenador integra una Administración Nacional y, según lo establece el artículo 114 del TOCAF, a la Junta Departamental del Departamento correspondiente si el gasto o pago lo dispone un ordenador de un Gobierno Departamental.

Conforme al artículo 114 del TOCAF, cuando el gasto o pago lo dispone una administración autónoma o descentralizada el Tribunal deberá efectuar también comunicación al Poder Ejecutivo.

Ni la Constitución ni la ley dicen expresamente a qué efectos se realiza la comunicación al Poder Ejecutivo precedentemente referida.

A mi juicio, esta comunicación se efectúa para que el Poder Ejecutivo ejerza los controles pertinentes sobre las entidades descentralizadas en uso de los poderes conferidos por los artículos 197 y 198 de la Constitución.

Con esta comunicación, el Poder Ejecutivo obtiene la información necesaria para realizar el control de descentralización que le compete. Tomo la expresión *control de descentralización* en el sentido de Méndez, para referirme al control que, en el sistema orgánico descentralizado, el sistema primario efectúa sobre el secundario.³⁵

Con relación a los efectos de la comunicación a la Asamblea General, la Constitución es muy escueta; simplemente dice, “a sus efectos”.

En doctrina se ha estudiado este punto. A vía de ejemplo recordaré algunas opiniones, como la de Cassinelli Muñoz, Delpiazzo y Korzeniak. Cassinelli Muñoz expresó:

“El Tribunal de Cuentas comunica al órgano que corresponda (normalmente, a la Asamblea General), el desacuerdo que hay entre el Tribunal y el ordenador, a los efectos de que la Asamblea General esté en

35 MÉNDEZ, Aparicio, “La descentralización. Concepto y caracteres”, en *VV.AA. Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo, 1978, t. I, pp. 245 y ss.

condiciones de ejercitar sus poderes de control, ya sea sobre el Tribunal, ya sea sobre el ordenador.

Supónganse que el pago haya sido dispuesto por un Ministro. El Tribunal dice que es ilegal, el Ministro insiste, entonces, se comunica a la Asamblea General y la Asamblea General si se da cuenta de que lo que está haciendo el Ministro viola la ley, que tiene razón el Tribunal, podrá utilizar los medios de que dispone para controlar la gestión de los Ministros; por ejemplo, la censura, el juicio político si llega a ser tan grave el caso que sea una violación de la Constitución u otro delito grave; o si no, si llega a la conclusión de que el Tribunal de Cuentas hizo la observación con mala fe, al solo efecto de obstaculizar la gestión del Ministerio, podrá responsabilizar a los miembros del Tribunal. En la práctica, como ya dije, no ha tenido ningún resultado esta comunicación a la Asamblea General; ésta no está cumpliendo sus cometidos de aprovechar esa denuncia del Tribunal sobre discrepancias para ver quién tiene razón y para poner en funcionamiento los procedimientos de control respectivos.³⁶

Delpiazzo escribió:

“Tales *comunicaciones del desacuerdo* entre el Tribunal y los ordenadores se realizan a los efectos de poner en funcionamiento los respectivos mecanismos de contralor previstos en la Constitución.

Así, si el acto observado proviene del Poder Ejecutivo o de alguno de sus órganos, la Asamblea General (actualmente, el Consejo de Estado) podrá disponer un pedido de informes, el llamado a Sala del Ministro respectivo, el nombramiento de una Comisión investigadora (arts. 118, 119 y 120 de la Carta), el juicio político si correspondiere (art. 93) u otra medida acorde a la situación planteada. A la inversa, si en vez de una desajustada actuación de los órganos de la administración activa, se detectara que el Tribunal de Cuentas ha hecho observaciones improcedentes o con el fin de obstaculizar la gestión desarrollada por éstos, podrá responsabilizar a sus miembros.³⁷

Por su parte, Korzeniak indicó:

“El texto de la Constitución no fue explícito en este tema. Las observaciones van a la Asamblea General ‘a sus efectos’, las denuncias y acciones del Tribunal son ‘las correspondientes’, etc., pero sin indicar los detalles resultantes.

Cuando las observaciones y denuncias llegan al Parlamento, teóricamente podrían desencadenarse –según el *contenido de la observación o denuncia* y según el órgano observado o denunciado– una serie variada de mecanismos parlamentarios: un pedido de datos e informes, un

36 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. *Derecho...*, p. 282.

37 DELPIAZZO, Carlos E. *Tribunal de...*, pp. 67 y 68.

llamado a Sala, el nombramiento de una comisión investigadora, un juicio político, una censura parlamentaria, etc.

Sin embargo, la práctica generalizada es la siguiente: los expedientes enviados por el Tribunal de Cuentas a la Asamblea General con observaciones o denuncias de irregularidades, cumplen un trámite de 'llegada', y en la enorme generalidad de los casos, no hay distribución adecuada de éstos ni sesiones de la Asamblea General para tratarlos. Esta situación se arrastra desde hace muchos años y –con explicaciones o no– es una clara omisión parlamentaria que debiera superarse.

Parece necesario analizar una situación especial: las observaciones o denuncias del Tribunal de Cuentas respecto de los Directorios de los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados. Los directores de estos organismos no son pasibles del juicio político; tampoco pueden ser interpelados, aunque en la interpelación a un Ministro pueden concurrir estos directores (arts. 93 y 119).

Pero ocurre que en la constitución existe una regla, el inciso final del art. 192, que dispone que *'podrán ser reelectos o designados para otro Directorio o Dirección General siempre que su gestión no haya merecido observación del Tribunal de Cuentas...'*

Habida cuenta de que, a veces, el Poder Ejecutivo propone para integrar un Directorio o para ser Director General, a personas que ya estaban ejerciendo el cargo en ese o en otro Ente o Servicio, cabe preguntarse si ello es constitucionalmente correcto cuando existen en la Asamblea General –aunque no se hayan analizado, como ocurre en la práctica–, observaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas respecto de esos Directores.

Nos parece claro que *dicha designación no corresponde* aunque tal como está la situación práctica, sería necesario establecer mecanismos por los cuales el Poder Ejecutivo, antes de enviar la propuesta de designación, o el Senado, antes de otorgar la venia necesaria para ello (art. 187) conocieran si hubo o no observaciones que afectaran el nombre a proponer o ya propuesto. En este sentido, cabe aclarar que cuando se observa la actuación de un Directorio, la observación no afectaría a los directores que la hubiesen votado en contra, lo que suele resultar de las Leyes Orgánicas o Reglamentos de los respectivos Entes o Servicios, o de la propia lógica normal del funcionamiento de los órganos pluripersonales.³⁸

De lo expuesto se desprende que la doctrina ha coincidido en el significado de la expresión *"a sus efectos"* contenida en el segundo inciso del literal B del artículo 211 de la Constitución.

Esa comunicación es a efectos de que según las circunstancias se efectúe un pedido de informes, un llamado a Sala, se constituya una comisión parlamentaria de investigación, se opere una censura o se promueva un juicio político. Es decir, esa comunicación a la Asamblea General es a los efectos del control parlamentario sobre la Administración.

38 KORZENIAK, José. *Primer curso...*, pp. 641 y 642.

Control que se efectuará sobre los ordenadores de gastos o pagos, sobre el Poder Ejecutivo –en caso de que el ordenador del gasto o pago haya sido un Ente Autónomo o Servicio Descentralizado– a los efectos de verificar si ejerció adecuadamente los poderes inherentes a la primacía institucional y política que le confieren los artículos 197 y 198 de la Constitución y sobre el propio Tribunal de Cuentas por si observó mal. También se puede realizar ese control al analizarse un pedido de una venia para la designación de un director de Ente Autónomo o Servicio Descentralizado para un nuevo período.

La doctrina también ha puesto de manifiesto que ese control parlamentario ha sido en los hechos –y desde siempre– prácticamente inexistente. Pero asimismo se desprende de los desarrollos precedentes que la falencia no está en el Derecho sino en los actores políticos.³⁹

8 Apreciaciones Finales

La observación del Tribunal de Cuentas no impide el dictado del acto administrativo por el que se dispone el gasto o el pago si la Administración desea insistir.

Tampoco, por sí sola, la observación conlleva la ilegitimidad de ese acto ni de los sucesivos dictados como consecuencia del acto observado.

Tampoco la observación vincula al Tribunal de lo Contencioso Administrativo ni a los Magistrados del Poder Judicial en caso de que el asunto derive a la Justicia. Los jueces actuantes fallarán según su leal saber y entender y podrán apartarse de lo opinado por el Tribunal de Cuentas.⁴⁰

Como la observación del Tribunal de Cuentas no se emite por medio de un acto administrativo, no es susceptible de los recursos administrativos ni de la acción de nulidad.

Lo único que las observaciones pueden provocar es el ejercicio de los controles parlamentarios a fin de deslindar las distintas responsabilidades comprometidas.

La realidad indica que esos controles parlamentarios han sido escasamente empleados. Lo malo es que, en general, no han sido empleados

39 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Tribunal de Cuentas. Comunicación de sus observaciones a la Asamblea General", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2003, vol. III, pp. 159 y ss.

40 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Alcance de las observaciones del Tribunal de Cuentas. Incidencia de esas observaciones sobre los actos dictados y contratos celebrados.", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2007, vol. III, pp. 266 y ss.

no porque se haya estimado que no correspondían, sino porque ni siquiera se han analizado las comunicaciones del Tribunal de Cuentas.

Por supuesto que un cambio en este punto requiere sensibilizar al sector político. Y, por supuesto, esto es difícil si el Partido que ha obtenido el Poder Ejecutivo cuenta con la mayoría parlamentaria. Pero un buen comienzo sería la creación de comisiones especiales permanentes en el ámbito de la Cámara de Senadores o de la Cámara de Representantes, o en ambas, que se dediquen al estudio de las comunicaciones del Tribunal de Cuentas en este tema y facilitar la promoción de los controles parlamentarios previstos en la Constitución. Estas comisiones podrán crearse por acto de cada una de las Cámaras, en virtud de lo establecido en el artículo 105 de la Carta.⁴¹

El tema que hoy nos ocupa es de máxima importancia. Corresponde, así, hacer un esfuerzo para mejorar la situación. Eso es lo que procede para lograr el bien común, fin último del Estado. Aparentemente este es un tema descarnadamente económico o financiero, pero a poco se profundiza, se advierte su honda connotación social. Vale la pena recordar, a estos efectos, una frase que el contador Alberto Sayagués estampó en la contratapa de uno de sus libros sobre el sistema de compras estatales: “Los recursos que se pierden al comprar mal, son los que faltan para apoyar a los sectores más débiles de la sociedad uruguaya.”⁴²

Bibliografía

BRITO, Mariano R. “De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su control jurisdiccional anulatorio”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXIII, N° 3-4, Montevideo, julio-diciembre 1975.

_____ “La aptitud del acto administrativo para el fin debido: supuesto de principio en que reposa la discrecionalidad”, en *VV.AA., Estudios de Derecho Administrativo*, t. II. Universidad de la República. Montevideo, 1980.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya”, en *VV.AA. Estudios de Derecho Administrativo*, t. II. Universidad de la República. Montevideo, 1980.

41 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Tribunal de Cuentas...”, loc. cit., pp. 160 y ss.

42 SAYAGUÉS, Alberto. *Reforma al sistema de compras estatales*. Montevideo, 2011, contratapa.

- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. “La defensa jurídica de la Constitución”, en CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. *Derecho constitucional y Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2010.
- _____. *Derecho Público*, F.C.U., Montevideo, 1999.
- DELPIAZZO, Carlos E. *Tribunal de Cuentas*. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1982.
- _____. *Contratación administrativa*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Impugnación de reglamento”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.
- _____, “Tribunal de Cuentas. Comunicación de sus observaciones a la Asamblea General”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Casos de Derecho Administrativo*, vol. III. Montevideo, 2003.
- _____. “Alcance de las observaciones del Tribunal de Cuentas. Incidencia de esas observaciones sobre los actos dictados y contratos celebrados.”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Casos de Derecho Administrativo*, vol. III. Montevideo, 2007.
- _____. “Principios de eficacia y Estado Subsidiario”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Público*, vol. II. Montevideo, 2008.
- _____. “En torno al neoconstitucionalismo”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.
- _____. “Reflexiones sobre la definición de derecho administrativo”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 7. LA LEY Uruguay, 2013.
- _____. “Desarrollo sostenible y derecho administrativo”, en *Interese Público. Revista Bimestral de Direito Público*, N° 80. Editora Förum. Belo Horizonte, 2013.
- _____. “Derecho a trato imparcial y equitativo y en plazo razonable en el procedimiento administrativo”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 11. LA LEY Uruguay, 2015.
- _____. “Aplicación directa de principios y normas constitucionales”, en ROTONDO, Felipe (Coordinador). *Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de derecho privado*. F.C.U. Montevideo, 2017.

- _____ “Licitación pública”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2017.
- _____ “Control de la actividad administrativa en Uruguay”, en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (Director), DELPIAZZO, Carlos E. (Coordinador). *El control de la actividad administrativa*. Editorial Temis. IIDA. Editorial Jurídica Venezolana. Bogotá, 2018.
- _____ “La buena administración”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.
- _____ *Contencioso administrativo*. Segunda edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2015.
- Estudios de Derecho Administrativo*, N° 11. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2015.
- FREITAS Juarez, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Malheiros Editores. São Paulo, 2009.
- FRUGONE SCHIAVONE, Héctor. “La discrecionalidad administrativa”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXVI, N° 1. Universidad de la República. Montevideo, enero-junio 1982.
- _____ *Teoría y práctica de las mutaciones dominiales en el Uruguay*. Temas de Derecho Administrativo N° 4. F.C.U. Montevideo, 1984.
- GIORGI, Héctor. “El mérito y la validez del acto administrativo. El concepto de buena administración en la Constitución uruguaya”, en *GIORGI, Héctor. Escritos jurídicos*. F.C.U. Montevideo, 1976.
- GUTIÉRREZ, Adrián. “Sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad de actos legislativos en Uruguay. Aplicación de la Constitución frente a las leyes inconstitucionales. Leyes inconstitucionales y control de convencionalidad”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 12. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2015.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Librairie de la Société du Recueil Sirey. Paris, 1921.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino. *La Constitución del Uruguay de 1952*, t. IV, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1965.
- _____ *La Constitución Nacional*, t. VII. Medina, Montevideo.
- JURUENA VILLELA SOUTO, Marcos. “Transformações do Direito Administrativo e seus impactos na eficiência e nos contratos de Administração”, en JURUENA VILLELA SOUTO, Marcos. *Direito Administrativo em Debate*. 2ª Série. Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2007.

- KORZENIAK, José. *Primer curso de Derecho Público. Derecho constitucional*. F.C.U. Montevideo, 2001.
- LEIZA ZUNINO, Pablo. “Control del Tribunal de Cuentas”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador), *Control de la actividad administrativa*, en prensa.
- MÉNDEZ Aparicio. *La jerarquía*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 1973.
- _____. *Sistemas orgánicos*, t. I. Amalio M. Fernández. Montevideo, 1973.
- _____. “La descentralización. Concepto y caracteres”, en VV.AA. *Estudios de Derecho Administrativo*, t. I. Universidad de la República. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo, 1978.
- PRAT, Julio A., *Derecho Administrativo*, t. 5. Acali Editorial. Montevideo, 1982.
- RISSO FERRAND, Martín. *Derecho Constitucional*. F.C.U. Montevideo, 2006.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XV. F.C.U. Montevideo, 2008.
- _____. “Los principios generales en la jurisprudencia administrativa en el derecho administrativo especial”, en VV.AA. *Los principios en el derecho administrativo iberoamericano*. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Juntas de Castilla y León. CECLAP, FIDA. La Coruña, 2008.
- RUOCCO, Graciela, “La buena administración y el interés general”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto; HANNA de ROSA, Marta (Coordinadores). *Ética. Estado de Derecho. Buena Administración*. Facultad de Derecho. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2013.
- SANZ LARRUGA, Francisco J. “El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a la buena administración”, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime y MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (Coordinadores). *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*. Universidad de Los Andes. Legal Publishing Abeledo-Perrot. Santiago de Chile, 2009.
- SAYAGUÉS, Alberto. *Reforma al sistema de compras estatales*. Montevideo, 2011.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid, 2005.

O Controle Social Digital da Administração Pública no Brasil: Alguns Apontamentos

Luiz Egon Richter*

Introdução

Este artigo é uma construção teórica inicial sobre o tema controle social digital da Administração Pública, com o objetivo de esclarecer se no contexto da crise da democracia representativa e, por consequência, a qualidade do controle político exercido pelo Poder Legislativo, as mídias sociais podem servir como instrumento de controle social da Administração Pública. Temporalmente, compreende a contemporaneidade e espacialmente o Brasil. Disciplinarmente, transita pela Teoria dos Direitos Fundamentais, Direito Constitucional, Direito Administrativo. Referencialmente o texto está conectado com a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e, no plano da teoria jurídica, com o Direito Constitucional e o Direito Administrativo brasileiro contemporâneo nacional.

O problema que orienta o trabalho investigativo é examinar se as mídias sociais podem servir como instrumento de controle social da Administração Pública. A hipótese é a de que elas podem servir de instrumentos da democracia participativa, assegurada por uma política pública de controle digital, que permite o tráfico de informações qualificadas.

Assim a abordagem inicial tem por objeto examinar alguns aspectos identificadores da democracia representativa, que de certa forma se consolidou como um importante modelo de exercício da democracia. Depois a abordagem recai sobre a crise da democracia representativa na contemporaneidade; na sequência a abordagem é sobre a Administração Pública democrática e as formas de controle e, por fim, sobre o controle democrático da Administração Pública via mídias sociais.

* Professor de Direito Administrativo da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Tabelião de Notas e Registrador Público Civil.

1 Aspectos Identificadores da Democracia Representativa

O Estado Democrático de Direito, na perspectiva da Teoria dos Sistemas de Luhmann, é uma aquisição evolutiva decorrente da especialização funcional dos sistemas da política e do direito, o qual confere autonomia aos dois sistemas, reconhecendo-os como diferenciados funcionalmente e autopoieticos. A política é a esfera da tomada de decisões vinculantes à coletividade e o Direito a esfera geradora de expectativas comportamentais generalizadas congruentemente. Existe, portanto, uma interdependência entre os sistemas político e jurídico, em que por um lado o Direito “modela” o exercício do poder político na perspectiva do que é lícito e do que não é, e, por outro lado, a política contribui para “modelar” o Direito porque ela, a política, tem a sua “matéria prima” informações que resultam de decisões políticas.¹

Isto porque no Estado Democrático de Direito, os instrumentos para o exercício do poder e o próprio exercício dele, devem estar de acordo com as leis e o direito, ao mesmo tempo, em que as leis e o direito devem estar legitimados pela política. Cada um dos sistemas toma decisões, cuja operacionalização se opera na medida em que cada um dos sistemas seleciona no ambiente as informações que lhe fazem sentido e, depois de processadas internamente através de seus programas, comunica ao ambiente as decisões tomadas, abrindo a possibilidade de novas seleções e novas tomadas de novas decisões, num processo recursivo e circular, condensando as decisões por força da repetição operacional.

Numa perspectiva mais geral pode-se afirmar que um Estado Democrático de Direito se funda num conjunto de valores, dentre os quais se destacam a liberdade e a democracia; de garantias aos direitos fundamentais e de compromissos, que são objetivos gerais que cabem ao Estado realizar, com vistas a maior igualdade. O valor democracia somente pode ser colocado em prática num ambiente de liberdade, em que a sociedade, titular do poder, tem a sua disposição mecanismos de participação política, na escolha de seus representantes e a participação direta na tomada de decisões de interesse público e no controle social da atuação da Administração Pública.

A concepção de Estado Democrático de Direito é essencialmente formada por duas premissas básicas que são, a liberdade e a soberania

¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

popular. Numa perspectiva procedimental de cunho liberal, adotada por Norberto Bobbio², o regime democrático compreende um conjunto de regras e procedimentos – programas para a Teoria dos Sistemas – através dos quais o sistema da política processa as informações selecionadas no ambiente – resultante de eleições – com vistas a definir quem são os representantes do povo, legitimados para exercer o poder. Desta forma, “o sistema da política é o resultado de si mesmo, e a democracia não é outra coisa senão improvável aquisição evolutiva do sistema da política.”³

Neste processo evolutivo que culminou com a concepção liberal de Estado Democrático de Direito, está presente uma tensão decorrente de duas ideias que não são facilmente conciliáveis, consideradas até mesmo contraditórias, que são a democracia e o liberalismo. Carl Schmitt teria sido um dos primeiros jus-filósofos a concluir que a concepção de Estado Democrático de Direito expressa uma determinada ideologia política, que é a do liberalismo e que esta não seria a melhor forma de pensar uma legitimação democrática do Estado, mas antes, uma forma de evitá-la.⁴

Todavia, antes mesmo do autor alemão escrever que o liberalismo não seria a melhor forma de pensar uma legitimação democrática do Estado, Jean Jacques Rousseau escreveu que a soberania não podia ser representada nem alienada, porque consiste na vontade geral, que de modo algum pode ser representada, dado que os deputados do povo não são e nem poderiam ser seus representantes. A representação seria uma ilusão do povo inglês, dado que o único momento de liberdade seria o momento em que votava, porque depois disto, retornavam à escravidão. Para o mestre genebrino, como a legitimidade das leis estava fundamentada na vontade geral do povo, este não podia ser representado no parlamento, sob pena de nulidade das leis, salvo se ratificadas pelo povo. Todavia, o executivo sim poderia ser representado porque não seria outra coisa do que a força aplicada à lei.⁵

2 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

3 GIORGI, Raffaele de. *Direito, Democracia e Risco - Vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio fabris Editor, 1998, p. 51.

4 ARRUDA, José Maria. *Paradoxos da democracia no liberalismo: Crítica à concepção liberal de Estado de Direito a partir de Carl Schmitt*. Disponível em: [doi:10.7443/problemata.v2i1.10371]. Acesso em: 20.abr.2019.

5 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução Orlando Roque da Silva. Edição eletrônica. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf> > . Acesso em 20.abr.2019.

Por outro lado, Montesquieu escreve que todo homem que possui a alma livre e vive num Estado livre, deveria ser governado por si mesmo, mas como isto é impossível, é preciso que o faça através de seus representantes, com a vantagem de que estes são capazes de discutir assuntos que o povo não consegue, o que constituiria num dos graves inconvenientes para a democracia.⁶ Portanto, para o autor o exercício da liberdade e da soberania são se opera diretamente, mas via representação política, pois o povo tem capacidade para escolher o que é melhor para ele, mas tem dificuldade de realizar o que é melhor. Por isso, não deve agir de forma autônoma, mas sempre através de representantes.

É um aspecto típico da democracia liberal, visto que ela se expressa pela representação política do povo, cuja legitimação decorre do processo eleitoral, quando o sistema da política processa a define os nomes dos representantes que terão o poder de decidir. Trata-se de uma forma de reduzir a complexidade, mas que ao mesmo tempo impede a produção da complexidade necessária para que o sistema da política prossiga no seu processo evolutivo, dado que a complexidade é necessária para aumentar as possibilidades de escolha, porque este é o sentido da democracia.⁷

Além da representação política, a democracia representativa é outra expressão amplamente difundidas na ciência política contemporânea, ambas relacionadas com a noção de Estado Liberal de Direito. Todavia, não é possível estabelecer uma relação de pertinência lógica entre representação política e a democracia representativa, como se a primeira conduzisse automaticamente à segunda. A democracia representativa de natureza liberal compreende um conjunto de complexas conexões entre eventos sócio-político e teórico-conceitual, os quais expressam uma associação entre ideologias e movimentos, decorrentes da fusão entre democracia e liberalismo, destacando-se o substantivo “democracia” e os adjetivos “representativa” e “liberal”.⁸

O surgimento da ideologia fundada no liberalismo se apresenta por um lado, como progressista, dado que se contrapunha ao absolutismo monárquico e, de outro, como um governo representativo ou

6 MONTESQUIEU, Charles de Second, Baron de. *O espírito das leis*; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

7 GIORGI, Raffaele de. *Direito, Democracia e Risco - Vinculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

8 VITULLO, Gabriel. Representação política e democracia representativa são expressões inseparáveis? Elementos para uma teoria democrática pós-representativa e pós-liberal. In: *Revista Brasileira de Ciência Política*, n° 2. Brasília, julho-dezembro de 2009, p. 272.

republicano, mas não democrático⁹. A diferença entre república e democracia ficou clara nas palavras de James Madison, ao propor “remédios” contra o facciosismo, definido como um movimento de um certo número de cidadãos, que movidos por impulso comum, por força de paixão ou interesse, adversos aos direitos dos demais cidadãos. Estes remédios seriam dois, a república e a democracia, com opção pela primeira, dado que esta é “[...] um governo em que está presente o esquema da representação, [...], enquanto que a democracia se caracteriza pelo estímulo à violência e à luta, por isto “[...] sempre se mostraram incompatíveis com a segurança pessoal ou com os direitos de propriedade; e tiveram em geral, vidas tão breves quanto violentamente interrompidas”¹⁰.

A compatibilização forçada entre a democracia e o liberalismo resultou de uma conjugação de esforços para derrotar um inimigo político, que era o absolutismo monárquico, momento em que o movimento liberal se aproveita da bandeira democrática para justificar a transferência do poder que residia na monarquia para o povo e assim a legitimar o poder democraticamente. Todavia, o poder não foi exercido pelo povo, mas através da representação política, escolhida via processo eleitoral, que passou a ser identificada como soberania popular. Desta forma, o poder do soberano foi limitado através de uma ordem jurídica constitucional e a representação política parlamentar.¹¹

Ainda que na origem o liberalismo e a democracia apresentassem uma certa incompatibilidade, com o passar do tempo se operou uma aproximação e a compatibilização, o que fica demonstrado pelo uso da expressão “liberal-democracia”, em que não só o liberalismo é compatível com a democracia, como a democracia assume uma conaturalidade com o Estado liberal na sua forma política, que é a soberania popular, baseada na concepção individualista da sociedade.¹² Contudo a soberania popular não se realiza somente através da representação política, porque esta fórmula não afasta outras formas de participação direta na tomada de decisões em prol do interesse público. Ainda assim, o autor reconhece que o sistema democrático está em permanente mutação e

9 Ibidem, p. 273

10 MADISON, James; HAMILTON, Alexander e JAY, John. *Os artigos federalistas 1787-1788*: Edição Integral. Apresentação Isaac Kramnick. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Título original: *The Federalist Papers*, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S.A., 1987, p. 137

11 ARRUDA, José Maria. *Paradoxos da democracia no liberalismo*: Crítica à concepção liberal de Estado de Direito a partir de Carl Schmitt. Disponível em: [doi:10.7443/problemata.v2i1.10371]. Acesso em: 20.abr.2019.

12 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*; tradução Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Brasiliense, 2005.

adaptação e, além disso, apresenta problemas, com destaque para a falta de compromisso do representante com o seu representado, após o processo eleitoral.¹³

No seu processo evolutivo a democracia vai sofrendo mutações, o que atinge também, o próprio conceito de representação política que passa por mutações na contemporaneidade. Em parte, isto ocorre porque os partidos políticos vêm demonstrando certa incapacidade para exercer o seu papel representativo das preferências da população. Além disso, o surgimento de instituições transnacionais ou mesmo não-territoriais, que também passam a representar o cidadão. Ademais, novas postulações políticas se apresentam, como a inclusão de minorias, das mulheres, além de pautas pós-materialistas.¹⁴ Em síntese talvez possa se afirmar que não é a democracia fundada na representação política está em crise, mas o modelo de representação política tradicional que está sofrendo mutações, o que certamente tem implicações no controle da Administração Pública, razão pela qual está abrindo espaço para outras formas, dentre as quais, a forma direta com base no princípio da democracia participativa.

A Constituição brasileira, a despeito de ter adotado características do Estado Liberal, ela não se amolda à concepção de democracia liberal, dado que a Constituição imputa ao Estado compromissos que transcendem à conservação e implementação apenas de interesses privados. Assim, a Administração Pública tem a incumbência de realização do interesse público com fundamento nos princípios, objetivos e direitos fundamentais. Ao estabelecer múltiplos mecanismos de participação, “[...], conjugados com mecanismos de proteção da esfera pública e da moralidade dos processos legislativos e eleitorais demonstram que a política não se resume a um mercado e suas respectivas lógicas de tomada de posição concorrenciais.”¹⁵

13 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000

14 URBINATI, Nadia; WARREN, Mark E. *The concept of representation in contemporary democratic theory*. Annual Review of Political Science, v. 11, p. 387-412, 2008.

15 BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17652.

2 Da Crise da Democracia Representativa na Contemporaneidade

A crise é um efeito do próprio processo evolutivo, dado que tudo o que é instituído socialmente vai se modificando com o passar do tempo, podendo inclusive desaparecer, por isso, ressalta-se que a noção de evolução não tem o sentido de se tornar melhor, mais eficaz e eficiente, mas simplesmente como um processo. Com a democracia e a representação política não é diferente! Trata-se de um estágio “[...] de profunda transformação sistêmica na qual a representação democrática conhece um desgaste particular e profundo, a ponto de não ser mais capaz de responder às expectativas com que foi criada.”¹⁶ É, portanto, o modelo de democracia representativa que está em crise e não a democracia, a despeito de conjecturas sobre a corrosão que está sofrendo¹⁷, sobre sua morte¹⁸ e o prenúncio de seu fim.¹⁹

A democracia pressupõe liberdade política e possui funções que a identificam, como por exemplo, a participação política do cidadão, a defesa dos direitos fundamentais, a necessidade de transparência da Administração Pública, a prestação de contas do gestor público. Na perspectiva da Teoria dos Sistemas de Luhmann, a função vem antes mesmo do próprio conceito, porque a rigor é através da função que se estabelece a diferenciação e o conceito resulta justamente da diferenciação. Assim, o conceito de democracia pode se estabilizar e desestabilizar a partir das funções produzidas por ela.²⁰ Dessa forma, as funções, além de estabelecer a diferenciação e, por consequência, assegurar uma identidade própria à democracia, são responsáveis pela definição de sua estabilização.

Para Niklas Luhmann a democracia, numa sociedade complexa e diferenciada, é um modelo de funcionamento do sistema da política,²¹ porque integra o sistema da sociedade e serve de instrumento para a

16 NOGUEIRA, Marco Aurélio. Representação, crise e mal-estar institucional. *Sociedade e Estado. Brasília*, v. 29, n. 1, p. 92, Apr. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v29n1/06.pdf> Acesso em: 25.Abr.2019.

17 MOUNK, Yasha. O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução Cassio de Arantes Leite e Débora Landsberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

18 Levitsky, Steven.; Ziblatt, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.m n

19 GHÉHENNO, Jean-Marie. *O fim da democracia: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio*. Tradução Howard Maurice Johnson e Amaury Temporal, 2.ª edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

20 LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação*. Tradução Anabela Carvalho; Seleção e apresentação de João Pissara, 4.ª ed. Lisboa: Vega, 2006.

21 LUHMANN, Niklas, *Stato di Diritto e Sistema Sociale*, Napoli: Guida Editori, 1978

resolução de problemas operacionais num ambiente complexo e contingente, respectivamente, em “[...] que existem mais possibilidades do que se pode realizar” e “[...] as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas.”²² Para o autor, a política democrática não é meio de legitimação das decisões, porque para ele o processo democrático tem “[...] que incluir mecanismos que possibilitem supor que os atingidos pelas decisões as assimilem, ou seja, que eles incorporem as decisões como premissas do seu comportamento subsequente”²³. Portanto, “[...] a legitimidade institucional não reside numa derivação valorativa nem na disseminação factual do consenso consciente, mas sim na possibilidade de se supor a aceitação.”²⁴

A solução dos problemas via representação política somente se torna possível, quando esta adquire materialidade sistêmica, portanto, devidamente institucionalizada, com base num conjunto de regras e instituições, o que forçosamente acompanha as transformações da sociedade²⁵. As sociedades contemporâneas tornaram-se altamente complexas, cujo processo se mantém e se aprofunda cada vez mais, o que potencializa os eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, portanto, construídos socialmente, com base em múltiplos discursos responsáveis pela organização o engajamento para as ações no âmbito do sistema da política, que precisa dar conta da difusão de interesses, que vão muito além da divisão simplista entre interesse público e privado.

Os interesses privados e os públicos aumentam à medida que a sociedade se torna mais complexa e, por consequência, se diferencia funcionalmente abrindo novas possibilidades. Pois é neste contexto que a democracia veio coevoluindo juntamente com a noção de Estado de Direito e de Constituição e todo o seu instrumental, inclusive a representação política. A prova disto é que a concepção originária de Estado de Direito foi se modificando na medida em que incorporou novos elementos, como por exemplo, o democrático e todo o seu instrumental, cujo processo é contínuo e circular o que leva à conclusão de que a estabilidade engessada é uma ficção.

22 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45

23 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, vol. 2, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983, p. 64.

24 *Ibidem*, p. 64.

25 NOGUEIRA, Marco Aurélio. Representação, crise e mal-estar institucional. *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 29, n. 1, p. 92, Apr. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v29n1/06.pdf> Acesso em: 25.Abr.2019.

No contexto do processo evolutivo do sistema da política, a rigor não existe estabilização com o significado de imutável, mas de permanente reestabilização das decisões e das instituições e, por consequência dos instrumentos de realização da democracia, por exemplo, dado que o sistema seleciona contingencialmente no ambiente as informações que lhe fazem sentido e, depois de processadas internamente através de seus programas, reintroduz no ambiente, não as mesmas informações anteriormente selecionadas, mas outras informações e assim sucessivamente, alcançando o status de sistema autopoieticos. Dessa forma o sistema vai se retualizando permanentemente e incorporando novos instrumentos, como por exemplo, a democracia participativa ou direta, sem que a democracia representativa desapareça por completo.

Não se pode esquecer que própria concepção de democracia e de representação política também são frutos da evolução social no contexto do Estado de Direito, que também é uma aquisição evolutiva, assim como é a constituição.²⁶ O processo evolutivo da democracia, na perspectiva da teoria da evolução luhmanniana, é o efeito da ação conjunta de três mecanismos, que são: a geração de variedade, que se caracteriza pela superprodução de possibilidades, o que permite a diferenciação; a seleção das possibilidades aproveitáveis, para efeito de tomada de decisões e, por fim, a manutenção e a estabilização, que pode ser traduzido pela solução dos problemas.

Dessa forma pode-se conjecturar que a crise da democracia representativa é efeito da própria evolução do sistema da política, que atinge o modelo concebido originalmente na perspectiva liberal. Talvez seja possível exemplificar esta afirmação através do Poder Legislativo, concebido originariamente para ser a caixa de ressonância da democracia, na qual as demandas da sociedade deveriam repercutir, porque definido como o espaço público por excelência. Todavia, o mundo mudou, as sociedades ficaram mais complexas e os parlamentos neste momento estão “[...] perturbados pelas circunstâncias gerais da vida e por suas repercussões que passam a ter cada vez mais dificuldades operacionais, políticas e institucionais para cumprir suas funções.”²⁷

26 LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.) et alli. Il Futuro Della Costituzione. Torino: Einaudi, 1996.

27 NOGUEIRA, Marco Aurélio. Representação, crise e mal-estar institucional. *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 29, n. 1, p. 91, Apr. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v29n1/06.pdf> Acesso em: 25.Apr.2019.

Este cenário estabelece um paradoxo, porque ao mesmo tempo que os parlamentos são condição imprescindível para a democracia, eles não conseguem mais dar conta de maneira eficaz e eficiente à função para a qual foram concebidos, porque se encontram “[...] com poucas folgas para deliberar livre e produtivamente, para estabilizar de modo eficiente seu curso e para ajudar a compor o consentimento político e a legitimidade.”²⁸ Isto porque, estão “[...] comprimidos entre o decisionismo governamental e as exigências incansáveis do mercado, de um lado, e as pressões, a fragmentação e o espontaneísmo social, de outro.”

Neste ambiente fragmentado e difuso, permeado por interesses privados e públicos, os representantes eleitos nem sempre conseguem atuar em conformidade com os anseios do eleitor e, além disso, às vezes defendem interesses que nem sempre são públicos. Esta falta de conexão entre a vontade do eleitor e o exercício da representação política pelo eleito é “[...] observado nos países da América Latina, o que está associado ao reducionismo democrático”.²⁹ Este reducionismo está assentado na premissa de que a democracia existe quando a vontade do povo é ouvida e obedecida³⁰, o que requer uma relação de pertinência lógica entre o querer do eleitor e o agir do eleito.

Todavia isto é impossível de ser alcançado no contexto de uma sociedade altamente complexa onde o cidadão e os políticos estão envolvidos tramas relacionadas com interesses difusos, o que dificulta inclusive a identificação dos interesses do eleitor. A representação política na concepção liberal pressupõe partidos políticos capazes de compreender a complexidade social e colocar à disposição da sociedade opções político-ideológicas. Todavia, o que se tem verificado contemporaneamente é uma fragmentação político-partidária, que apresenta um quadro ideológico difuso, algumas vezes identificados com interesses de determinadas pessoas ou grupos, sem falar nos políticos midiáticos o que contribui para uma atuação representativa volátil.

Outro fator que tem contribuído para a descrença dos eleitores em relação a seus representantes é a corrupção, dado que ela adquiriu funções sistêmicas e passou a integrar, não apenas as relações econômicas nacionais, mas também as internacionais, se apresentando como uma

28 Ibidem, p. 91

29 GUSSI, Evandro Herrera Bertoni. *A representação política*. Tese de doutorado. USP, 2009, p.69. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21082009-094450/. Acesso em 20.Abr.2019.

30 Ibidem, p. 69

verdadeira patologia corruptiva³¹. E um dos efeitos da corrupção é o enfraquecimento das instituições democráticas, em face da perda da confiança nos agentes públicos, especialmente quando ela permeia toda a esfera pública, atingindo a todos os Poderes do Estado. Deste cenário resulta um paradoxo importante: a democracia precisa ser fortalecida para o combate à corrupção, porém, quanto mais ela se propaga, menor é a expectativa normativa do povo acerca do fortalecimento da democracia.

Todavia, se considerarmos o sistema da política como autopoiético, a solução pode estar contida na sua própria dinâmica evolutiva, desde que haja um aumento da complexidade e a conseqüente potencialização de comunicações ofertando informações diferentes. O inverso possivelmente não contribuiria para a solução, porque diminuiria os eventos que pudessem contribuir para qualificar a política. Isto porque quanto maior a variação de informações no ambiente, maior é a possibilidade de seleção de informações, que são a “matéria prima” para o processamento e a tomada de decisão pelas organizações que integram o sistema. É assim que surgiram as contraposições entre a democracia eleitoral e a democracia substantiva, a contraposição entre a democracia representativa e a participativa, além de novos instrumentos, como por exemplo, as mídias digitais.

3 A Administração Pública Democrática e as Formas de Controle

A Administração Pública coevoluiu juntamente com a noção de Estado de Direito, no contexto evolutivo que rompeu com o Absolutismo e aos poucos foi estabelecendo um regime jurídico especial, agregando novos valores, notadamente o democrático e, aos poucos, foi deixando de ser o instrumento de gestão dos interesses do Estado³², para se tornar contemporaneamente uma interface entre a sociedade e do Estado, com ênfase para a concretização dos direitos fundamentais³³. No contexto da coevolução fica clara a relação entre a Administração Pública e

31 LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: causas, conseqüências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

32 CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

33 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 8.ª edição, revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

o Poder Político e que ambos precisaram se adaptar constantemente às distintas formas de governo conhecidas pela humanidade.³⁴

A evolução da sociedade, do Estado e da Administração Pública rompeu com os paradigmas típicos do Estado Liberal, que se caracteriza pela postura passiva do cidadão, em face da representação política, para uma postura ativa, com fundamento no Princípio da Subsidiariedade Horizontal, que impõe uma mudança conceitual e estrutural da figura do cidadão em relação à Administração Pública, o qual passa à condição de titular de deveres e direitos constitutivos da própria Democracia, do Estado e da Administração Pública, o que retira da Administração Pública o monopólio da tutela do interesse público, que passa a ser compartilhado com os cidadãos.³⁵ Para ser democrática a Administração Pública precisa estar em sintonia com os princípios estruturantes³⁶ do Estado Democrático de Direito, os compromissos constitucionais atribuídos ao Estado e a concretização dos direitos fundamentais³⁷.

A Constituição brasileira apresenta um conjunto de princípios e objetivos fundamentais que estruturam a Administração Pública numa perspectiva democrática, com destaque para a cidadania e a dignidade da pessoa humana e assume compromissos para com a sociedade, baseados nos objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização, assim como a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e, ainda, os direitos fundamentais, de cuja centralidade, além da proteção dos direitos na sua dimensão subjetiva, possuem um ângulo objetivo que consagram a ordem objetiva de valores essenciais à sociedade, de sorte que deste tríduo se irradiam efeitos objetivos para todo o ordenamento jurídico.

34 BECERRA, Augusto Hernández. Derecho Administrativo, Estado de Derecho y Estado Social de Derecho, In: *Función social de la administración/Juan Carrlos Cassagne y otros* – Edición Jaime Rodrigues Araña y otros, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 159-186.

35 LEAL, Rogério Gesta. *A participação Social na Administração Pública brasileira: perspectivas exploratórias da função política, social e jurídica de uma Administração Pública compartilhada no Brasil*, in: *Función social de la administración/Juan Carrlos Cassagne y otros* – Edición Jaime Rodrigues Araña y otros, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 476-492.

36 GARCIA FILHO, José Carlos. *Serviço público e direitos fundamentais*, in: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 11-32.

37 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 8.ª edição, revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho, o estado de direito é um estado constitucional, o qual pressupõe uma constituição normativa que estrutura toda a ordem jurídica fundamental, que vincula a todos os poderes públicos, conferindo-lhes a medida e a força.³⁸ Neste contexto a Administração Pública tem o compromisso de assumir o papel central na condução da resolução das demandas sociais, porém de acordo com uma postura democrática, por força da qual, precisa manter um diálogo permanente com a sociedade, num espaço de codireção e equilíbrio de acordo com uma nova forma de governança orientada por uma lógica sistêmica em que a cooperação passa a ter uma função mais importante do que a hierarquia e, com isto “[...] aumentar a capacidade de ação do Estado na implementação de políticas, mediante estruturação de sistemas, mecanismos e procedimentos para lidar com a dimensão participativa e plural.”³⁹

Esta nova postura da Administração Pública requer, também, a democratização das bases do direito administrativo, substituindo a orientação marcada pela supremacia do interesse público pela supremacia dos direitos fundamentais, com ênfase na cidadania, porque “[...] a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantias dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”.⁴⁰ Assim, para Odete Medauar⁴¹ as transformações da sociedade e do Estado requerem a realização de uma espécie de controle de validade das concepções tradicionais do Direito Administrativo, porque muitas delas não estão em consonância com a concepção democrática de Administração Pública.

Ainda que não haja lugar para a prescindibilidade da representação política, a cidadania, nos atuais Estados democráticos, não se satisfaz apenas com a possibilidade de participação nas eleições para o legislativo e para o executivo, por isso vem exigindo a reformulação do próprio conceito de democracia, com a adoção de técnicas diretas de participação democrática e, com isto, abrindo espaços para atuar, direta e indiretamente, no território estatal.⁴² A democracia participativa para J. J. Gomes Canotilho requer a estruturação de processos que sejam capazes de tornar

38 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 15ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003.

39 PROCOPIUCK, Mário; FREY, Klaus. *Governança e redes em políticas públicas de caráter público*. Disponível em: < <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/EnAPG187.pdf> > . Acesso em 26.Abr.2019.

40 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 130.

41 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

42 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O cidadão, a administração pública e a nova constituição*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 27, n. 106, p. 82-83, abr./jun. 1990.

efetivas as possibilidades do cidadão “[...] de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos.”⁴³

Nos Estados Democráticos contemporâneos, o cidadão tem o direito ao bom governo e à boa administração, baseado no ideário de que a Administração Pública deve agir de forma democrática e transparente, prestar contas de suas ações, motivar as suas decisões, eleger políticas públicas de forma democrática e em sintonia com os princípios, objetivos e direitos fundamentais. Para Rodrigues-Araña Muñoz é fundamental que no Estado de Direito que os gestores públicos, políticos e administrativos, “[...] se habitúen a la rendición de cuentas sobre sus decisiones y, sobre todo, que el poder se ejerza desde da explicación, desde la razón, desde la luz, desde la transparência, desde la motivación e la posición que se tiene desde arriba.”⁴⁴

É que a cidadania pode desempenhar uma função importante, que é o controle social da Administração Pública, exigindo que os governantes e administradores da coisa pública prestem contas, justifiquem as razões de suas ações comissivas ou omissivas. Da etimóloga da palavra República é possível extrair o significado de bem público, de interesse público entre outros, como forma de diferenciar as coisas e os interesses privados. “Com o advento do Estado de Direito entronizam-se o controle da Administração Pública e a prestação de contas pelos agentes públicos que administram os interesses, bens e valores da coletividade.”⁴⁵

O controle constitui um dos cinco princípios primordiais da administração, de tal forma que a sua inexistência ou deficiência tem reflexos negativos nas demais funções (planejamento, organização, direção e coordenação), resultando na ineficácia e ineficiência da organização. Representa por um lado, o dever de agir e, por outro, o poder de executar permanentemente inspeções, registros, exames, através de órgãos internos e externamente pelos Poderes Legislativo, Judiciário e pela própria sociedade, baseado Montesquieu, para o qual, o poder somente pode ser limitado e controlado pelo próprio poder, com vistas a [...] garantir a

43 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 15ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003, p. 288

44 RODRIGUES-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El buen Gobierno y la Buena Administración de instituciones Públicas*: adaptado a la Ley 5/2006 de 10 de abril, 1ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 38.

45 MOURÃO, Licurgo; FERREIRA, Diogo Ribeiro e PIANCASTELLI, Sílvia Motta. *Controle democrático da administração pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.25.

atuação da Administração em conformidade com os padrões fixados pelo ordenamento jurídico.”⁴⁶

No Brasil a Constituição estabelece um sistema de controle que pode ser classificado inicialmente como interno e externo. O primeiro é exercido no interior de cada Poder, através de seus mecanismos de controle e, o segundo, é exercido pelo Poder Legislativo, de natureza política, com o auxílio dos Tribunais de Contas, de cunho técnico-jurídico; pelo Poder Judiciário, que faz o controle de legalidade e de mérito e, também, pelo controle social, através de mecanismos de atuação da sociedade. A Administração Pública, como de resto toda a atuação estatal subordina-se à supremacia da Constituição, em especial ao tríduo, princípios, objetivos e direitos fundamentais, de onde se irradiam efeitos objetivos para toda a ordenação política e jurídica, inclusive os mecanismos de controle.

O artigo 70 da Constituição Federal preconiza que “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Em seu parágrafo único, impõe a obrigatoriedade de prestação de contas “[...] qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gereencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”⁴⁷

O controle da Administração Pública, compreende, portanto um conjunto de mecanismos jurídicos através dos quais é exercido o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder⁴⁸, com a finalidade de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, [...]; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.⁴⁹ O controle da Administração Públi-

46 SOUZA, Patrícia Cardoso Rodrigues de. Controle da Administração Pública. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso Prático de Direito Administrativo*. 2 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 560.

47 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 28.Abr.2019.

48 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 808

49 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 20 ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 670.

ca é instrumento garantia tanto para a cidadania como para a própria Administração Pública.

Com base na Teoria dos Sistemas pode-se dizer que a Administração Pública é um sistema organizacional autopoietico, composto por decisões, que gera seus próprios elementos, os quais definem suas relações com o entorno, além de tornar compreensíveis as decisões.⁵⁰ O controle, por sua vez, se caracteriza por um exame crítico da decisão tomada anteriormente e, neste sentido, é a substituição de uma decisão por outra, a partir da auto-observação do próprio sistema, sempre numa perspectiva procedimental⁵¹, no qual estão incluídas todas as formas instituídas de controle, inclusive o social, que significa um controle sobre ela mesmo e seus interesses. Há um acoplamento estrutural entre o sistema administrativo e o sistema do direito, do qual surgem estruturas especializadas na revisão de outras decisões, as quais podem substituir uma decisão por outra, além de levantar alternativas possíveis.⁵²

Não existem dúvidas acerca da institucionalização sistêmica do controle das decisões tomadas pela Administração Pública democrática. Todavia, as formas tradicionais de controle estão em crise porque não conseguem dar conta da complexidade atual decorrente das mutações da sociedade, do Estado e do mercado. Em boa parte, as mutações são efeitos das disrupções provocadas pela era digital, que modificou ou está modificando estruturas e institutos até a bem pouco tempo consolidados. Tudo isto está provocando alterações no fluxo das comunicações com reflexos significativos na forma de relacionamento da Administração Pública com a cidadania, o qual permite um acoplamento entre o controle social digital e as decisões da Administração Pública.

4 O Controle Democrático da Administração Pública via Mídias Sociais

As alterações no fluxo das comunicações entre a Administração Pública e a cidadania, para efeitos de controle, têm implicações quantitativas e qualitativas. Existe um conjunto substancial de informações oriundas da

50 LUHMANN, Niklas. Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo; introducción de Dario Rodríguez Mansilla, Rubi (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

51 Ibidem

52 BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17652.

Administração Pública que estão disponíveis para a cidadania, facilitado pelos instrumentos digitais e a tendência é que este fenômeno continue a se incrementar à medida que a capacidade de produção e armazenamento das informações vem aumentando significativamente. Contudo, não basta a disponibilização quantitativa, se elas não forem compreensíveis para o cidadão, por isto, a comunicação precisa ter qualidade suficiente para ser entendida, porque a comunicação é uma forma específica de processar o sentido⁵³. Então se a informação da Administração Pública não tiver a qualidade suficiente para entender o sentido dela, a comunicação com a cidadania fica prejudicada.

Por outro lado, a cidadania também precisa estar qualificada para poder interpretar as informações que a Administração Pública disponibiliza no ambiente, porque sem isto o controle não se realiza, dado que controlar significa substituir uma decisão por outra, porque é examinada a decisão pretérita. Por isto a instituição do controle social gera expectativas de expectativas, pois as comunicações da Administração Pública geram expectativas na cidadania e as comunicações de controle social geram expectativas para a Administração Pública. Por isso a necessidade de institucionalizar formas comunicativas inteligíveis, o que permite uma comunicação rápida, precisa e seletiva.⁵⁴

Trata-se de uma dupla contingência porque a Administração Pública não sabe como a cidadania reagirá em resposta à decisão administrativa, que será objeto de controle e a cidadania não sabe como a Administração Pública vai reagir em face da decisão controladora. Isto ocorre porque ambos, Administração Pública e cidadania, dispõem de múltiplas alternativas de atuação e liberdade para escolher alternativas de atuação. As expectativas criam-se sempre em face do outro, gerando expectativa de expectativas, “porque o comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro.”⁵⁵

Do ponto de vista da Teoria dos Sistemas o controle social não significa um controle do cidadão, na condição de pessoa natural, tomando

53 LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo; introducción de Dario Rodríguez Mansilla*, Rubi (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

54 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p.80

55 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 47

decisões controladoras, mas a própria sociedade organizada e institucionalizada no interior do sistema social, que toma decisões de acordo com os seus programas, em face de decisões administrativas pretéritas. Isto porque para Luhmann a sociedade não é constituída de pessoas, mas de comunicações, pois as pessoas fazem parte do entorno. Assim, “La reproducción de comunicación mediante comunicación es algo que se lleva a cabo en la sociedad. Todas las otras condiciones (físicas, químicas, orgánicas, neurofisiológicas y mentales) son condiciones del entorno.”⁵⁶

Uma parcela das comunicações envolvendo a dupla contingência entre a Administração Pública e a cidadania, relacionadas ao controle das decisões da Administração Pública, estão fortemente impactadas pela inovação tecnológica, que podem ser colocadas sob dois prismas: o controle exercido pelos próprios órgãos de controle e o controle exercido diretamente pela população.⁵⁷ Se por um lado parece ser bastante evidente que as novas tecnologias, sintetizadas nas mídias sociais, potencializam substancialmente o instrumental para o controle das decisões da Administração Pública pela sociedade, por outro, parece que ainda não está claro o limite e as possibilidades deste controle.

Parece que a efetiva participação, quantitativa e qualitativa, da sociedade brasileira no controle da Administração pública, passa não apenas pela organização da infraestrutura tecnológica, que permite compartilhamento e interoperabilidade, mas também pela transformação cultural da Administração Pública, o implemento de política pública de governança digital e mudança cultural da sociedade. A despeito da rede mundial de computadores, propiciar a conexão entre a Administração Pública e a sociedade, assim como a interoperabilidade entre os múltiplos órgãos públicos, isto não é suficiente para uma gestão pública transparente, democrática e eficiente do ponto de vista dos compromissos constitucionais assumidos pelo Estado.

A Administração Pública enquanto “conjunto de entes e organizações titulares da função administrativa”⁵⁸ precisa consolidar uma postura democrática e transparente, que torne possível não apenas o acesso às informações, mas a disponibilização qualificada das informações, para que

56 LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2007, p. 3

57 JORDÃO, Eduardo. A relação entre inovação e controle da Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 133-146, abr/jun, 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i72.928

58 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 8.ª edição, revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.225

a cidadania possa conhecer não apenas a decisão, mas os efeitos que ela gera para a sociedade. A prestação de contas da Administração Pública vai além de tornar público informações de natureza econômico-financeira, mas também os benefícios, malefícios ou riscos que a decisão pode trazer para a sociedade, visto que as decisões precisam estar em sintonia com os princípios, objetivos e direitos fundamentais. São, portanto, as diretrizes e os valores constitucionais que impõem à Administração pública uma cultura democrática e transparente da função pública, afastando a ideia de que ela é instrumento de realização dos interesses do Estado.

Isto porque a Constituição Federal de 1988, ao instaurar o Estado Democrático de Direito, adotou um conjunto de princípios fundamentais e assumiu compromissos para com a sociedade, baseados nos objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização, assim como a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e, ainda, os direitos fundamentais, de cuja centralidade, além da proteção dos direitos na sua dimensão subjetiva, possuem um ângulo objetivo que consagram a ordem objetiva de valores essenciais à sociedade, de sorte que deste tríduo se irradiam efeitos objetivos para todo o ordenamento jurídico.

O Governo federal no ano de 2016, por meio do Decreto nº 8.638, de 15 de janeiro de 2016, instituiu a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal, com a finalidade de gerar benefícios para a sociedade mediante o uso da informação e dos recursos de tecnologia da informação e comunicação na prestação de serviços públicos; estimular a participação da sociedade na formulação, na implementação, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas e dos serviços públicos disponibilizados em meio digital; e assegurar a obtenção de informações pela sociedade, observadas as restrições legalmente previstas.

A Política de Governança Digital instituída é orientada os seguintes princípios: foco nas necessidades da sociedade; abertura e transparência; compartilhamento da capacidade de serviço; simplicidade; priorização de serviços públicos disponibilizados em meio digital; segurança e privacidade; participação e controle social; governo como plataforma; e inovação. Dentre as diretrizes que orientam o planejamento e a execução de programas, projetos e processos relativos à governança digital, destaca-se a

previsão de que serão oferecidos canais digitais de participação social na formulação, na implementação, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas e dos serviços públicos disponibilizados em meio digital e que os dados serão disponibilizados em formato aberto, amplamente acessível e utilizável por pessoas e máquinas, assegurados os direitos à segurança e à privacidade.

O referido decreto dispõe ainda, que cabe ao governo editar a Estratégia de Governança Digital - EGD da administração pública federal, onde ficarão definidos os objetivos estratégicos, as metas, os indicadores e as iniciativas da Política de Governança Digital, a qual norteará programas, projetos, serviços, sistemas e atividades a ela relacionados. No documento elaborado referente aos anos 2016-2019⁵⁹, o objetivo estratégico de participação social, prevê o Incentivo a participação da sociedade em todo o ciclo de políticas públicas. Isto envolve permitir a interação direta dos cidadãos com o governo para expressar suas demandas, acompanhar a implantação das políticas, bem como avaliar o impacto destas.

As mídias sociais alteraram o comportamento da sociedade nas suas relações intersubjetivas, possibilitando comunicações em tempo real, independentemente da localização, desde que possível o acesso à internet, o que promoveu uma quebra nas formas tradicionais de relacionamento. A consolidação das plataformas digitais igualmente promoveu disrupções nas formas tradicionais de relacionamento entre o cidadão e a Administração Pública. A ampliação e o acesso às mídias sociais proporcionaram ao cidadão interagir com a Administração Pública, acessando informações e serviços públicos, o que somado à deficiência do controle via representação política, está levando o cidadão a assumir uma nova postura diante da Administração Pública.

5 Conclusão

O tema da investigação é objetivo geral da investigação era esclarecer se no contexto da crise da democracia representativa e, por consequência, a qualidade do controle político exercido pelo Poder Legislativo, as mídias sociais podem servir como instrumento de controle social da

59 Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Estratégia de Governança Digital da Administração Pública Federal 2016- 19 / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Tecnologia da Informação. -- Brasília: MP, 2016. Disponível em: < <https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/Estrategia-de-Governanca-Digital.pdf> > Acesso em: 28.Abr.2019.

Administração Pública. Para tanto, o problema se propunha examinar se as mídias sociais podem servir como instrumento de controle social da Administração Pública.

O cenário investigativo foi o Estado Democrático de Direito e o referencial teórico, a Teoria dos Sistemas de Luhmann e, nesta perspectiva pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito é uma aquisição evolutiva decorrente da especialização funcional dos sistemas da política e do direito, o qual confere autonomia aos dois sistemas, reconhecendo-os como diferenciados funcionalmente e autopoieticos. Neste contexto, a política é a esfera da tomada de decisões vinculantes à coletividade e o Direito a esfera geradora de expectativas comportamentais generalizadas congruentemente.

No seu processo evolutivo a democracia vai sofrendo mutações, o que atinge também, o próprio conceito de representação política que passa por mutações na contemporaneidade, o que gerou o esgotamento do modelo de representação política tradicional repercutindo nas formas de controle da Administração Pública, abrindo espaço para outras formas, dentre as quais, a forma direta com base no princípio da democracia participativa. Assim, o cidadão deixa de lado a postura passiva e assume uma postura ativa, modificando a relação entre a cidadania e a Administração Pública.

Com base na Teoria dos Sistemas pode-se dizer que a Administração Pública é um sistema organizacional autopoietico e o controle como um exame crítico da decisão tomada anteriormente, mediante a substituição de uma decisão por outra, numa perspectiva procedimental. Há um acoplamento estrutural entre o sistema administrativo e o sistema do direito, por força do qual surgem estruturas especializadas na revisão de outras decisões, as quais podem substituir uma decisão por outra, além de levantar alternativas possíveis.

A despeito da existência de um conjunto substancial de informações oriundas da Administração Pública disponíveis para a cidadania, facilitado pelos instrumentos digitais, a eficiência do controle social através das mídias sociais ainda precisa ser incrementada, à medida que não basta a disponibilização quantitativa de informações, se elas não forem compreensíveis para o cidadão, porque a comunicação é uma via de mão dupla. A prestação de contas da Administração Pública vai além de tornar público informações de natureza econômico-financeira, é impositivo que ela informe de forma honesta os benefícios, malefícios ou riscos que

a decisão pode trazer para a sociedade, visto que as decisões precisam estar em sintonia com os princípios, objetivos e direitos fundamentais.

E por fim, entende-se que é necessário implementar uma política pública de controle social global, porque além de institucionalizar instrumentos de controle social uniformes para todo o território nacional, independentemente da esfera estatal, contribuirá, também, para a superação da cultura tradicional de relacionamento entre a cidadania e a Administração pública por uma cultura de responsabilização da cidadania com a tomada de decisões da Administração Pública. Mas tudo isto passa, também, por uma atualização do Direito Administrativo e a sua função instrumental com a finalidade de democratizar e tornar mais eficiente a Administração Pública.

Referências

- ARRUDA, José Maria. *Paradoxos da democracia no liberalismo: Crítica à concepção liberal de Estado de Direito a partir de Carl Schmitt*. Disponível em: [doi:10.7443/problemata.v2i1.10371]. Acesso em: 20.abr.2019.
- BECERRA, Augusto Hernández. “Derecho Administrativo, Estado de Derecho y Estado Social de Derecho”, in: *Función social de la administración/Juan Carlos Cassagne y otros – Edición Jaime Rodrigues Araña y otros, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p.159-186.*
- BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. “Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde”, in: *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17652.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Brasiliense, 2005.
- _____. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 28.Abr.2019.
- _____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Estratégia de Governança Digital da Administração Pública Federal 2016- 19* / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Tecnologia da Informação. -- Brasília: MP, 2016. Disponível em: <

- <https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/Estrategia-de-Governanca-Digital.pdf> > Acesso em: 28.Apr.2019.
- _____. *Decreto n.º 8.638, de 15 de janeiro de 2016* (Institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8638.htm> Acesso em: 28.Apr.2019.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 15ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.
- CLÊVE, Clèmerson Merlin. “O cidadão, a administração pública e a nova constituição”, in: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 27, n. 106, p. 82-83, abr./jun. 1990.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 20 ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.
- GARCIA FILHO, José Carlos. “Serviço público e direitos fundamentais”, in: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 11-32.
- GHÉHENNO, Jean-Marie. *O fim da democracia: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio*. Tradução Howard Maurice Johnson e Amaury Temporal, 2.ª edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- GIORGI, Raffaele de. *Direito, Democracia e Risco - Vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.
- GUSSI, Evandro Herrera Bertoni. *A representação política*. Tese de doutorado. USP, 2009, p.69. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21082009-094450/. Acesso em 20.Apr.2019.
- JORDÃO, Eduardo. “A relação entre inovação e controle da Administração Pública”, in: *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, nº 72, p. 133-146, abr./jun,2018. DOI: 10.21056/aec.v18i72.928
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8.ª edição, revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- LEAL, Rogério Gesta. “A participação Social na Administração Pública brasileira: perspectivas exploratórias da função política, social

- e jurídica de uma Administração Pública compartilhada no Brasil”, in: *Función social de la administración*/Juan Carlos Cassagne y otros – Edición Jaime Rodrigues Araña y otros, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 476-492.
- _____. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.
- LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LUHMANN, Niklas. *Stato di Diritto e Sistema Sociale*. Napoli: Guida Editori, 1978.
- _____. “A Constituição como Aquisição Evolutiva”, tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto de “La costituzione come acquisizione evolutiva”, in: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). *et alli. Il Futuro Della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.
- _____. *A improbabilidade da Comunicação*. Tradução Anabela Carvalho; Seleção e apresentação de João Pissara, 4.^a ed. Lisboa: Vega, 2006.
- _____. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2007.
- _____. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*; introducción de Dario Rodríguez Mansilla, Rubi (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.
- _____. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander e JAY, John. *Os artigos federalistas 1787-1788*: Edição Integral. Apresentação Isaac Kramnick. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Título original: *The Federalist Papers*, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S.A., 1987.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MONTESQUIEU, Charles de Second, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

- MOUNK, Yasha. *O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Tradução Cassio de Arantes Leite e Débora Landsberg, Companhia das Letras, São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- MOURÃO, Licurgo; FERREIRA, Diogo Ribeiro e PIANCASTELLI, Sílvia Motta. *Controle democrático da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NOGUEIRA, Marco Aurélio. “Representação, crise e mal-estar institucional”, in: *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 29, n. 1, p. 92, Apr. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v29n1/06.pdf> Acesso em: 25.Abr.2019.
- PROCOPIUCK, Mário; FREY, Klaus. *Governança e redes em políticas públicas de caráter público*. Disponível em: < <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/EnAPG187.pdf> > . Acesso em 26.Abr.2019.
- RODRIGUES-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas: adaptado a la Ley 5/2006 de 10 de abril, 1ª ed.* Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução Orlando Roque da Silva. Edição eletrônica. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf> > . Acesso em 20.abr.2019.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOUZA, Patrícia Cardoso Rodrigues de. “Controle da Administração Pública”, in: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso Prático de Direito Administrativo*. 2 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- URBINATI, Nadia; WARREN, Mark E. “The concept of representation in contemporary democratic theory”, in: *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 387-412, 2008.
- VITULLO, Gabriel. “Representação política e democracia representativa são expressões inseparáveis? Elementos para uma teoria democrática pós-representativa e pós-liberal”, in: *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 2. Brasília, julho-dezembro de 2009.

Quarta Revolução Industrial: *Blockchain* e *Smart Contracts* como Instrumentos da Administração Pública Inteligente

Emerson Gabardo*
Renata Carvalho Kobus**

Introdução

As novas tecnologias vêm alterando concepções há muito tempo presentes na sociedade. A interação entre as pessoas tem sido alterada, não somente na geração que já nasceu conectada à internet, mas também nas gerações que somente na adolescência ou na vida adulta tiveram o primeiro contato com a rede mundial de computadores. Novas tecnologias como a *Blockchain* e os *Smart Contracts* devem ser incorporadas pelos entes públicos e são capazes de auxiliá-los a atingirem seus fins sociais, trazendo maior eficiência e dinamismo aos serviços públicos, bem como contribuindo para que a sociedade se sinta mais representada. Alguns bons exemplos dessa adoção podem servir de estímulo para o alavancar da relação entre tecnologia e Estado.

O artigo iniciará com uma breve contextualização acerca das três revoluções classicamente elencadas pelos estudiosos do assunto, fazendo o cotejo com as respectivas quebras paradigmáticas. Ato seguinte, caracterizará a chamada Quarta Revolução Industrial, descrevendo suas peculiaridades e relacionando com os preceitos e atuações esperadas dos entes públicos. Finalmente, a partir de exemplos de incorporação de novas tecnologias, espera-se retratar que, para além de simples meios

* Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Pós-doutor em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

** Professora da Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUC/PR, da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA e da Pós-Graduação em Direito Empresarial da Federação das Indústrias do Paraná – FIEP/PR. Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.

de aperfeiçoamento da gestão, a *Blockchain* e os *Smart Contracts* são necessários para que o Estado cumpra com seus objetivos fundamentais.

1 As Três Revoluções Industriais: a Mescla entre o Progresso e a Catástrofe

As Revoluções Industriais foram essenciais para que a humanidade chegasse ao momento evolutivo atual. Essas revoluções provocaram uma quebra dos paradigmas então vigentes, fazendo que com fosse alterado o modo de vida e a forma de pensar dos indivíduos. Como toda mudança possui aspectos positivos e negativos, a sociedade deve estar preparada tanto para se apropriar dos benefícios, quanto para possuir as medidas adequadas para minimizar os efeitos negativos decorrentes dessas transformações. A título ilustrativo, as três Revoluções Industriais foram essenciais para o desenvolvimento da produção, contudo, também propiciaram a ascensão do trabalho desumanizado e uma maior desigualdade social.

A Primeira Revolução Industrial, que ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1840, possuiu como marcos a criação por James Watt, no ano de 1764, da máquina a vapor (considerada a grande fonte da energia industrial) e a linha de produção em série, a qual foi criada, no ano de 1801, por Marc Brunel.¹ A combinação das novas tecnologias com o novo sistema de linha de produção em série ensejou a criação de grandes fábricas, as quais concentravam centenas de operários, bem como propiciou o surgimento da nova classe de empresários industriais.² Em decorrência dessa viabilização das produções em grandes quantidades, houve a diminuição dos custos de produção e o aumento da obtenção de lucro, além do crescimento das exportações, assim como a obtenção de inovações tecnológicas.³

A Segunda Revolução Industrial começou a partir do ano de 1860 e possuiu como marco a utilização da energia elétrica e do petróleo como novas fontes de energia, enquanto a Terceira Revolução Industrial, iniciada na década de 1960, correspondeu ao processo de automatização da produção, havendo a utilização de outras fontes energéticas,

1 COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197.

2 COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*. Op. cit., p. 198.

3 HUNT, Emery Kay; SHERMAN, Howard. *História do pensamento econômico*. Trad. Jaime Larry Benchimol. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 59.

tais como a nuclear e a solar.⁴ Já a Terceira Revolução Industrial, que é também denominada de Revolução Digital, foi impulsionada pelo desenvolvimento do computador e da *internet*.⁵ São os tempos atuais e sobre os quais torna-se muito difícil fazer uma análise definitiva.

As inovações decorrentes dessas revoluções propiciaram grandes transformações em relação a vários segmentos da sociedade, por modificarem, fundamentalmente, os meios de comunicação, os meios de transporte e a forma de realização da pecuária e da agricultura. As Revoluções Industriais foram de extrema importância, portanto, para a ampliação da visão de mundo dos indivíduos, em razão de terem viabilizado uma grande disseminação de informações – decorrência direta da ampliação tecnológica dos meios de comunicação.⁶

De tal modo, é importante destacar que as Revoluções Industriais não proporcionaram somente a aceleração do crescimento econômico, mas também acarretaram em significativa transformação econômica, tecnológica e social.⁷ Ademais, houve a ampliação da diversidade de produtos colocados à disposição dos indivíduos, o que ocasionou a elevação qualitativa do padrão de vida daqueles que possuíam condições econômicas para o consumo dos novos produtos.⁸

Com as Revoluções Industriais houve o triunfo das grandes empresas, as quais conseguiram fortificar o seu capital com rapidez e contribuir para o progresso da humanidade.⁹ Contudo, ao mesmo tempo em que as Revoluções Industriais proporcionaram vários benefícios para a sociedade, principalmente decorrentes das inovações tecnológicas alcançadas, também acarretaram em aspectos negativos, como novos mecanismos de exploração abusiva do trabalho humano.¹⁰ Nesse diapasão, Karl Polanyi salienta que com as Revoluções Industriais “ocorreu um progresso miraculoso nos instrumentos de produção, o qual se fez acompanhar de uma catastrófica desarticulação nas vidas das pessoas comuns”.¹¹ Mui-

4 BAGNOLI, Vicente. *Direito e Poder Econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 45.

5 SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipiro, 2016, p. 16.

6 BARNES, Harry Elmer. *Historia de la Economía del Mundo Occidental*. Trad. Orenco Munóz. México: Union Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1970, p. 339.

7 HOBBSAWM, Eric John. *Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo*. Trad. Donaldson Magalhães Garschagen. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 33-34.

8 DEANE, Phyllis. *A Revolução Industrial*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 67.

9 RIOUX, Jean Pierre. *A Revolução Industrial: 1780-1880*. Trad. Waldirio Bulgarelli. São Paulo: Pioneira, 1975, p.192.

10 HOBBSAWM, Eric John. *Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo*. Op. cit., p. 79-83.

11 POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 35.

tos dos trabalhadores, ao serem subordinados ou até mesmo trocados pelas máquinas, passaram a viver em condições degradantes de vida, isso porque “foram os de menor poder econômico e político que tiveram que arcar com os sacrifícios”.¹² Esse sacrifício também é verificado pelas mulheres e crianças, as quais, por serem facilmente reduzidas a um estágio de obediência passiva, passaram a trabalhar nas fábricas com jornadas longas e péssimas condições de trabalho.¹³

Além de condições de trabalho muitas vezes desumanas, o salário pago ao trabalhador comum era baixíssimo, sendo incoerente com a força de trabalho despendida. A fim de exemplificar melhor essa exploração por meio de salários irrisórios, nos Estados Unidos, de julho a dezembro de 1933, o salário médio semanal de todas as mulheres que trabalhavam nas indústrias manufatureiras foi de aproximadamente 12 dólares, sendo que das 700.000 mil mulheres que trabalhavam em Nova Iorque, apenas 7% recebiam mais de 60 dólares por semana e, ainda, as mulheres recebiam de 20 a 70% a menos em comparação aos homens.¹⁴

A situação de muitas crianças era ainda pior, pois, por meio dos contratos de aprendizagem, a partir dos 7 anos, eram negociadas como meras mercadorias e, em regra, nada recebiam pelo pagamento das longas e rigorosas jornadas de trabalho, que se prolongavam até não mais aguentarem, durando cerca de 14 a 18 horas diárias.¹⁵ As condições de trabalho degradantes, fundadas em uma exploração desumana, foram decorrência da necessidade de que “as atividades do produtor humano se conformassem aos ritmos e movimentos do processo mecânico”.¹⁶

Denota-se que enquanto parte da população era significativamente beneficiada com as inovações tecnológicas propiciadas pelas Revoluções Industriais, outra parte, no caso os trabalhadores, arcava com os custos sociais desta industrialização, vivendo na miséria e sendo suscetíveis à forte exposição às doenças.¹⁷ Esta abrupta exploração do tra-

12 HUNT, Emery Kay; SHERMAN, Howard. *História do pensamento econômico*. Op. cit., p. 79.

13 A título exemplificativo, a fim de demonstrar essa exploração das mulheres e crianças, no ano de 1830 somente 25 a 30% dos trabalhadores das fábricas de algodão eram homens com mais de 18 anos. Todos os demais eram mulheres e crianças. Cf.: FRIEDLAENDER, Heinrich.; OSER, Jacob. *Historia económica de la Europa Moderna*. Trad. Florentino M. Torner. México: Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 190.

14 BARNES, Harry Elmer. *Historia de la Economía del Mundo Occidental*. Op. cit., p. 604.

15 HUNT, Emery Kay; SHERMAN, Howard. *História do pensamento econômico*. Op. cit., p. 81-82.

16 BEAUD, Michel. *História do capitalismo: de 1500 anos aos nossos dias*. Op. cit., p. 186.

17 ASHTON, Thomas Southcliffe. *A Revolução Industrial*. Trad. Jorge de Macedo. 4. ed. Lisboa: Europa-América, 1977, p. 186-190.

balho humano tendo por finalidade interesses egoísticos e meramente econômicos, até então praticados com fulcro no liberalismo, fez com que parcela da sociedade percebesse a necessidade de intervenção estatal, a fim de que fosse assegurada a liberdade e a justiça. Isso porque, o liberalismo clássico “mostrava-se insensível à sorte dos trabalhadores e combatia todas as iniciativas destinadas a melhorar a condição de vida dos pobres, classificando-as de quixotescas e inconsequentes”.¹⁸

A exploração desenfreada e desumana da classe operária por parte de grandes empresários fez com que surgisse a necessidade de uma repressão por parte do Estado dos abusos que estavam sendo cometidos, a fim de que fosse assegurada a democracia e a soberania estatal. Foi preciso barrar o exercício de um “poder privado sobre o povo, em substituição ao Estado”.¹⁹

Com essa intervenção do Estado, a sociedade continuou usufruindo dos benefícios tecnológicos e houve a minimização dos fatores negativos decorrentes de tais inovações. O Estado foi fundamental para a convivência harmônica do uso da tecnologia com os direitos que permeiam um Estado Democrático de Direito.

2 Administração Pública Inteligente na Era da Quarta Revolução Industrial: a Necessidade de Adaptação

Nos dias atuais, novas tecnologias estão surgindo em um ritmo cada vez mais acelerado, de forma a propiciar à sociedade grandes benefícios. Conseqüentemente, verifica-se, novamente, uma mudança de paradigma na maneira em que as pessoas se expressam e se relacionam umas com as outras, havendo uma remodelação do ambiente em que se vive. Diante do crescimento exponencial de novas tecnologias que impactam na transformação do modo de vida dos indivíduos, Klaus Schwab defende que está iniciando uma Quarta Revolução Industrial, também denominada de Indústria/Revolução 4.0.²⁰ Esta nova Revolução Industrial se iniciou a partir dos anos 2000, sendo caracterizada pela expansão digital, marcada pelo acesso rápido, móvel e integrado da *internet* e de outros aparelhos eletrônicos, pela inteligência artificial, pela aprendizagem automatizada e utilização de máquinas inteligentes.

18 HUNT, Emery Kay; SHERMAN, Howard. *História do pensamento econômico*. Op. cit., p.100.

19 COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*. Op. cit., p. 97.

20 SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Op. cit., p. 16.

As principais novas tecnologias da Indústria 4.0 são: a inteligência artificial, a robótica, a biotecnologia, a neurotecnologia, a *blockchain*, a *internet* das coisas e as impressões em três dimensões (3D).²¹

Essa Quarta Revolução Industrial é marcada pela fusão e integração de tecnologias físicas, biológicas e digitais, as quais são difundidas de forma rápida e ampliada, havendo um ciclo de formação de novas inovações tecnológicas por recentes inovações. Portanto, tecnologias que acabaram de surgir geram, em um estreito espaço de tempo, tecnologias ainda mais novas. Essa liquidez do tempo, conforme suscita Zygmunt Bauman,²² é uma das principais características da sociedade pós-industrial.

Klaus Schwab assevera que, diferentemente das revoluções industriais anteriores, que foram marcadas pela linearidade, a Quarta Revolução Industrial está evoluindo em um ritmo exponencial, o que é resultado de um mundo interconectado e multifacetado, no qual as novas tecnologias propiciam, rapidamente, o surgimento de tecnologias ainda mais novas e qualificadas. O novo momento possui como características principais: 1. a velocidade, devido ao seu ritmo exponencial e não linear; 2. a amplitude, pois conecta várias tecnologias ocasionando em uma mudança de paradigma nunca antes verificada; e 3. o impacto sistêmico, uma vez que está transformando toda a sociedade.²³

Essa Indústria 4.0, fundada na combinação de tecnologias, está produzindo uma mudança de paradigma sem precedentes na história, uma vez que além de alterar o “o que” e o “como” os indivíduos fazem

21 Regina Magalhães e Annelise Vendramini de forma bastante didática definem essas principais novas tecnologias: “Inteligência artificial: permite que os sistemas aprendam sem necessidade de programação. É usada na identificação facial e de voz, em veículos autônomos e na automação de processos e serviços. Robótica: produz robôs para automação de atividades a custos decrescentes. Biotecnologia: usa organismos vivos na produção de medicamentos, nutrientes químicos, combustíveis e materiais diversos. Neurotecnologia: implanta equipamentos eletrônicos nos organismos, com potencial de melhorar o monitoramento da saúde e o tratamento de doenças e de ampliar a capacidade cognitiva. Blockchain: registra transações financeiras em um arquivo digital de forma distribuída, imutável, transparente e auditável. Também pode ter outros usos, como monitoramento de cadeias de fornecimento, de registros e de certificações diversas. Internet das coisas: conecta máquinas, eletrodomésticos, veículos, produtos ou qualquer coisa, inclusive pessoas à internet. É utilizada em diversos setores, na gestão das cidades e nas residências. Impressões em três dimensões: permite a produção de qualquer coisa, com o uso de qualquer material, em um sistema de pequena escala.” Cf.: MAGALHÃES, Regina; VENDRAMINI, Annelise. Os impactos da Quarta Revolução Industrial: o Brasil será uma potência sustentável com condições de capturar as oportunidades que surgem com as mudanças econômicas, ambientais, sociais e éticas provocadas pelas novas tecnologias? Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/74093/71080> > . Acesso em: 24 abr. 2019.

22 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Augusto de Souza Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

23 SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Op. cit., p. 13.

as coisas, é de tamanha profundidade que também está modificando “quem” somos.²⁴

Assim sendo, a Quarta Revolução Industrial está causando uma transformação de sistemas inteiros da sociedade (entre países, empresas e indivíduos), o que justifica o atributo do impacto sistêmico, por meio de uma conexão global, dinâmica e ágil. Ademais, esta sistematicidade é também relativa à interação, cada vez mais constante e intensa, não somente do homem com a máquina, mas também da máquina com o homem e até mesmo da máquina com a máquina, havendo a criação de novas formas de organização do conhecimento, de emoções e de sensações.²⁵

É notório que a sociedade e as novas tecnologias estão coexistindo de maneira cada vez mais profunda. Neste contexto, a velocidade das inovações deve ser acompanhada pela Administração Pública, a fim de que esta faça jus à observância do princípio da eficiência ao invés de se tornar cada vez mais arcaica e sem condições de responder aos anseios sociais. O processo de transformação somente irá beneficiar quem for capaz de se adaptar e de inovar. Desse modo, a Administração Pública deve se adaptar, utilizar e incentivar as inovações tecnológicas, caso contrário, se tornará impraticável e obsoleta e, provavelmente, perderá sua legitimidade. Essa adaptação aos anseios sociais e às novas tecnologias por parte do Poder Público é fundamental, uma vez que a legitimidade do poder depende da sua eficiência na condução dos negócios públicos.²⁶

A impotência do Poder Público nas suas capacidades gestacionais acarreta no declínio de seu poder e legitimidade e na diminuição do seu protagonismo.²⁷ Para que o Estado mantenha seu poder, soberania e legitimidade é essencial que se adapte às inovações tecnológicas. Caso não acompanhe o desenvolvimento, não terá mais condições de exercer com efetividade suas funções e, provavelmente, será substituído,

24 SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Op. cit., p. 13.

25 VOGT, Carlos. A Revolução das Máquinas. In: *Revista Eletrônica de Jornalismo Científico*. Dossiê 195, fev. 2018. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/revolucao-das-maquinas/>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

26 GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do Direito Político*. São Paulo: Manole, 2003, p. 195.

27 PALMA, Luis María. Administração e gestão judiciária em um mundo globalizado: desafios para a América Latina. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia. *Estado, Direito e Políticas Públicas: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Ithala, 2014, p. 42.

mesmo sem sua vontade, por outras instituições tecnológicas e influentes socialmente.

Mesmo diante dos múltiplos benefícios trazidos pela Quarta Revolução Industrial, tais avanços, no âmbito da Administração Pública brasileira, não estão ocorrendo na velocidade e intensidade necessárias, o que é decorrente de um despreparo por parte dos gestores públicos, o que faz com que nosso país se encontre na 80^a posição, no universo de 137 países contidos no *ranking* mundial de competitividade do Fórum Econômico Mundial.²⁸ Observa-se que grande parte dos entes e órgãos públicos resistem à evolução, o que não ocorre no setor privado. Segundo estudo da Associação Brasileira das Empresas de Software – ABES,²⁹ no Brasil o mercado de Tecnologia da Informação – TI (*hardwares*, *softwares* e serviços) cresceu 4,5% no ano de 2017, o que representa um investimento de cerca de 38 bilhões de dólares, tendo ficado no 9º lugar no ranking mundial de investimento em TI.

Conforme salienta Jacques Chevalli a Administração Pública não sabe como, efetivamente, fazer face aos desafios do mundo moderno.³⁰ Aparentemente, uma das saídas será a adoção de um modelo de organização mais aberto e maleável. A melhor forma de realizar tal desiderato pode ser, justamente, o uso das novas tecnologias, as quais são aptas a tornar a atuação do Poder Público muito mais rápida e eficiente, o que pode ser feito, por exemplo, por meio da utilização da tecnologia *Blockchain* e dos *Smart Contracts*.

No mesmo sentido, a utilização de novas tecnologias por parte do Poder Público pode provocar uma significativa diminuição dos gastos públicos com pessoal, pois viabilizaria a extinção de vários cargos públicos. Muitas funções poderão ser desenvolvidas por programas e robôs, os quais são capazes de realizar os serviços de modo mais rápido e eficaz e, a longo prazo, com um custo inferior em relação aos despendidos com a folha de pagamento dos servidores públicos. Isso em tese, pois o Brasil ainda é um país que possui muito menos servidores públicos que

28 PEREIRA, José Matias. Impactos da 4^a Revolução Industrial Tecnológica na Administração Pública. Disponível em: < <https://noticias.unb.br/artigos-main/2055-impactos-da-4-revolucao-tecnologica-na-administracao-publica> > . Acesso em: 25 abr. 2019.

29 ABES. Investimentos em TI no Brasil aumentam 4,5% em 2017. Disponível em: < <http://www.abessoftware.com.br/dados-do-setor/estudo-2018-dados-2017> > . Acesso em: 27 abr. 2019.

30 CHEVALLIER, Jacques. *O serviço público*. Trad. Augusto Neves dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 110.

a média da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.³¹

Outro exemplo de benefício econômico advindo da utilização das soluções tecnológicas é em relação à diminuição de gasto com papel (o que implica em economia financeira e, sobretudo, ganho ambiental). Segundo Jaison Niejues, CEO da “1Doc”, plataforma de comunicação e gestão documental para órgãos públicos, uma prefeitura que atende uma população de 120 mil habitantes pode economizar, em um período de 3 meses, aproximadamente 90 mil impressões em seus processos internos com a adoção de tais soluções tecnológicas.³²

Além de proporcionar uma economia nos gastos decorrentes das atividades rotineiras desempenhadas pela Administração Pública, o estímulo às novas tecnologias fortalece significativamente a economia do país, uma vez que se estima que para cada R\$ 1,00 (um real) produzido pela indústria, R\$ 2,30 (dois reais e trinta centavos) são gerados na economia como um todo.³³

O Brasil precisa se adaptar às transformações decorrentes das novas tecnologias, o que pode ser feito por meio da implantação de políticas públicas, principalmente nos eixos da educação e da inovação. É necessário formar a população para a sociedade do futuro, o que se apresenta como um enorme desafio, uma vez que o país ainda convive com o analfabetismo, sendo necessário reforçar o conhecimento para o domínio das novas tecnologias, caminho imprescindível para incentivar as inovações.³⁴ A importância dessa necessidade de adaptação e de incentivo às novas tecnologias fica bem evidente nas palavras de David Weinberger:

“nós não estamos na Era da Informação. Nós não estamos na Era da *Internet*. Nós estamos na Era da Conexão. Estar conectado é o

31 O Brasil possui cerca de 12% dos seus trabalhadores no setor público, enquanto a média da OCDE é de 21%. Cf.: OECD. Employment in the public sector. In *Government at a Glance 2015*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: < https://doi.org/10.1787/gov_glance-2015-22-en > . Acesso em: 29 abr. 2019.

32 NIEHUES, Jaison. Administração Pública Inteligente. Disponível em: < <https://1doc.com.br/governo/2018/05/24/administracao-publica-inteligente/> > . Acesso em: 27 abr. 2019.

33 PEREIRA, Humberto. Uma indústria em agonia. Disponível em: < http://www.secretariageral.gov.br/estrutura/secretaria_de_assuntos_estrategicos/publicacoes-e-analise/revista-dialogos-estrategicos/revista_volume_2FINAL_020818.pdf > . Acesso em: 24 abr. 2019.

34 Nesse sentido, vide: BUAINAIN, Antônio Márcio. Desafios para a Indústria 4.0: além da economia. Disponível em: < http://www.secretariageral.gov.br/estrutura/secretaria_de_assuntos_estrategicos/publicacoes-e-analise/revista-dialogos-estrategicos/revista_volume_2FINAL_020818.pdf > . Acesso em: 24. abr. 2019.

coração de nossa democracia e nossa economia. Quando maiores e melhores essas conexões, mas forte são o nosso governo, negócios, ciência, cultura, educação.”³⁵

Há uma relação muito forte entre a democracia e as novas tecnologias. Isso porque a democracia não se limita à possibilidade de o cidadão influir no processo político pelo ato de votar.³⁶ Os cidadãos devem ter o direito de participar e influir na opinião pública, ter fácil acesso às ferramentas públicas e poder de controle sobre a atuação estatal. São justamente os meios de comunicação que proporcionam um espaço público de diálogo e de interação, viabilizando o acesso à informação de forma organizada e coerente, proporcionando a disseminação de ideais e visões de mundo.³⁷ As novas tecnologias da Indústria 4.0 auxiliam nessa disseminação de ideais e na consequente ampliação dos valores democráticos. Acerca dos benefícios das inovações tecnológicas, Antônio José Avelãs Nunes conclui que o direito ao sonho e à utopia atualmente possuem mais razão de ser do que nunca, uma vez que “o desenvolvimento científico e tecnológico tem vindo a confirmar a utopia marxista: o caminho percorrido pela humanidade vai no sentido que anuncia o dia em que os homens poderão saltar do *reino da necessidade* para o *reino da liberdade*”.³⁸

Contudo, essa ampliação da participação popular por meio das redes sociais e outras mídias tecnológicas de comunicação também possui efeitos negativos, como a polarização e a disseminação do ódio. Segundo Jean-Pierre Lebrun, a civilização “impõe sempre um gozo a menos, uma falta, uma repressão e a isso respondemos com o ódio”, o qual seria consequência da opressão social.³⁹ Neste novo ambiente trazido pelas novas tecnologias, há potencial de radicalização dessas consequências, seja por conta da velocidade na transferência de qualquer conteúdo, seja por conta do alcance de toda inserção na *internet*. A respeito, Owen Fiss assevera que “o discurso de incitação do ódio tende a diminuir a autoestima das vítimas, impedindo assim a sua integral

35 WEINBERGER, David. Why Open Spectrum Matters: the end of the Broadcast Nation. < Disponível em: <https://ecfsapi.fcc.gov/file/6513404739.pdf> > . Acesso em: 27 abr. 2019.

36 FISHKIN, James; LUSKIN, Robert.; JOWELL, Roger. Deliberative polling and public consultation. In: *Parliamentary Affairs*, v. 53, n. 4, 2000, p. 657.

37 FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 39.

38 NUNES, Antônio José Avelãs. *O Estado Capitalista e suas Máscaras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 376.

39 LEBRUN, Jean-Pierre. *O futuro do ódio*. Trad. João Fernando Chapadeiro Corrêa. Porto Alegre: CMC, 2008, p. 9.

participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público”. Desta forma, a própria ampliação da comunicação por meio da tecnologia pode possuir o efeito reverso de limitar a liberdade de expressão e se apresentar como um problema social ao intensificar o ódio e as manifestações discriminatórias, além de facilitar a polarização de informações inverídicas.⁴⁰

Por outro lado, Administração Pública tem o dever de seguir o desenvolvimento tecnológico e científico, sob pena de violação ao princípio da eficiência. Administração Pública eficiente é aquela que deixa a inércia de lado e se adapta aos novos anseios sociais, a fim de sempre tentar prestar o melhor serviço possível aos cidadãos. Essa Administração Pública que se utiliza das inovações tecnológicas para o melhor desempenho de suas funções pode ser intitulada de Administração Pública Inteligente, uma vez que tornará o seu serviço muito mais célere e ágil, respondendo aos anseios sociais de forma muito mais eficaz.

Uma das formas da Administração Pública se adaptar às mudanças tecnológicas e se tornar inteligente é por meio da utilização da tecnologia *Blockchain* e dos *Smart Contracts*.

3 O *Blockchain* e os *Smart Contracts* como Instrumentos da Administração Pública Inteligente

O *Blockchain* pode ser conceituado como um conjunto de tecnologias distribuídas em sistemas computacionais descentralizados que se desenvolvem por meio de uma rede criptográfica. Por meio dessa tecnologia disruptiva as informações colocadas no sistema são imutáveis e executadas em todos os nós da rede, criando um rastro histórico sem fim.⁴¹

Dessa forma, as informações disponibilizadas na tecnologia *Blockchain*, ao invés de serem concentradas em uma autoridade central, são distribuídas para toda a rede, havendo um armazenamento descentralizado.⁴² Essa descentralização proporciona uma maior segurança ao sistema, já que caso as informações sejam apagadas ou ocorra algum

40 FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 47.

41 MOUGAYAR, William. *Blockchain para negócios: promessa, prática e aplicação da Nova Tecnologia da Internet*. Trad. Vivian Sbravatti. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017, p. XXVII.

42 WERBACH, Kevin. *The Blockchain and the New Architecture of Trust*. Cambridge: MIT Press, 2018, p. 76.

erro em um dos sistemas computacionais, tais informações continuarão a existir nos demais sistemas da rede.

Em outras palavras, na tecnologia *Blockchain* não há a existência de um intermediário central que absorve e filtra as informações e as repassa para outros indivíduos interessados. As informações são transmitidas diretamente entre os interessados, sem antes passar por uma autoridade central, não havendo intermediações.⁴³ São exemplos de intermediários o *E-bay*, o *Uber* e o *Airbnb*. O *Blockchain* os elimina.

Se o indivíduo A pretende vender o produto Y ele pode se cadastrar e colocar a venda o seu produto por meio do site da *E-bay*. A *E-bay* irá intermediar essa venda, anunciando em seu site o produto Y. Se o indivíduo B se interessar pelo produto, irá adquiri-lo por meio do *E-bay*. Já se o indivíduo A for vender o seu produto se utilizando da tecnologia *Blockchain*, a venda será realizada diretamente entre este e o indivíduo B. A transação é realizada de pessoa para pessoa, por meio de um *Smart Contract*, dispensando a necessidade de estranhos para intermediar o negócio.

Além dessa distribuição descentralizada na rede, todas as informações que são adicionadas à tecnologia *Blockchain* são imutáveis, a fim de que seja garantida a sua autenticidade, impossibilitando a existência de informações contraditórias. A partir do momento em que determinada informação é colocada no sistema, todas as demais informações somente poderão ser acrescentadas na rede caso não sejam incompatíveis com essa primeira informação.

Por exemplo, se determinado indivíduo colocar no sistema que possui o tipo sanguíneo A positivo esta informação se tornará imutável. De tal forma, se esse mesmo indivíduo, em um segundo momento, informar que o seu sangue é de outro tipo, a tecnologia *Blockchain* não aceitará essa informação em razão dela estar em desconformidade com que o consta em seus registros. Haverá a necessidade de alteração do tipo de sangue e esta mudança ficará registrada no sistema, sem possibilidade de apagamento.

Essa averiguação da autenticidade da informação é realizada automaticamente pela própria tecnologia *Blockchain*. A imutabilidade e a posterior autenticação das informações fazem com que as transações realizadas no *Blockchain* sejam reputadas como seguras, uma vez que

43 DI FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. *Blockchain and the Law: The Rule of Code*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 34.

são consideradas de alta integridade. A informação somente será autenticada e entrará para a tecnologia *Blockchain* se ela estiver em consonância com as demais informações já constantes na rede.⁴⁴ É como se cada informação fosse um nó. Esse nó somente será acrescentado à *Blockchain* se estiver em conformidade com os outros nós já existentes na rede.

A convivência com esta nova tecnologia *Blockchain* tende a causar uma grande transformação nas relações pessoais, econômicas e culturais, vez que altera o modo como as transações são travadas. Um grande impacto é referente às transações contratuais, as quais poderão ser realizadas totalmente por meio da tecnologia *Blockchain* mediante o uso dos chamados contratos inteligentes (*smart contracts*).

O termo *Smart Contracts* foi originalmente utilizado pelo criptógrafo e cientista da computação Nick Szabo no ano de 1994, sendo que a primeira publicação de Szabo com esse termo ocorreu no ano de 1996 com o artigo intitulado “*Smart Contracts: Building Blocks for Digital Free Markets*”.⁴⁵

Em que pese o termo *Smart Contracts* ter sido cunhado no ano de 1994, nesta época não havia uma estrutura que viabilizasse o funcionamento de tais contratos. Somente após mais de dez anos (2005), os contratos inteligentes passaram a ser uma realidade, o que foi possível com a criação da plataforma *Ethereum*, por possuir uma capacidade de processamento ilimitada na rede *Blockchain*.⁴⁶

São considerados *Smart Contract* os contratos que se desenvolvem na tecnologia *Blockchain* e são capazes de ser autoexecutáveis. Justamente em razão de serem executados por si só e serem realizados na tecnologia *Blockchain*, não necessitam de intermediários. Conseqüentemente, ao haver a eliminação dos intermediários, a tecnologia *Blockchain* propicia a distribuição do poder, ao eliminar tais centros de poder (intermediários), além de diminuir os custos das transações.⁴⁷

44 MARTINS, Pedro. *Introdução à Blockchain: bitcoin, criptomoedas, smart contracts, conceitos, tecnologia, implicações*. Lisboa: FCA, 2018, p. 79.

45 Nesse artigo Nick Szabo sustentou que: “Novas instituições e novas formas de formalizar as relações que compõem essas instituições agora são possíveis graças à revolução digital. Eu chamo esses novos contratos de “inteligentes”, porque eles são muito mais funcionais do que seus ancestrais inanimados baseados em papel. Nenhum uso de inteligência artificial está implícito. Um contrato inteligente é um conjunto de promessas, especificadas em formato digital, incluindo protocolos nos quais as partes cumprem essas promessas”. SZABO, Nick. *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Free Markets*. Passim.

46 MOUGAYAR, William. *Blockchain para negócios: promessa, prática e aplicação da Nova Tecnologia da Internet*. Op. cit., p. 43.

47 WERBACH, Kevin. *The Blockchain and the New Architecture of Trust*. Op. cit., p. 76.

Os contratos inteligentes, diferentemente dos contratos tradicionais que são escritos em uma linguagem jurídica, são constituídos por meio de uma linguagem de programação, em que são os códigos que definem as regras e a sua própria execução.⁴⁸ Não são contratos escritos na linguagem comum, mas sim, contratos constituídos por meio de códigos computacionais.

Esses contratos também se diferem dos tradicionais, uma vez que, como são realizados na tecnologia *Blockchain*, são capazes de, automaticamente, obter informações e processá-las, prosseguindo com conclusão automática do que foi firmado no instrumento contratual.

Como exemplo de um contrato inteligente pode se mencionar o seguinte: o “Indivíduo A” gostaria de apostar com o “Indivíduo B” quanto que estará o valor das ações da “Sociedade de Economia Mista C” em determinada data e horário. Optam por utilizar a tecnologia *Blockchain* e realizam um *smart contract*. Nesse contrato, fica pactuado, por meio de códigos computacionais, que o “Indivíduo A” está apostando com o “Indivíduo B” que, no dia 20 de novembro de 2025, às 11 horas da manhã, as ações da “Sociedade C” custarão acima de R\$ 15,00 (quinze reais). Eles concordam que para verificar o valor das ações da sociedade C em tal data e horário, a fonte utilizada será o site oficial da BM&F Bovespa/B3. Cada um deles deposita R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) vinculados ao contrato inteligente, restando pactuado que o indivíduo vencedor da aposta receberá o montante dos R\$ 100.000,00 (cem mil reais) depositados. No dia 20 de novembro de 2015 o site oficial é consultado automaticamente pelo *smart contract*, o qual verifica que as ações da “Sociedade C” estão acima de R\$ 15,00 (quinze reais). Na sequência, o contrato é automaticamente executado, sendo transferida a importância dos R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para a conta do “Indivíduo A”, o vencedor da aposta. Frise-se que tanto a verificação do valor da ação quanto a transferência do valor aposta são atos realizados diretamente pela tecnologia, não havendo a interferência de humana ou de intermediários.

Diante da identidade segura do *Blockchain*, essa tecnologia já está sendo utilizada até mesmo para firmar contratos de casamento, podendo o casal vincular guarda dos filhos, escritura de propriedades e quaisquer outros documentos, a fim de terem um futuro seguro juntos.⁴⁹

48 DI FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. *Blockchain and the Law: The Rule of Code*. Op. cit., p. 74.

49 Em agosto de 2014 foi registrado o primeiro casamento na tecnologia *Blockchain*, o qual foi

Em relação à Administração Pública, a tecnologia *Blockchain* e os contratos inteligentes podem tornar diversos serviços públicos mais eficientes, coordenando de forma mais ágil sua rotina operacional e aumentando a democracia, uma vez que possibilita uma maior transparência dos atos públicos.⁵⁰

Nesse diapasão, a Estônia é pioneira na implementação do *e-governo*, podendo todos os cidadãos acessar informações e serviços *on-line*, usar sua identidade digital, sendo que 90% dos estonianos possuem um cartão de identidade eletrônico, o qual contém informações básicas sobre o titular do cartão, podendo o seu portador votar, rever e editar seus formulários de impostos, solicitar benefícios da seguridade social, acessar dados bancários, entre outros serviços.⁵¹

Uma grande revolução que a tecnologia *Blockchain* pode gerar é em relação às eleições, o que inviabilizaria a adulteração dos votos porque no momento em o voto é inserido na tecnologia *Blockchain* não pode mais ser alterado. Ademais, os cidadãos poderiam votar pelo próprio celular, o que diminuiria a burocracia e os custos do processo eleitoral, além de potencialmente contribuir para o aumento da participação popular.⁵²

A tecnologia *Blockchain* também pode contribuir, por exemplo, para o serviço público de saúde, tendo em vista que pode armazenar registros, como de doenças, vacinas, alergias, tratamentos médicos, de todos os cidadãos. A empresa *MedRec*, criada por investidores do *Massachusetts Institute of Technology – MIT*, desenvolveu um sistema baseado na tecnologia *Blockchain*, que se utiliza da plataforma *Ethereum*, justamente para proporcionar essa visão holística do histórico médico e clínico dos pacientes, o que também poderia ser feito pelos entes públicos.⁵³

Outra possibilidade de utilização da *Blockchain* e dos contratos inteligentes é no que tange aos procedimentos licitatórios. Vários documentos exigidos na fase de habilitação poderiam ser retirados automaticamente

celebrado no Walt Disney World. TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. Trad. Antonio Carlos Pasquale de Souza Amorim *et al.* São Paulo: SENAI-SP Editora, 2016, p. 249.

50 DI FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. *Blockchain and the Law: The Rule of Code*. Op. cit., p. 133-141.

51 TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. Op. cit., p. 241.

52 TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. Op. cit., p. 242.

53 MARTINS, Pedro. *Introdução à Blockchain: bitcoin, criptomoedas, smart contracts, conceitos, tecnologia, implicações*. Lisboa: FCA, 2018, p. 130.

da própria rede *Blockchain*, de forma automática, diminuindo os custos e aumentando a celeridade do certame. Ademais, adotando os Contratos Inteligentes seria possível a autoexecução dos contratos públicos, o que vai ao encontro do princípio da eficiência e da supremacia do interesse público.

No Brasil, ainda que de maneira tímida, começa-se a verificar a tentativa de aproximação desta realizada tecnológica. A fim de facilitar o acesso e tornar mais eficiente o compartilhamento de dados cadastrais, a Receita Federal do Brasil expediu a Portaria n. 1.788/2018, a qual viabiliza a disponibilização de dados no âmbito da Administração Pública Federal por meio da tecnologia *Blockchain*.

Assim sendo, atualmente a Receita Federal disponibiliza o bCPF que é o *Blockchain* do Cadastro de Pessoas Física, a fim de simplificar, de Governo para Governo – G2G, o processo de disponibilização da base cadastral do CPF, sendo que essa solução bCPF também prevê a utilização de Smart Contracts.⁵⁴

O Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES, diante da permissibilidade decorrente da Portaria n. 1.788/2018 da Receita Federal, está utilizando o BNDESToken, que se desenvolve na tecnologia *Blockchain*, tendo como objetivo rastrear a aplicação de recursos públicos nas operações de crédito envolvendo os entes públicos e as operações não reembolsáveis, tornando as informações ainda mais transparentes.⁵⁵

A Universidade Federal da Paraíba – UFPB também desenvolveu, de forma pioneira, um sistema baseado na tecnologia *Blockchain* para realizar o registro de diplomas de graduação e pós-graduação imunes às fraudes, proporcionando maior segurança e agilidade na emissão de seus diplomas.⁵⁶

No âmbito da Administração Pública Estadual, a Companhia de Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná – CELEPAR, sociedade de economia mista do Governo do Paraná, está lançando, em parceria

54 MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Receita Federal publica norma sobre compartilhamento de dados por *Blockchain*. Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2018/novembro/receita-federal-publica-norma-sobre-compartilhamento-de-dados-por-blockchain> >. Acesso em: 28 abr. 2019.

55 DATAPREV. Dataprev desenvolve solução com tecnologia *Blockchain* para compartilhamento da base CPF. Disponível em: < <https://portal.dataprev.gov.br/dataprev-desenvolve-solucao-com-tecnologia-blockchain-para-compartilhamento-da-base-cpf> >. Acesso em: 28 abr. 2019.

56 UFPB. Tecnologia do Lavid/UFPB que criou diploma digital será apresentada a pró-reitores de graduação de todo país, em Brasília. Disponível em: < <http://ci.ufpb.br/tecnologia-do-lavid-ufpb-que-criou-diploma-digital-sera-apresentada-a-pro-reitores-de-graduacao-de-todo-o-pais-em-brasilia/> >. Acesso em: 27 abr. 2019.

com a empresa canadense *Blockchain Research Institute – BRI*, o “Programa Paraná Hub *Blockchain*”, o qual possui como escopo criar uma gestão pública desburocratizada, ágil e transparente.⁵⁷

Alguns Municípios brasileiros também estão se utilizando da tecnologia *Blockchain*, como é o caso de Teresina, capital do Piauí, a qual está se intitulando a primeira cidade do mundo a utilizar a *Blockchain* para a gestão do seu transporte público, por meio do armazenamento digital e em um único lugar acessível à população, todas as informações atinentes ao transporte coletivo (itinerário de viagens, horários, etc.), com o objetivo de tornar o sistema mais eficiente e atrativo para seus usuários.⁵⁸

4 Conclusão

Diante da análise de como as Revoluções Industriais impactaram na sociedade, verifica-se que as tecnologias são benéficas por propiciarem um significativo desenvolvimento social, cultural e econômico. No entanto, deve-se ter uma acurada tutela para que os malefícios advindos não sejam capazes de neutralizar tais vantagens.

O fato é de que a tecnologia traz consigo efeitos negativos não pode barrar as novas tecnologias, uma vez que os benefícios globais são muito maiores. É necessário que a sociedade se prepare, até mesmo preventivamente, para que esses efeitos reversos sejam eliminados ou, ao menos, minimizados.

As inovações tecnológicas acarretam na transformação da sociedade. Por isso, é necessário que a sociedade também adapte seus sistemas de controle e fique atenta a quais os aspectos que deverão ser alterados, a fim de que a humanidade aproveite ao máximo os benefícios tecnológicos e reduza os eventuais efeitos negativos que a inovação pode acarretar. A tentativa de obstar as inovações por medo das máquinas pode levar a uma indesejável estagnação social. O Estado deve se adaptar, utilizar e incentivar as inovações tecnológicas, caso contrário, seus serviços se tornaram impraticável e obsoletos. A adaptação aos anseios

57 CELEPAR. Paraná é o primeiro Estado brasileiro a fechar parceria com a Blockchain Research Institute. Disponível em: < <http://www.celepar.pr.gov.br/Noticia/Parana-e-o-primeiro-Estado-brasileiro-fechar-parceria-com-Blockchain-Research-Institute> > . Acesso em: 28 abr. 2019.

58 SEMPLAN-TERESINA. Prefeitura inicia debate sobre implementação de tecnologia Blockchain no transporte público. Disponível em: < <https://semplan.teresina.pi.gov.br/2018/05/30/prefeitura-inicia-debate-sobre-implementacao-de-tecnologia-blockchain-no-transporte-publico/> > . Acesso em: 28 abr. 2019.

sociais e às novas tecnologias por parte do Poder Público é fundamental, uma vez que a legitimidade do poder depende da sua eficiência na prestação dos serviços públicos. A aderência da tecnologia *Blockchain* e os *Smart Contracts* já é uma realidade, a qual precisa ser acompanhada pela Administração Pública, diante da eficiência que proporciona, ao maximizar a agilidade dos serviços e minimizar os custos das transações.

As conexões de alta velocidade, os contatos instantâneos e a velocidade das transações tornam imperioso que o Estado assuma novos modelos de atuação, de modo a se adequar ao novo modelo de sociedade, caracterizado pela ultra-velocidade. Neste sentido, parece ter pouco espaço o ente estatal, moroso e essencialmente reativo. Ao contrário, espera-se dele que acompanhe o dinamismo desta nova era, assumindo, se não a dianteira, pelo menos uma trajetória que acompanhe as novas tecnologias, sendo capaz de mostrar à população que ainda é (bastante) útil.

Caso o Estado não acompanhe as inovações tecnológicas da decorrente da Quarta Revolução Industrial, não terá mais condições de exercer com efetividade suas funções e, provavelmente, será substituído, mesmo sem sua vontade, por instituições privadas mais tecnológicas e influentes socialmente. O resultado deste processo, todavia, não tende a ser favorável ao interesse público.

Referências

- ABES. Investimentos em TI no Brasil aumentam 4.5% em 2017. Disponível em: < <http://www.abessoftware.com.br/dados-do-setor/estudo-2018-dados-2017> > . Acesso em: 27 abr. 2019.
- ASHTON, Thomas Southcliffe. *A Revolução Industrial*. Trad. Jorge de Macedo. 4. ed. Lisboa: Europa-América, 1977.
- BAGNOLI, Vicente. *Direito e Poder Econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BARNES, Harry Elmer. *Historia de la Economía del Mundo Occidental*. Trad. Orenco Munõz. México: Union Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1970.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Augusto de Souza Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

- BEAUD, Michel. *História do capitalismo*: de 1500 anos aos nossos dias. Trad. Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia. *Estado, Direito e Políticas Públicas*: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Ithala, 2014.
- BUAINAIN, Antônio Márcio. Desafios para a Indústria 4.0: além da economia. Disponível em: < http://www.secretariageral.gov.br/estrutura/secretaria_de_assuntos_estrategicos/publicacoes-e-analise/revista-dialogos-estrategicos/revista_volume_2FINAL_020818.pdf > . Acesso em: 24 abr. 2019.
- CELEPAR. Paraná é o primeiro Estado brasileiro a fechar parceria com a Blockchain Research Institute. Disponível em: < <http://www.celepar.pr.gov.br/Noticia/Parana-e-o-primeiro-Estado-brasileiro-fechar-parceria-com-Blockchain-Research-Institute> > . Acesso em: 28 abr. 2019.
- CHEVALLIER, Jacques. *O serviço público*. Trad. Augusto Neves dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*. São Paulo: Sarai-va, 2013.
- DATAPREV. Dataprev desenvolve solução com tecnologia Blockchain para compartilhamento da base CPF. Disponível em: < <https://portal.dataprev.gov.br/dataprev-desenvolve-solucao-com-tecnologia-blockchain-para-compartilhamento-da-base-cpf> > . Acesso em: 28 abri. 2019.
- DEANE, Phyllis. *A Revolução Industrial*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.
- DI FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. *Blockchain and the Law: The Rule of Code*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FISHKIN, James; LUSKIN, Robert.; JOWELL, Roger. Deliberative polling and public consultation. *Parliamentary Affairs*, v. 53, n. 4, 2000.
- FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão*: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FRIEDLAENDER; Heinrich; OSER, Jacob. *Historia económica de la Europa Moderna*. Trad. Florentino M. Torner. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

- GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do Direito Político*. São Paulo: Manole, 2003.
- HOBBSAWM, Eric John. *Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo*. Trad. Donaldson Magalhães Garschagen. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- HUNT, Emery Kay; SHERMAN, Howard. *História do pensamento econômico*. Trad. Jaime Larry Benchimol. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- LEBRUN, Jean-Pierre. *O futuro do ódio*. Trad. João Fernando Chapadeiro Corrêa. Porto Alegre: CMC, 2008.
- MAGALHÃES, Regina; VENDRAMINI, Annelise. Os impactos da Quarta Revolução Industrial: o Brasil será uma potência sustentável com condições de capturar as oportunidades que surgem com as mudanças econômicas, ambientais, sociais e éticas provocadas pelas novas tecnologias? Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/74093/71080>>. Acesso em: 24 abr. 2019.
- MARTINS, Pedro. *Introdução à Blockchain: bitcoin, criptomoedas, smart contracts, conceitos, tecnologia, implicações*. Lisboa: FCA, 2018.
- MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Receita Federal publica norma sobre compartilhamento de dados por Blockchain. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2018/novembro/receita-federal-publica-norma-sobre-compartilhamento-de-dados-por-blockchain>>. Acesso em: 28 ago. 2019.
- MOUGAYAR, William. *Blockchain para negócios: promessa, prática e aplicação da Nova Tecnologia da Internet*. Trad. Vivian Sbravatti. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.
- NIEHUES, Jaison. Administração Pública Inteligente. Disponível em: <<https://1doc.com.br/governo/2018/05/24/administracao-publica-inteligente/>>. Acesso em: 27.04.2019.
- NUNES, Antônio José Avelãs. *O Estado Capitalista e suas Máscaras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- PEREIRA, Humberto. Uma indústria em agonia. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/estrutura/secretaria_de_assuntos_estrategicos/publicacoes-e-analise/revista-dialogos-estrategicos/revista_volume_2FINAL_020818.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.
- PEREIRA, José Matias. Impactos da 4ª Revolução Industrial Tecnológica na Administração Pública. Disponível em: <<https://noticias.unb.br/>>

- artigos-main/2055-impactos-da-4-revolucao-tecnologica-na-administracao-publica > . Acesso em: 25 abr. 2019.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- RIOUX, Jean Pierre. *A Revolução Industrial: 1780-1880*. Trad. Waldírio Bulgarelli. São Paulo: Pioneira, 1975.
- SEMPPLAN-TERESINA. Prefeitura inicia debate sobre implementação de tecnologia Blockchain no transporte público. Disponível em: < <https://semplan.teresina.pi.gov.br/2018/05/30/prefeitura-inicia-debate-sobre-implementacao-de-tecnologia-blockchain-no-transporte-publico/> > . Acesso em: 28 abr. 2019.
- SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.
- SZABO, Nick. *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Free Markets*. Disponível em: < http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html > . Acesso em: 28 abr. 2019.
- TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. Trad. Antonio Carlos Pasquale de Souza Amorim *et al.* São Paulo: SENAI-SP Editora, 2016.
- UFPB. Tecnologia do Lavid/UFPB que criou diploma digital será apresentada a pró-reitores de graduação de todo país, em Brasília. Disponível em: < <http://ci.ufpb.br/tecnologia-do-lavid-ufpb-que-criou-diploma-digital-sera-apresentada-a-pro-reitores-de-graduacao-de-todo-o-pais-em-brasilia/> > . Acesso em: 27. abr. 2019.
- VOGT, Carlos. A Revolução das Máquinas. In: *Revista Eletrônica de Jornalismo Científico*. Dossiê 195, Fevereiro de 2018. Disponível em: < <http://www.comciencia.br/revolucao-das-maquinas/> > . Acesso em: 28 abr. 2019.
- WERBACH, Kevin. *The Blockchain and the New Architecture of Trust*. Cambridge: MIT Press, 2018.
- WEINBERGER, David. Why Open Spectrum Matters: the end of the Broadcast Nation. Disponível em: < <https://ecfsapi.fcc.gov/file/6513404739.pdf> > . Acesso em: 27 abr. 2019.

Procedimientos de Control Administrativo

Enrique Rojas Franco *

1 Consideraciones Generales sobre la Prueba

La actividad probatoria es aquel medio por conducto del cual las partes intentan llegar a demostrar la veracidad de los hechos objeto de un proceso jurisdiccional, con el propósito de lograr un convencimiento del juzgador sobre los mismos y así obtener una resolución favorable. La prueba llega a convertirse así, entonces, en uno de los elementos medulares del proceso, dado que es justamente el proceso de inducción probatoria el mecanismo por el cual se toman los criterios de juicio para llegar a admitir o no la suficiencia de la acción de cara a fundar una pretensión, y a acogerla o rechazarla. En un sentido meramente preliminar, podríamos considerar que la prueba es el vínculo objetivo entre acción y pretensión; dado que la actividad probatoria es la única forma que permite evaluar el “buen derecho” en que se sustenta una acción, lo cual da pie a estimar como fehaciente y digna de crédito la pretensión concreta que se formule en el proceso.

Y es que el proceso, entendido simplemente como tal -en un marco eminentemente genérico-, no se concibe como una suerte de alegaciones muy bien hilvanadas y entrelazadas del relato de cada una de las partes; sino que involucra un conjunto adicional de factores, precisamente aquellos que son necesarios para producir el convencimiento del Juez sobre los hechos que se le presenten. Recordemos que la esencialidad de la función del Juez es la de fungir como un tercero imparcial que conoce de las posiciones de las partes (generalmente enfrentadas entre sí) y con base en la información que los contendientes hagan llegar a su

* Doctor en Derecho Público de la Universidad de Bordeaux. Especialista en Ciencias Administrativas por la Universidad de Roma. Catedrático de la Universidad de Costa Rica, Abogado Litigante con más de 40 años de experiencia profesional.

ánimo, decide el conflicto planteado con fuerza de verdad legal. Es decir, las reglas de experiencia confluyen a afirmar que la decisión final de un conflicto depende de poder trasladar a la mente del Juez las razones que justifican las peticiones de las partes.

La labor del Juez dentro del proceso, sea de la naturaleza que fuere, ha llegado a analogarse con las funciones desarrolladas por el arqueólogo o por el historiador en su trabajo. Estos profesionales tienen solo una visión parcializada e incompleta de los hechos que llegan a su conocimiento; los hechos que constituyen un impulso a la investigación les llegan como tapizados por un velo, y es en este momento en que se despierta en ellos la curiosidad intelectual que los lleva a trasladarse a la investigación y al examen de lo no descubierto, de lo oculto, para lo cual recurren a los métodos de recopilación de información propios de su disciplina. El arqueólogo es un científico que estudia el pasado a través de la observación de los restos de civilizaciones antiguas, para así encontrar los tesoros perdidos de la Antigüedad. El historiador es un estudioso que reconstruye el pasado por medio de la búsqueda y examen directo de documentos históricos, para así hallar testimonios vivientes de épocas lejanas. La función del Juez es similar, pues partiendo de los hechos que las partes alegan en el proceso, debe constatarlos o averiguar cómo se desarrollaron efectivamente en las circunstancias que le servirán para decidir. En este mismo sentido se han expresado autores como el argentino Hugo Alsina:

“El Juez trata de reconstruir los hechos valiéndose de los datos que aquellas le ofrecen o de los que puede procurarse por sí mismo. La misión del juez es por esto análoga a la del historiador, en cuanto ambos tienden a averiguar cómo ocurrieron las cosas en el pasado, utilizando los mismos medios o sea los rastros o huellas que los hechos dejaron.” (ALSINA, H; 1982:171).

Para comprender con una mayor claridad la importancia de la correcta apreciación y evacuación de las pruebas para el Derecho, conviene hacer referencia a una anécdota ocurrida por el año 1799 en territorio de lo que hoy es Egipto. Durante cientos de años el ser humano no estuvo en capacidades de interpretar los jeroglíficos que utilizaban los egipcios como lenguaje escrito. En la fecha indicada, un oficial del cónsul francés Napoleón descubrió, en la “Campaña a Egipto”, un bloque de piedra al que se denominó como la *piedra rosetta*, el cual contaba

con un texto escrito en jeroglíficos, pero traducido al griego, que es un idioma cuyo conocimiento e interpretación no se ha perdido en el tiempo. Fue con base en este descubrimiento que se logró demostrar que los antiguos egipcios poseían un lenguaje escrito, e igualmente esta fue la base para hallar el significado de múltiples inscripciones y obras escultóricas de esta civilización que se creía que tenían un significado meramente alegórico. Aplicando estos conocimientos a la caracterización de la función de Juez, podemos extraer la conclusión de que la labor de estos consiste en interpretar distintas *pedras rosettas* con las que las partes pretenden acreditar lo ocurrido en su historia personal.

1.1 Conceptualización del Término “Prueba”

Existen diversas acepciones en relación con el término “prueba”, las cuales varían en razón de su contenido ideológico, político y técnico. Cada una de las distintas conceptualizaciones de lo que significa una prueba, obedece a particulares puntos de vista de sus autores y a una peculiar forma de evaluación del proceso y de sus finalidades, como podremos ver de seguido:

Algunos autores estiman que el significado de la “prueba” se relaciona en sí mismo con el verbo que le da origen a la actividad: “probar”, sea el ejercicio intelectual que se inicia y se desarrolla a partir de la comparación de los hechos afirmados por las partes, con los elementos de convicción utilizados para respaldar dichas aseveraciones.¹ La definición planteada por el uruguayo Couture para lo que es una “prueba”, transita en el siguiente sentido:

“(…) la prueba es en todo caso, una experiencia, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición. En ciencia, probar es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto.” (COUTURE, E; en ARDÓN ACOSTA, V. 1999: 17).

La obra de Alsina, asimismo, efectúa una amplia compilación de diversas concepciones sobre las definiciones objetivas que se han

¹ Este es justamente el significado del concepto de actividad probatoria que formula Alsina: “(…) en su acepción lógica, probar es demostrar la verdad de una proposición, pero en su significación corriente expresa una operación mental de comparación. Desde este punto de vista, la prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla.” (Alsina, H; 1982: 171).

ensayado en torno al significado de la actividad probatoria; así, encontramos los siguientes antecedentes doctrinarios: para Mittermaier es *“el conjunto de motivos productores de la certidumbre”*, para Bonnier es *“la conformidad entre nuestras ideas y los hechos constitutivos del mundo exterior”*, Laurent asegura que es *“la demostración legal de la verdad de un hecho”*, Domat la caracteriza como *“aquello que persuade de una verdad al espíritu”*, Bentham sostiene que la misma radica en *“un hecho supuesto o verdadero que se considera destinado a servir de causa de credibilidad para la inexistencia o existencia de otro hecho.”* (ALSINA, H; 1982: 172-173).

Los españoles De la Oliva y Fernández insisten en una visión un poco más consensual de la prueba y del proceso, por medio de la cual se otorgan notas diferenciadoras a la actividad probatoria en la circunstancia de que llegue a acreditarse un convencimiento al juzgador que devenga eficaz a los efectos de tener como legalmente válidos determinados hechos. Podemos ver esta apreciación en la cita siguiente:

“La prueba es aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que este adquiera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso.” (DE LA OLIVA, A; FERNÁNDEZ, M.A.; 1997: 307).

En definitiva, lo que se procura a través de la puesta en marcha de todo el conjunto de la actividad probatoria no es sino el logro de una valoración eficaz de los elementos de mérito en que el asunto consista, de manera que la situación subyacente pueda ser analizada desde una mejor perspectiva y en sus aspectos más determinantes. Hemos reconocido que la idea fundante de todo este tópicos es lograr un convencimiento del Juez en torno a los hechos que le son presentados a su conciencia, para que el mismo pueda decidir las distintas causas a él sometidas con elementos de juicio suficientes en tal sentido. La idea predominante en la doctrina se encamina hacia lo que se conoce como la “libre apreciación del juez”, si bien estas facultades se encuentran sensiblemente atemperadas en ciertas materias en donde el órgano decisor debe sujetarse a cánones formales de valoración de las probanzas. Pero en última instancia, a lo que se dirige la exigencia de la prueba en el marco de los procesos jurisdiccionales, no es a otra cosa sino a la de introducir y aplicar criterios de justicia en el pronunciamiento final. Uno de los principios más

básicos al que se dirigen los ordenamientos modernos el de la necesidad de una sentencia justa y debidamente motivada, principio que podríamos catalogar a su vez como integrante del debido proceso y derecho de defensa. Pues ciertamente, solo en el marco de un estado de derecho ha de reconocerse el vigor formal y la indelegable vinculancia del deber de fundamentar racionalmente el fallo; máxime constituyendo la función jurisdiccional la médula de las atribuciones de un Poder del estado en las organizaciones políticas modernas. Examinado desde esta óptica, el deber de fundamentar la sentencia con base en pruebas legalmente incorporadas y analizadas, se convierte en una auténtica garantía de democratización en el actuar de los organismos estatales. A esta misma idea llega el profesor argentino Augusto María Morello:

“Pero lo más rescatable, por el énfasis compartido que se puso en su significación como razonado y convincente freno de contención de la arbitrariedad, residió en el deber de motivación de la sentencia, tema convocante entre nosotros. El conjunto de los informes y el debate plenario concurren a subrayar la exigencia de que el juez debe justificar siempre su decisión con la ayuda o a través de una motivación coherente. Está obligado a explicarse sobre las razones que lo llevaron a preferir tal prueba a otra. A ese título, la motivación constituye una de las más útiles garantías contra una eventual arbitrariedad del órgano. De allí que las fundamentaciones implícitas o genéricas no permitan a las partes verificar la racionalidad de la apreciación sostenida por el juez, aunque el deber no comprenda, obviamente, la evaluación de todas las pruebas adquiridas, sino de aquellas importantes o decisivas para la solución.” (MORELLO, A; 1991: 32).

Las nuevas tendencias en lo que respecta a la valoración de la prueba, mismas que ya se han procedido a delinear en este apartado, y que en síntesis abogan por una mayor flexibilidad en materia del análisis y evacuación de los distintos elementos de convicción aportados a la causa; buscan el propósito fundamental de alcanzar una mayor justicia en el caso concreto. Y esto porque el tema de las pruebas, indudablemente, tiene también una definitiva proyección constitucional y iushumanista, dado que será poco respetuoso del régimen de Derechos Fundamentales ciudadanos el sistema jurídico en el cual el tópicos de las pruebas sea escasamente tenido en cuenta, o en todo caso, no evidenciase una adecuada garantía de imparcialidad y de objetividad en lo que respecta a la dilucidación debidamente “comprobada” de los puntos sometidos a discusión en cada caso. Siguiendo estas mismas

líneas y estas modernas dimensiones, se ha expresado la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores:

“V. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA PRUEBA: Todo proceso es una conjugación de pretensiones, argumentos y pruebas que se mezclan para generar una solución en concreto frente a un caso determinado. Así, si las normas son descripciones genéricas que permiten en abstracto resolver las controversias ante conductas humanas, mientras **las pruebas son el soporte material para determinar que hechos ocurrieron y sobre esta base fijar cual de las diferentes normas resulta aplicable frente a cada caso en concreto**. Es de recordar sobre el particular que el ordenamiento genera diferentes supuestos, algunos de ellos con presupuestos fácticos cercanos entre sí pero con efectos jurídicos diversos; de tal suerte que la determinación del cuadro fáctico en concreto que se está conociendo resulta determinante para establecer la norma en específico que es atinente para el conflicto que se conoce. **La prueba es entendida como “la actividad que desarrollan las partes con el Tribunal para llevar al juez a la convicción de la verdad de una afirmación”** (Pietro Castro, Derecho Procesal Civil -Manual, Editorial Librería General, 1955, tomo i, p. 285.). Es de tener cuenta que “Las simples alegaciones procesales no bastan para proporcionar al órgano jurisdiccional el instrumento que éste necesita para la emisión de su fallo, requiere de apoyos...” (Carnelutti, Francesco, Instituciones de derecho procesal civil, México: HARLA, 1997, t. 1, p. 257.). De esa manera los medios de prueba son los caminos o instrumentos que se utilizan para conducir al proceso a la reconstrucción de los hechos acontecidos en “la pequeña historia” que es pertinente al proceso que se ventila. Son aquellos que transportan los hechos al proceso y los instrumentos regulados por el derecho para la introducción en el proceso de las fuentes de prueba. Visto así, son instrumentos de intermediación requeridos en el proceso para dejar constancia material de los datos de hechos. Se tratan en efecto, de un concepto esencialmente jurídico, que permite al juzgador realizar la integración del silogismo categórico a partir de hechos, que bien pueden ser probados o no probados. **Es de recordar que la sentencia es un acto motivado y para establecer los hechos se requiere la correspondiente motivación**. “Un juez decide sobre los hechos “probados”, es decir, sobre los hechos de cuya realidad ha quedado convencido a través de las actuaciones practicadas en el juicio. El juez ha de quedar persuadido “más allá de toda duda razonable”, según una gráfica frase del Derecho inglés.” (LATORRE, Introducción al Derecho, Ariel, p. 104).”²

² Tribunal Contencioso Administrativo. Sección Primera. Resolución N° 428-2010, de las trece horas del diez de agosto de dos mil diez. Lo subrayado y resaltado no se corresponde con el original.

1.2 La Prueba en los Procesos Contencioso-administrativo, Civil y Penal

Como ya lo habíamos adelantado de alguna manera, las exigencias probatorias no son idénticas en todas las ramas del derecho, debido a las particulares imposiciones y características de cada una de las disciplinas jurídicas. La aplicación de cada uno de los postulados y principios probatorios difieren significativamente entre procesos de índole diferenciada, sobre todo al transitar entre disciplinas donde los derechos son disponibles y existen relativamente pocos intereses públicos comprometidos (Derecho Civil), frente a aquellos sectores del ordenamiento jurídico donde se da una mayor intervención estatal y el margen de acción de los particulares se reduce (típico caso del Derecho Público, del Derecho Penal y otros derechos de corte social, como el Derecho Laboral, Derecho de Familia, entre otros).

Función natural y paradigmática de la enumeración probatoria es la de llegar a una determinada “verdad” sobre la *pequeña historia* que deviene el objeto del proceso, según palabras expuestas por la recién citada resolución del Tribunal Contencioso Administrativo nacional. Ahora bien, los tintes diferenciadores se ubican en la diversa forma con la cual se concibe esa verdad, considerándola a la luz de la inflexión de cada una de nuestras ramas del derecho y sus características particulares. En un nivel preliminar, podríamos concebir la verdad como la adecuación objetiva entre la realidad de los hechos y su expresión formalizada; sea como algo “real”, “cierto”. El Diccionario de la Real Academia Española ensaya el siguiente conjunto de definiciones:

“Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente. / Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa. / Propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna. / Realidad, existencia real de algo.” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; 2001: 2286).

Con este bagaje como punto de lanzamiento, podríamos aventurar la hipótesis de que el objeto de cualquier proceso jurisdiccional es el de *decir*, declarar el derecho aplicable a cada supuesto específico; sobre la base de determinados hechos tenidos por demostrados y con la prueba idónea que los respalden. Así las cosas, cometido indelegable del juzgador es el de encontrar una determinada “verdad” a la cual otorgarle una

fuerza jurídica vinculante, para de esta manera poder emitir pronunciamiento decisorio en legalidad y en justicia. No obstante, vale hacer la acotación de que esta “verdad” definida por el juez indefectiblemente será una verdad relativa, por más que esta expresión se nos figure una *contraditio in adiecto*: es ilusorio pensar que un magistrado (persona forzosamente ajena al conflicto y limitada en su actuación y en sus posibilidades de cognición) pueda siempre llegar a establecer con absoluta certidumbre dicha verdad. El simple hecho de que, por regla general, sean las propias partes las que ofrecen las pruebas, con la finalidad de convencer al juzgador acerca de la “veracidad” de sus afirmaciones, ya coloca en entredicho la asignación del papel que se le otorga al juez; lo anterior, pues se lo obliga a fallar de una manera imparcial tomando como elementos de partida una serie de manifestaciones y de probanzas que la mayor parte de las ocasiones se encuentran claramente la-deadas a la defensa de determinados intereses.

Los valores ínsitos al proceso civil determinan una cierta flexibilización en la búsqueda de la verdad perseguida, de manera que aquí lo único que se persigue es un razonable convencimiento del juez de los hechos en discusión, convencimiento que no necesariamente habrá de ser exhaustivo en todos los casos. La circunstancia de que los conocimientos del juez civil o del juez contencioso-administrativo dependan de los hechos alegados por las partes y de las pruebas ofrecidas por ellas mismas; debe trasladar a la consideración de que las pruebas evacuadas en un proceso civil no se dirigen, *stricto sensu*, a probar la “verdad”, sino más bien a la definición de una “verdad aparente”, la que se le permita ver o descubrir a quien decide la causa.

Por ello, conviene la clasificación que distingue entre las exigencias probatorias del proceso civil y las de los procesos contencioso-administrativos o procesos de naturaleza pública; calificando la verdad que se busca en el primero como una mera “verdad consensual” o “verdad formal”, en tanto que se exige que los resultados de la actividad probatoria en los juicios de lo contencioso-administrativo desemboquen en una “verdad real” o una “verdad material”. Dejando de lado, por el momento, la problemática que se nos presenta en cuanto a la búsqueda de una verdad a la que catalogamos de previo como *real*, hemos de considerar de una manera anticipada que el *quid* de todo procedimiento contencioso se decanta, en principio, en el análisis de los acontecimientos *verdaderos* que hayan sucedido en el mundo, los cuales en teoría han de

ser desentrañados hasta en sus últimas consecuencias, para así llegar a definirse por el juzgador de lo contencioso-administrativo una solución jurisdiccional que tenga como norte principal la satisfacción más lograda del interés público (como interés primordial). La existencia del interés público de la legalidad administrativa de la función pública, impone -en esta materia- que el juzgador y por su intermedio la ciudadanía, puedan comprender la cuestión de fondo que su yace a toda acusación en que se invoque que se han extralimitado las competencias estatales y las potestades de imperio que se encuentran en su base, en un nivel tal que amerite el despliegue y el funcionamiento de esta jurisdicción especializada.

El tratadista argentino Vélez Mariconde expone sistemáticamente algunas conceptualizaciones que deben permear un proceso adversarial en el cual se le otorgue primacía -al menos en un nivel formal- a la averiguación de la verdad real, y para ello enuncia las siguientes características de un sistema jurisdiccional fundado en dichos presupuestos (VÉLEZ M, A; 1969: 185-202):

- “La libertad de la prueba: que se traduce, en sentido jurídico-procesal, en el famoso aforismo *“todo se puede probar y a través de cualquier medio”*, subprincipio este que permite la más amplia libertad para el examen de los distintos elementos de convicción llegados a la causa, sin desechar ninguno que -por factores meramente formales y según otras reglas- no podría examinarse en juicio a pesar de exhibir una utilidad práctica decisiva;
- La valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica: garantía esta que impone un deber jurisdiccional de motivar adecuadamente el pronunciamiento recaído; de manera que la sentencia no sea sino una ilación lógica en la cual pueda descubrirse a cuáles elementos de prueba se les dio crédito y a cuáles no, evidenciando al mismo tiempo las motivaciones objetivo-rationales que inclinan una decisión en tal sentido;
- La indisponibilidad del objeto de prueba: como ya se ha adelantado, se destaca en este punto que los asuntos controvertidos no quedan a discreción de las partes; sino que aquí ha de intervenir el estado mediante la labor de jueces y funcionarios públicos, quienes habrán de velar por el cumplimiento y la realización de la objetividad, la legalidad y el descubrimiento de la “verdad” en cada caso concreto,
- La comunidad de la prueba: la prueba, al ser admitida a la causa, se torna común a todas las partes, no pudiendo ser renunciada su aplicación o existencia, ni tampoco ser retirada unilateralmente por la parte que las haya intentado introducir al proceso. Se trata esta de una garantía por la cual se facilita justamente este tema de la búsqueda de una pretendida “verdad real”; puesto que el estado abstrae

los derechos del particular que ya no desea que las probanzas por él presentadas desplieguen efectos jurídicos, para en su lugar hacer traer a la palestra una especie de principio *pro probatio*."

Retornando a los cuestionamientos que ya habíamos bosquejado, hemos de decir que ni aun con las permisiones y las prerrogativas que el sistema de justicia procesal nacional y los códigos procesales de avanzada ofrecen a los juzgadores, se logra una auténtica averiguación de la "verdad real" en la mayoría de los casos. Se trata de una expectativa ciertamente hartamente dificultosa; dado que, como lo habíamos adelantado, y estando el juez obligado a asumir una posición de imparcialidad en la tramitación de las diferentes diligencias jurisdiccionales, es un sujeto procesal que ni ha presenciado los hechos, y al mismo tiempo tiene una prognosis retrospectiva y una cognición limitadas sobre los mismos. El procesalista Montero Aroca señala una crítica relacionada con la precedente:

"El uso del término verdad debe imponer un saludable respeto. Y no porque no exista la verdad ni existan verdades, ni porque se niegue apriorísticamente la posibilidad de conocer una y otra, sino simplemente, porque su conocimiento es arduo y porque en nuestra Administración de Justicia no se dan las condiciones para lograr este encomiable propósito. (...)

La mera constatación de la existencia de límites legales a la libertad de actuación del juez ha de indicarnos, sin más, que la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil. Si los hechos controvertidos pueden ser solo los afirmados por las partes, si los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes, y si todo se reduce a que mediante estos se trata de verificar aquellos, no hace falta más para convencernos de que la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal." (MONTERO A., J.; 1998: 26).

La finalidad de patentizar y hacer visible los acontecimientos tal y como estos sucedieron, deja de lado el paradigma posmoderno de análisis del mundo que se ha venido imponiendo por la fuerza de los hechos en los últimos años, en el campo de análisis ideológico y sociológico de la realidad. Y es que -no llevándonos a autoengaño- es sumamente dificultoso que una persona que conoce dos versiones de los hechos completamente enfrentadas, cuyos expositores tratarán de forzar el margen de apreciación de la prueba hacia cada uno de sus respectivos lados,

pueda llegar a definir la verdad auténtica y prístina de los hechos. A lo sumo, la verdad conseguida será meramente formal, válida para las partes contendientes solo en virtud de una ficción legal (tal como desde hace mucho tiempo se resignaron a aceptar los paladines del Derecho Procesal Civil); puesto que una verdad material solo podría lograrse mediante una ardua metodología de análisis epistemológico que, en virtud de las múltiples y variopintas subjetividades de nuestro mundo, no parece posible en las actuales circunstancias.

1.3 Algunos Principios en Materia Probatoria

Toda rama del derecho cuenta con principios básicos que le dan fundamento; ya que estos funcionan a la manera de una armazón con arreglo a la cual se van estructurando los institutos y las figuras jurídicas específicas. El derecho procesal tiene como finalidad esencial la de posibilitar la aplicación y efectividad del derecho sustantivo, para lo cual acude justamente a los principios ordenadores; los cuales desarrollan -al mismo tiempo- la importante función de llenar los vacíos normativos en aquellos casos en que no exista regulación expresa y por tanto se requiera su intervención. Actúan, pues, a guisa de fuente supletoria de derecho. Del mismo modo, y vinculado con lo anterior, su intervención es claramente observable en las actividades tribunalicias de admisión, evacuación y valoración de las pruebas; y de la misma manera, en este mismo artículo se examinará someramente la manera en la cual algunos de estos principios son entendidos al tamiz de las regulaciones y características propias del Derecho Público. Algunos de los más importantes son los siguientes:

1.3.1. Principio de Legalidad

Encontramos en el principio de legalidad de la actividad probatoria, una de las más importantes garantías de racionalidad en la actuación procesal de las partes y de los mismos órganos jurisdiccionales; pues aquí se veda totalmente la facultad de incorporar o hacer traer pruebas al proceso sin cumplir con los cauces formales y las restricciones sustanciales que señala la normativa constitucional y legal. Así, la doctrina ha afirmado con razón que: *“El principio de verdad material encuentra un*

límite en la necesidad de la licitud del medio empleado para la búsqueda de la verdad.” (GASCÓN ABELLÁN, M; 2004: 133-134).

Sin lugar a dudas, el principio de legalidad de la prueba, recogido de forma genérica por los artículos 293 y 316 y siguientes del Código Procesal Civil de 1990 y por el artículo 41 del Código Procesal Civil de 2016, es uno de los más importantes para una nación democrática como todas las de nuestro hemisferio occidental, ya que garantiza una mínima seguridad jurídica para el particular; siendo que en materia contencioso-administrativo, la práctica y el análisis del citado principio debe relacionarse estrechamente con el principio de legalidad administrativa consagrado en los números 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, en el sentido de que sólo serán admisibles y válidos los medios probatorios que se originan desde el ordenamiento iuspublicista. El profesor Hernández Valle formula una magistral apología de este principio, misma que puede verse en el extracto de cita:

“La ley debe considerarse como expresión auténtica de la función legislativa, cuya particular fuerza normativa (la llamada fuerza o valor de ley) deriva precisamente de la posición relevante que juega dicha función dentro del prisma de las funciones estatales. Así, entonces, la función legislativa, que está directamente regulada por la Constitución, constituye su contenido necesario, pues es el instrumento jurídico idóneo para desarrollar los principios encarnados en las normas fundamentales del Estado. La fuerza de ley expresa que ésta es la suprema manifestación de la voluntad del Estado, con la más elevada posición desde el punto de vista jerárquico y también con una ilimitada fuerza expansiva que le permite imponerse en todos los ámbitos.” (HERNÁNDEZ VALLE, R; 1983: 192-194).

Las razones apuntadas encuentran analogía -en un todo- con la exigencia de legalidad en materia probatoria; es decir, que si bien la averiguación de la verdad real de los hechos objeto de prueba es un norte procesal indispensable de conformidad con el número 82 del Código Procesal Contencioso-Administrativo, es lo cierto también que los desmanes estatales perfectamente pueden tener lugar a través de la utilización de prueba espuria, prefabricada, inducida, alterada o de cualquier otra forma modificada, en aras de sostener con la misma unos hechos que en realidad no son como se pretenden. Fenómeno este que, por demás, no ha sido infrecuente en algunos sistemas procesales, y sobre

el cual los institutos y principios generales del Derecho buscan hábil e inteligentemente prevenir.

1.3.2 Principios de Inmediación y de Oralidad

En la práctica y la evacuación de los distintos elementos de prueba, el respeto y la aplicación estricta de los principios de intermediación y de oralidad, se convierte en una necesidad insustituible; o al menos, esa es la tesis que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior del Poder Judicial han querido y pretendido implementar en los últimos años -según su propio decir-. La intermediación busca un contacto directo entre el juez y todos los demás sujetos procesales, especialmente aquellos por cuyo conducto se introduce al proceso prueba de distinto tipo; al tiempo, la oralidad busca la verbalización de los principales actos procesales, de tal forma tal que las diversas gestiones y el ofrecimiento de las pruebas se efectúen de viva voz y a través de la celebración de audiencias, lo cual en principio vendría a garantizar una mayor transparencia y escrutinio ciudadano frente a las decisiones jurisdiccionales. Asimismo, en aras de la efectiva aplicación de los referidos principios, se apela porque el órgano juzgador reciba de propia mano las declaraciones de los distintos sujetos productores de prueba; enfatizando, por ejemplo, en lo atinente a las escuchas de los testigos aportados y la percepción directa de los medios gráficos, fotográficos y videográficos que se diluciden durante el debate.

La idea radica, pues, en que el juez mantenga un contacto directo con la prueba, de la manera que le permita efectuar un mejor análisis, tomando en consideración circunstancias o elementos que de otra forma no podría apreciar. En un sentido profundamente interrelacionado, debe destacarse que la oralidad se describe en el Derecho Procesal moderno como una exigencia prácticamente coetánea de la de intermediación; en razón de que constituiría una auténtica proeza lograr el respeto por la intermediación en un proceso marcadamente escriturario. Ahora bien, es útil referirnos a lo que sobre el particular se ha expuesto por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual deslinda las principales implicaciones que se desprenden de la garantía de intermediación:

“Es necesario que todos los sujetos procesales reciban la prueba de una manera directa, inmediata y simultánea. Es necesario que las pruebas lleguen al ánimo del juez sin alteración alguna. A la hora de recibir la prueba el juez debe estar en comunicación directa con los demás sujetos del proceso. Se aplica la regla de la oralidad en la fase de juicio para hacer efectiva esa indicación.”³

Por otra parte, debe repararse en la cuestión de que en la prueba fotográfica y de video, encontramos un área suficientemente propicia para la garantía y la efectividad de la intermediación. Dado que, en efecto, en virtud de la naturaleza dinámica, multifacética y variopinta del género fotográfico documental, es frecuente que con probanzas de este tipo se logre una mayor aprehensión en el ánimo del juzgador, en torno a los puntos discutidos y debatidos. No por casualidad este nuevo tipo de probanzas -que, dicho sea de paso, ni siquiera existían cuando se promulgaron los viejos códigos en que todavía se inspiran nuestros textos legislativos actuales- está cobrando marcado auge en la práctica forense: con esto alcanzan un verdadero cumplimiento las apreciaciones de los señores Duce y Baytelman:

“Hoy en día, como nunca en la historia, las sociedades modernas se caracterizan por tener una cultura eminentemente audiovisual, en donde la representación de imágenes forma parte de nuestra vida cotidiana, siendo una de las principales formas de acceso a la información, educación y diversión. Esta es la razón por la cual los objetos y documentos constituyen elementos probatorios muy relevantes.” (BAYTELMAN, A; DUCE, M; 2004: 259).

Ahora bien, y en relación con la regulación específica de esta temática al tamiz del Derecho Público, es lo cierto que estas garantías de la intermediación y la oralidad sólo han quedado en el papel; puesto que, en la práctica de la jurisdicción contencioso-administrativa costarricense, es frecuente la pulsión y la tendencia implícita, tanto por parte de jueces, de litigantes e incluso de peritos y auxiliares del proceso, de conservar y

3 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1739-1992, de las once horas cuarenta y cinco minutos del uno de julio de mil novecientos noventa y dos. Es importante acotar que este fallo, aquí extractado solo en una pequeñísima parte, constituye la sentencia paradigmática sobre el debido proceso de nuestro Tribunal Constitucional, en la cual se hace un ingente recorrido doctrinario de los principales subprincipios derivados de esta garantía procesal, así como las implicaciones concretas de la figura para nuestro régimen democrático. La resolución tomó lugar a raíz de una consulta preceptiva de constitucionalidad formulada a la Sala Constitucional por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con motivo de un recurso de revisión instaurado por el señor Mario Enrique Arias Arguedas, en el año 1992, contra una resolución judicial que lo condenó penalmente por el delito de estafa.

mantener la escritura en sus distintas gestiones, o de reducir su discurso y sus alegatos a la simple constatación de medios escritos. Así, y para ejemplificar de manera diáfana lo que ha venido ocurriendo con esta tendencia a conservar la escritura más allá de las previsiones legales, es útil mostrar cómo un artículo del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica -que en un inicio constituyó la clave para otorgar un renovado vigor a la oralidad- comenzó a ser desnaturalizado y vaciado de contenido de forma paulatina por los jueces; nos referimos en forma concreta al artículo 111 de dicha codificación normativa, el cual se expresa como sigue:

“Artículo 111.-

1) Transcurrida la audiencia, el Tribunal deliberará inmediatamente y procederá a dictar sentencia. En casos complejos, la sentencia deberá notificarse en el plazo máximo de los quince días hábiles siguientes a la terminación del juicio oral y público.

2) Vencido dicho plazo con incumplimiento de lo anterior, lo actuado y resuelto será nulo, por lo que el juicio oral y público deberá repetirse ante otro tribunal, que será el encargado de dictar la sentencia, sin perjuicio de las responsabilidades correspondientes; lo anterior, salvo en el caso de los actos o las actuaciones probatorias irreproducibles, que mantendrán su validez en la nueva audiencia convocada.

3) De producirse un voto salvado, se notificará conjuntamente con el voto de mayoría, en el plazo indicado en el aparte 1 del presente artículo. Si no se hace así, se notificará el voto de mayoría y caducará la facultad de salvar el voto.”

De esta manera, vemos cómo en el inciso primero de esta norma legal se previó como regla general la obligación de dictar la sentencia respectiva del proceso de fondo una vez terminadas las conclusiones de las partes; ello, porque así lo exigían las reglas de la intermediación y de la oralidad de los procesos judiciales; y así efectivamente ocurrió un breve tiempo después de promulgado el código -dicha normativa entró en vigencia en el año 2008-, cuando los tribunales acostumbraron a dictar el fallo de forma oral inmediatamente luego de dar por finalizada la audiencia de juicio oral y público. Sin embargo y con la finalidad de seguir emitiendo la sentencia por escrito, los mismos jueces pronto comenzaron a hacer un uso cada vez más frecuente de la citada norma de excepción, que permite dictar la resolución final del proceso quince días hábiles después de concluido el mismo para los casos complejos; de tal manera, que ahora la excepción llegó a convertirse en la regla, y

prácticamente ya todos los asuntos son declarados como “complejos” por el tribunal de primera instancia, con lo cual se llega a evadir la obligación de dictar el fallo en el mismo acto, perdiéndose así de plano la exigencia y la perspectiva de la oralidad.

1.3.3 Principio de Concentración

Es aquella característica de la actividad probatoria en el moderno Derecho procesal, a través de la cual se procura evacuar toda la prueba de interés para la causa en el número más reducido posible de fases o audiencias, con el propósito tanto de lograr una mayor celeridad y eficacia en la evacuación de los distintos aspectos procesales que tengan importancia para la resolución de fondo, como de facilitar a las partes una apreciación de conjunto de todas las pruebas existentes. Correlativamente, la garantía de la concentración de las actuaciones se encuentra con la finalidad de que, recurriendo a un mínimo de audiencias, se avance hacia la optimización de la función jurisdiccional, puesto que así el juzgador guardará en su memoria una versión más fehaciente de las distintas probanzas analizadas.

Algunos autores han considerado que el principio de concentración guarda una muy estrecha relación con el aseguramiento de la justicia pronta y cumplida, dado que el unificar lo más posible todas las fases de recepción de pruebas, no hace sino acortar la duración global de los distintos trámites procedimentales. El expositor nacional Ricardo Vargas Hidalgo nos plantea una muy interesante reseña acerca del contenido básico del principio de concentración de las diligencias:

“(…) el principio busca acelerar el proceso, eliminando los trámites que no son indispensables para obtener una visión concreta de la litis, pretendiendo que en la memoria del Juez no desaparezca la impresión de las actuaciones que se van llevando a cabo, de tal forma que el fallo refleje fielmente el resultado del debate en el menor tiempo posible.” (VARGAS HIDALGO, R; 1999: 10).

En el marco del objeto de la presente indagación, debe sostenerse que la concentración se encuentra seriamente comprometida en la praxis de los procesos jurisdiccionales contencioso-administrativos en Costa Rica; ello, toda vez que si bien es cierto que con la promulgación y la entrada en vigencia del Código Contencioso-Administrativo en el

año 2008 se aligeró sensiblemente la tramitación de los juicios, esta situación ha variado del todo y ahora es frecuente que entre audiencia preliminar y juicio oral y público se demore un lapso de dos y hasta tres años, lo cual es desastroso para la vigencia y para la efectividad del citado principio pues genera que un juicio ordinario demore hasta seis y siete años en total para adquirir cosa juzgada material. Puesto que, por ejemplo, el juzgador puede quedar completamente convencido de determinados hechos o alegaciones de las partes, con la práctica de audiencias simultáneas o con poco espacio entre sí; y no como ha venido ocurriendo al presente en Costa Rica, porque muchas veces cuando se lleva a cabo el juicio oral y público y es la hora de emitir la sentencia, ya no subsisten los intereses ni las situaciones jurídicas que motivaron la interposición inicial del litigio.

1.3.4 Principio de Contradicción y de Comunidad de la Prueba

Se trata de un principio propio de un régimen democrático y respetuoso del debido proceso legal; en virtud del cual, y en procura de garantizar el más irrestricto derecho de defensa, se le permite a la parte cuestionar por cualquier medio lícito posible la incorporación de las pruebas que, en el expediente o durante el juicio, obren en su contra. Por su parte, la regla de la comunidad de la prueba determina que los distintos elementos probatorios serán comunes a todos los sujetos procesales; pudiendo aprovecharse de los mismos y explotarlos en su beneficio, cualquiera de las partes en disputa, aunque no sean estas las que los hayan ofrecido.

En materia de pruebas documentales y materiales, encontramos que la contradicción se verifica desde el propio momento en que puede cuestionarse y controvertirse de cualquier forma, la incorporación de pruebas espurias o impertinentes. Lógicamente la parte demandada o accionada, o cualquier otra parte afectada en cualquier tipo de proceso; está legitimada para pedir que no se consideren como pruebas válidas, aquellas que evidencien alteraciones groseras, de manera que den pie a pensar que la persona contra la que se dirigen no estuvo o no tuvo ningún tipo de relación con ciertos acontecimientos de los que se le acusa. No obstante, debe avanzarse hacia mayores garantías de respeto a la contradicción y a la inviolabilidad de la defensa; sobre todo en lo que respecta a la posibilidad de controvertir de manera más amplia los

dictámenes y las pericias, y no dejarlas completamente al arbitrio del juzgador.

1.3.5 Principio de Libre Valoración de la Prueba y Respeto a la Sana Crítica Racional

El particular diseño del sistema procesal en nuestro país se bifurca en dos grandes ramas, como ya hemos adelantado de alguna manera: una orientación encaminada hacia el logro de una verdad formal en el marco del proceso civil tradicional; y otra postura que al menos a nivel teórico propugna por la averiguación de la “verdad real”, en el marco de otro tipo de procesos mayormente signados por la presencia de intereses públicos y otros en donde se discutan tópicos o derechos de colectivos particularmente vulnerables o que involucren un interés estatal (juicios laborales, de familia, determinados procedimientos administrativos, entre otros). En este soporte de apreciaciones: se ha pasado a argumentar que en materia civil se dan algunos matices hacia la prevalencia de prueba tasada o de valor prefijado; mientras que en los procesos contencioso-administrativos u otros de carácter similar, principalmente, por conducto del numeral 82 inciso 1) del Código Procesal Contencioso-Administrativo, se consagra una libertad probatoria íntimamente vinculada a las nociones de averiguación de la “verdad real de los acontecimientos” y a la necesaria garantía de los intereses públicos en juego, lo cual obedece en definitiva a la necesaria acreditación de “los intereses individuales coincidentes de los administrados” según los artículos 112 y 113 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica. Al tiempo que se le impone el deber al juzgador de fundamentar con cautela todas sus resoluciones, según el artículo 57 del citado Código Procesal; siguiendo para ello, y como hemos adelantado ya, las reglas de la lógica, de la razonabilidad y de la experiencia, de manera que cualquier otro sujeto pueda descubrir en el proceder del órgano decisor, un encadenamiento lógico y eslabonado de razonamientos a través de los cuales se pueda llegar a un fallo coherente y sistematizado.

Dentro de los límites y contenido del fallo de la Sala Constitucional que comentábamos más atrás, se hace una muy completa enunciación de lo que significa la sana crítica racional en el marco de los procesos judiciales; con lo cual encontramos que el cometido último del instituto

consabido no es otro sino el de intentar vedar la arbitrariedad en que puedan incidir los distintos jueces que conocen una causa concreta:

“El proceso (...), al menos tal como debe entenderse en nuestro país, excluye la libre convicción del juzgador, el cual tiene, por el contrario, la potestad y obligación de valorar la prueba recibida conforme a las reglas de la sana crítica racional, que **reconocen su discrecionalidad pero la someten a criterios objetivos**, por lo tanto invocables para impugnar una valoración arbitraria o errónea. Desde luego, la arbitrariedad o el error pueden darse, tanto al rechazar indebidamente elementos o posibilidades de convicción pertinentes, como al atribuir a las pruebas recibidas un contenido inexacto o al desdeñar el verdadero -errores de hecho-, como, finalmente, al otorgarles un valor probatorio del que razonablemente carecen o negarles el que razonablemente tienen, como, en síntesis, al violar los principios de la sana crítica conducentes a una correcta determinación de la verdad de los hechos relevantes del caso. **En este sentido, la afirmación usual de que “el juez de la causa es soberano en la apreciación y valoración de la prueba” resulta claramente violatoria del derecho del reo al debido proceso** y, por ende, inconstitucional: el principio de intermediación de la prueba otorga, obviamente, una amplia discrecionalidad al juzgador inmediato para apreciarla y valorarla, pero no excluye del todo su deber de documentar el contenido de la prueba misma y las razones de su convicción, de manera que uno y otras puedan ser impugnadas por arbitraria o gravemente erróneas, como ocurre en el Estado de Derecho con toda discrecionalidad.”⁴

En unión con las argumentaciones ya señaladas, debemos caracterizar al principio de la valoración libre y racional de la prueba mediante una conceptualización negativa, a la que llegamos oponiendo la sana crítica a los otros dos sistemas valorativos existentes: sea la íntima convicción y el sistema de la *prueba tasada*. Tomando en cuenta el primero de los sistemas expuestos, se señala que la íntima convicción históricamente coincide con momentos tempranos del desarrollo de sistemas legales, por lo que la adopción de una decisión determinada en uno u otro sentido, se confiere a personas individualizadas y se atribuye a una voluntad abstracta que se manifiesta en distintas formas, ya sea la ejemplificada por la voluntad popular en su conjunto, por deidades, o por personas que unilateralmente se arrogan la facultad de representar al pueblo y a los intereses públicos que se dicen defender. El carácter

4 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1739-1992, de las once horas cuarenta y cinco minutos del uno de julio de mil novecientos noventa y dos. Lo resaltado y subrayado no se corresponde con el original.

de íntimo con que se adjetiva a esta forma de análisis de la prueba, llega a ser tan intensa que los elementos probatorios no necesariamente deberán ser valorados por quien juzga bajo algún sistema específico de apreciaciones; o bien, si lo son, tal proceso queda en el fuero interno de quien emite el veredicto. En este caso el juez no se encuentra obligado a señalar por qué llega a una determinada conclusión, se limita a señalar su determinación sin que deba fundamentarla, pues se hace partícipe del genérico atributo de la inerrancia que cobija a los aplicadores del derecho en este sistema. En los países en que se ha legitimado al jurado como juzgador, tenemos un claro ejemplo de esta forma de apreciar la prueba, la conclusión a que llegan los miembros del jurado sobre las cuestiones pecuniarias o de otro tipo a él encomendadas, no debe ser fundamentada; limitándose los miembros del mismo a decantarse simplemente por afirmar su decisión.

En paralelo al sistema de valoración de la prueba antes referido, encontramos el *sistema de prueba tasada o prueba legal*, que es aquel en el cual, desde el punto de vista del juez, su labor y aporte resultan ser menos libres. En realidad, aquí encontramos un sistema antagónico al antes ejemplificado, puesto que la función valorativa de las pruebas por parte del juez busca minimizarse en virtud de reglas y criterios pre-fijados y predefinidos por ley. Así las cosas, se señalan cuotas de legitimidad a ciertos elementos probatorios concretos, en razón de particulares circunstancias y reglas de experiencia: criterios de validez objetiva de las probanzas que vienen impuestos normalmente por el legislador y con pretensiones de aplicabilidad general. El autor nacional, exmagistrado Mora Mora sienta un importante comentario en que analiza las principales implicaciones de este sistema de valoración probatoria; que como hemos dicho reiteradamente, aplica en muchos supuestos de nuestro proceso civil escriturario:

“Sin duda se trata de un sistema que provee una mayor seguridad jurídica y predictibilidad del derecho, lo cual se logra por medio de la creación de una llamada “verdad legal” que, en caso necesario (y a menudo) se superpone a lo realmente ocurrido. Así, una escritura tendrá mayor valor que un testimonio; lo dicho por una pluralidad de testigos la tendrá también en relación con el testigo único. A la mujer, el niño y a quien no tiene oficio conocido se les resta credibilidad. En el procedimiento inquisitivo como la justicia se administra por delegación, corresponde a quien delega fijar el valor probatorio a efecto de que sus criterios sean los que prevalezcan al momento de resolver. Respecto

de este sistema interesa realizar dos observaciones: la primera es que comparte con el de íntima convicción una característica importante cual es la de que la participación del juez es predominantemente instrumental: en ninguno de los dos casos, es su voluntad, sino la una entidad diferente (el pueblo, Dios o la ley) la que aprecia el valor de la prueba y la justicia de la causa y se expresa a través de él para decidir el destino del acusado. En segundo lugar, de lo que viene dicho puede surgir la impresión de que el sistema inquisitivo resultó más beneficioso para el acusado en tanto que la discrecionalidad del juez en materia de valoración de prueba es restringida en gran manera por el valor preestablecido de los elementos probatorios, con lo cual se ponían a salvo de sus posibles parcialidades y venalidades. La respuesta es tristemente negativa, pues ocurrió que con un valor fijado para cada prueba, los jueces -que por diferentes circunstancias habían adquirido la potestad de instruir de oficio- no se molestarían ya en buscar más prueba que aquella que el propio sistema consideraba de más valor, a saber la confesión." (MORA M., L.P.; 2005: 3-4).

En otro orden de ideas, y considerando que la exigencia de una valoración conforme con las reglas de la sana crítica racional proyecta su vinculatoriedad hacia todo el espectro de análisis de la totalidad de las pruebas sometidas al proceso; no puede sino concluirse que por la particular trascendencia y por la naturaleza de los intereses sometidos al proceso contencioso-administrativo (al estar involucrado aquí de lleno el interés público), el sistema de valoración de la prueba con sujeción a las garantías de la sana crítica racional es el que mejor se adecua a este tipo de asuntos, pues aquí el juzgador ejerce el papel de censor de legalidad de las decisiones de la Administración Pública y debe cerciorarse de manera puntual y exacta de que sus determinaciones y actos administrativos se ajusten a las reglas unívocas de la ciencia y de la técnica y a los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia, como exige el número 16 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica.

2 Análisis de la Regulación Rspecífica sobre la Prueba en el Código Procesal Contencioso-administrativo de Costa Rica, Ley n° 8508 del 28 de abril de 2006

CAPÍTULO IV

LA PRUEBA

ARTÍCULO 82.-

1) La jueza o el juez ordenará y practicará todas las diligencias de prueba necesarias, para determinar la verdad real de los hechos relevantes en el proceso.

2) Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el Derecho público y el Derecho común.

3) Las pruebas podrán ser consignadas y aportadas al proceso, mediante cualquier tipo de soporte documental, electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías.

4) Todas las pruebas serán apreciadas, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

5) Las pruebas que consten en el expediente administrativo, cualquiera sea su naturaleza, serán valoradas por la jueza o el juez como prueba documental, salvo que sea cuestionada por la parte perjudicada por los medios legales pertinentes.

COMENTARIO:

Párrafo 1) *La jueza o el juez ordenará y practicará todas las diligencias de prueba necesarias, para determinar la verdad real de los hechos relevantes en el proceso.*

En ese sentido, el Código costarricense está aplicando el giro que establece la Ley General de la Administración Pública, de buscar la verdad real y no la formal, éste último resabio histórico de los civilistas o procesalistas del Derecho común; es decir, como decíamos antes, no importan tanto las formas sino las exigencias propias y connaturales a desprender qué es lo que de verdad acaeció en el curso del proceso. La prueba se refiere obviamente a los hechos relevantes en el proceso, no a los hechos accesorios o circunstanciales o no relevantes.

Párrafo 2) *Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el Derecho público y el Derecho común.*

En Derecho Público, el ejemplo más relevante en cuanto a la prueba es el expediente administrativo; en el derecho común, conviene observar el artículo 318 del Código Procesal Civil de 1990, hoy el artículo 41.2 del nuevo Código Procesal Civil de 2016. Sobre qué es y qué no es

un expediente administrativo, la doctrina se ha preocupado de externar las siguientes consideraciones:

“Para Ricardo Rivero Ortega el expediente administrativo “es el conjunto de documentos ordenados por la Administración sobre un asunto determinado”. En tal sentido, para el referido autor la definición de expediente administrativo, está compuesta por los siguientes elementos:

1. se trata de **un conjunto**, lo que significa que un expediente “la mayoría de las veces es algo más que un solo documento, aunque puede darse el caso de un expediente integrado por un único documento (lo que no es incompatible con su condición de conjunto)”;
2. **la ordenación** de los documentos, lo que significa que el “ideal de expediente lleva implícito cierto orden, esto es, concierto y disciplina en la articulación formal”;
3. los documentos son ordenados por la Administración, aunque inicialmente no sean administrativos, pero “pueden serlo desde el momento en que se incorporan al expediente”;
4. se refieren a un asunto determinado, “luego existe una conexión entre los documentos en cuanto a su objeto y el fin para el que la Administración los recopila y ordena, que es el de formar o informar su criterio sobre un caso o una materia concreta” (PELLEGRINO PACERA, C.G.; 2009: 32-33).

Párrafo 3) *Las pruebas podrán ser consignadas y aportadas al proceso, mediante cualquier tipo de soporte documental, electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías.*

Al efecto, este tema cobró vigencia en Costa Rica con la adopción de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, N° 8454 del 30 de agosto del 2005; esta nueva normativa se inscribe dentro de las tendencias científicas y tecnológicas de avanzada en todo el mundo, en el sentido de que procura la sistematización informática de los procesos jurisdiccionales y la digitalización y la telematización de la información, para que la ciudadanía tenga un conocimiento directo e inmediato de los fallos judiciales, salvaguardando la información de las partes cubierta bajo el fuero de la privacidad.

Párrafo 4) *Todas las pruebas serán apreciadas, de conformidad con las reglas de la sana crítica.*

La sana crítica es un concepto del Derecho Procesal Privado o Común, son las reglas del recto entendimiento humano, de la lógica jurídica, de la verdad real o cierta, no formal o procesal, ésta última es

la que arroja el proceso frío e inerte; sobre los principales conceptos, derivaciones e implicaciones de esta regla formal y principio básico de la sana crítica ya tuvimos ocasión de pronunciarnos con antelación, por lo que remitimos a lo dicho *in supra*.

Esta es una apreciación civilista o del Derecho Común, se debería establecer que serán apreciadas conforme a las normas y principios del Derecho Público *in toto*, en primer lugar, para luego referirse a la sana crítica, como lo hace el artículo 298 de la Ley General de la Administración Pública.⁵

Párrafo 5) *Las pruebas que consten en el expediente administrativo, cualquiera sea su naturaleza, serán valoradas por la jueza o el juez como prueba documental, salvo que sea cuestionada por la parte perjudicada por los medios legales pertinentes.*

La forma de cuestionar un documento es por la vía de su falsedad, conforme a los artículos 359, 360 y 361 del Código Penal, lo que significa la paralización del proceso mientras se resuelve si este documento es legítimo o no. En este sentido hay que establecer que el proceso podría continuar o suspenderse a resultas del proceso penal, siempre que se dé una prueba determinante o contundente; para así evitar que se paralice fácilmente un proceso judicial, toda vez y por cuanto ello contravendría exigencias derivadas de principios ordenatorios básicos, como el de la buena fe procesal.

ARTÍCULO 83.-

1) Las partes o sus representantes, la jueza o el juez tramitador o el Tribunal, según corresponda, podrán requerir la declaración testimonial de la persona funcionaria o de las personas funcionarias que hayan tenido participación, directa o indirecta, en la conducta administrativa objeto del proceso.

2) También, las partes, la jueza, el juez tramitador o el Tribunal podrán requerir la declaración de testigos-peritos, quienes se regirán por las reglas de la prueba testimonial, sin perjuicio de que puedan ser interrogados en aspectos técnicos y de apreciación.

COMENTARIO:

⁵ **Artículo 298.-**

1. Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común.

2. Salvo disposición en contrario, las pruebas serán apreciadas de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Párrafo 1) *Las partes o sus representantes, la jueza o el juez tramitador o el Tribunal, según corresponda, podrán requerir la declaración testimonial de la persona funcionaria o de las personas funcionarias que hayan tenido participación, directa o indirecta, en la conducta administrativa objeto del proceso.*

Se reitera que el funcionario puede declarar, sólo como testigo, y no confesar como parte. Al efecto, debe apreciarse el numeral 301 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, que claramente dispone que la Administración no puede confesar en su perjuicio. Asimismo, vale la pena observar el artículo 54 de la otrora Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.⁶

Jurisprudencialmente se ha admitido que el funcionario que hubiere participado directa o indirectamente en la conducta administrativa, esto último como asesores, otros como Administración Activa con poder de decisión y mando, o como ejecutor en la conducta administrativa objeto del proceso, podía declarar bajo juramento de decir verdad, según las reglas del Derecho Procesal común.

Párrafo 2) *También, las partes, la jueza, el juez tramitador o el Tribunal podrán requerir la declaración de testigos-peritos, quienes se regirán por las reglas de la prueba testimonial, sin perjuicio de que puedan ser interrogados en aspectos técnicos y de apreciación.*

Respecto a los peritos y a los testigos-peritos, debemos señalar que no se elimina la errónea jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y que mantienen los demás tribunales, en cuanto a que los dictámenes periciales no son vinculantes para los jueces, como si estos conocieran de las materias técnicas y a pesar del alto costo económico por el pago de honorarios, que incluso los

6 **Artículo 54 L.R.J.C.A.-**

1. La Administración Pública no podrá ser obligada a absolver posiciones por medio de sus agentes, pero todos ellos, cualquiera sea su jerarquía, estarán obligados a suministrar los informes que el Tribunal les solicitare.
2. Admitido por el Tribunal el interrogatorio correspondiente, la parte contraria podrá, dentro del plazo de tres días, formular un contra-interrogatorio al funcionario, que admitirá el Tribunal si fuese pertinente.
3. El Tribunal podrá formular también las preguntas o repreguntas que estime del caso.
4. Si el funcionario no contestare o lo hiciere con evasivas, podrán ser tenidas por exactas las manifestaciones que la parte hubiere hecho acerca de los hechos respectivos.
5. Los despachos con los interrogatorios correspondientes, serán entregados, bajo conocimiento, a quien represente en el juicio a la autoridad de quien dependa el funcionario cuyo testimonio se requiere por informe.
6. El mismo representante estará obligado a presentar al Tribunal la contestación dentro del plazo señalado, o, en su defecto, la prueba de que entregó el despacho a su destinatario.

calculan como si fueran abogados, conforme a su tarifa profesional, aunque luego los jueces de lo Contencioso-Administrativo descartan totalmente los dictámenes. A estos efectos, la Sala Primera manifiesta que los dictámenes periciales ostenta un carácter prescindible para el juez que conoce la causa, y que este último siempre conserva atribuciones y potestades en calidad de “perito de peritos”; sin embargo, frente a esta opinión debemos redargüir, que ello otorga potestades omnímodas al juzgador y que en no pocas ocasiones lo hacen incurrir en arbitrariedades, puesto que si ello fuese cierto, ¿qué sentido tendría llamar al contradictorio a peritos expertos, con conocimientos puntuales y probados en su área de especialización, si el juez puede prescindir impunemente de sus dictámenes?

A manera de ejemplo conviene citar la Resolución N° 600-F-2007 de la Sala Primera, la cual se refiere a un caso donde se solicitaba la nulidad de la resolución del Poder Ejecutivo que rechazaba una indemnización debido a lo siguiente: En 1984 se pública en el Diario Oficial La Gaceta un decreto expropiatorio sobre una finca ubicada en la provincia de Guanacaste; dicha expropiación nunca se llegó a consumar por culpa del Estado y el decreto fue derogado y dejado sin efecto ocho años después. Ahora bien, desde la publicación de dicho Decreto hasta que se dejó sin efecto, la sociedad actora sufrió daños y perjuicios graves durante todo ese periodo, ya que se encontraba limitada para realizar todo tipo de operación con el inmueble, verbigracia, no lo podía hipotecar o gravar en cualquier forma, nadie le compraba un trozo o pedazo del inmueble por estar “anotado” en las citas de inscripción de los registros públicos, en suma, estaba afectada por un acuerdo del Consejo de Gobierno, publicado en La Gaceta e inscrito en el Registro Público.

A pesar de lo anterior y en relación directa con el tema de la prueba pericial, dicha resolución señaló expresamente:

“(…) el perito se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle el conocimiento sobre hechos y el sentenciador es libre de apreciar ese dictamen mediante la sana crítica, acogiendo o no sus conclusiones. Sería absurdo ordenarle al juez que acepte ciegamente el criterio de los peritos, sea que lo convenza o que le parezca ilógico o dudoso, porque se desvirtúan así las funciones de aquel y se constituiría a éstos, en jueces de la causa.”

Aclaremos que existían dos peritajes millonarios que demostraban indemnización real o cierta de daños y perjuicios, pero para no otorgarlos los jueces se fundan en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que niega el derecho y por ende, niegan la aplicación de criterios de justicia para el caso concreto.

Otro ejemplo lamentable lo constituye la Sentencia N° 000612-F-2007 de la Sala Primera, la cual confirma una actuación del Juzgado y el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, en el sentido de que el juez tiene entera libertad de apartarse de los criterios técnicos vertidos por especialistas versados en una materia y fijar por ellos mismos montos “prudenciales” que requieren de un estudio serio y profundo. En este caso, la citada Sala señaló:

“(…) El dictamen no vincula al Juez. Sin embargo, por imperativo de la sana crítica, el distanciarse exige una motivación racional y coherente, de modo que las conclusiones puedan insertarse y conciliarse con los hechos acreditados por otros medios de prueba. Como ya se dijo, el Ad quem ratificó la desestimación de la pericia constante en el expediente, avalando la motivación externada por el Juzgado, quien lo estimo inexacto y con elementos cuestionables, concluyendo que debía establecerse mediante fijación **prudencial**.”

Con este tipo de resoluciones, se desvirtúa totalmente el carácter del peritaje, colocándose el juez en una condición -que ciertamente como abogado no tiene- de valorar aspectos de otras técnicas, como la ingeniería y la contabilidad, entre otros. Pregunto: ¿los abogados estamos preparados para estimar, valorar o justipreciar daños y perjuicios?

Siguiendo el análisis de la norma: ¿qué son los aspectos técnicos y de apreciación sobre los que puede ser interrogado el testigo-perito? En primer lugar, que se entiende por apreciación. Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, “apreciar” es percibir debidamente, tratándose de la magnitud, intensidad o grado de las cosas y sus cualidades. Ahora bien, leyendo la norma, tengo mis dudas en este giro procesal, pues cabe la pregunta: ¿el abogado, o en su caso, el juez, tienen la capacidad para interrogar o valorar aspectos ajenos a su conocimiento y tener certeza sobre la respuesta que reciben? Al efecto, lo más grave es que los tribunales desestiman o mejor, actúan como peritos en unos casos y en otros lo aceptan sin mayor cuestionamiento.

Por otro lado, nótese que el pago de honorarios de perito no versa siempre sobre montos bajos, es más, en 1998 se interpuso una acción de inconstitucionalidad -tramitada bajo número de expediente 98-004241-0007-CO- contra el acuerdo del Consejo Superior del Poder Judicial, Artículo CXI, del primero de diciembre de 1994 y el acuerdo de Corte Plena, Artículo XVIII, tomado en la sesión del 12 de junio de 1995, en donde creó y modificó la Tabla de Honorarios de Peritos del Poder Judicial. En aquella oportunidad se fundamentó la acción de inconstitucionalidad, en el hecho de que si bien los peritos deben recibir honorarios por su labor, es violatorio al principio de acceso a la justicia de todos los ciudadanos, establecer una tabla fija para dicha remuneración, como si se tratara de los honorarios de los abogados, dejando de lado las circunstancias particulares de la labor profesional, amén que se hace a la justicia mucho más cara de lo que es; en aquella oportunidad, la acción fue declarada sin lugar mediante Voto N° 1999-01817 de las quince horas con treinta y tres minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Así las cosas, en este tipo casos no solo se está desconociéndola importancia de la prueba pericial, sino que además se está dejando de lado el alto costo que este tipo de pruebas tiene, lo que hace del proceso contencioso-administrativo, un proceso sumamente oneroso lo cual en definitiva genera grave afectación y lesión hasta los derechos de los ciudadanos de proteger su situación jurídica particular frente a las posibles arbitrariedades del Estado y de los otros entes públicos.

3 Análisis de la Regulación Específica sobre la Prueba en la Ley General de la Administración Pública, Ley n° 6227 del 02 de mayo de 1978

El tema de la prueba y de su tratamiento frente al Derecho Público es puntillosamente desarrollado en la Ley General de la Administración Pública; y los principios y reglas ahí consagrados aplican para toda la materia contencioso-administrativa (en la medida en que las regulaciones del Código Procesal Contencioso-Administrativo resultaren omisas), toda vez que en virtud del artículo 220 del citado código, los principios generales del Derecho Público se aplican también para esta materia, por lo que las normas de la Ley General tienen entonces carácter de fuentes supletorias de todo el ordenamiento jurídico-administrativo.

Además, es importante destacar el artículo 364 de la Ley General de la Administración Pública, el cual sienta una regla o patrón especial de actuación que indica lo siguiente:

“Artículo 364.-

1. Esta ley es de orden público y deroga las que se le opongan, con las limitaciones y salvedades que se establecen en los artículos siguientes.
2. En caso de duda, sus principios y normas prevalecerán sobre los de cualesquiera otras disposiciones de rango igual o menor.
3. Serán también criterios de interpretación de todo el ordenamiento jurídico administrativo del país.”

Así las cosas, y partiendo de estas líneas y previsiones abstractas que sientan reglas, encontramos que a partir de las mismas se deriva la regulación específica de los siguientes artículos que comentamos; el detalle y el análisis metódico de los mismos resulta importante, toda vez que ellos indican cómo debe interpretarse el tópico de la prueba desde el punto de mira de los objetivos del procedimiento administrativo. Observemos:

ARTÍCULO 221.-

En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que sirven de motivo del acto final en la forma más fiel y completa posible, para lo cual el órgano que lo dirige deberá adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aun si no han sido propuestas por las partes y aun en contra la voluntad de estas últimas.

COMENTARIO:

El procedimiento administrativo tiene en mira la búsqueda de la verdad real -distinta de la verdad formal-, así como la verificación fehaciente de los hechos que constituyen motivo del acto final. Más claro, dentro de las normas para lograr el valor justicia, porque en el fondo la verdad real es la verdad real de la justicia, no el valor formal, que a veces se desprende del expediente, pero que no es realmente lo que sucedió en un caso que es objeto de investigación; al procedimiento administrativo como tal le interesa desentrañar la verdad del caso concreto porque el ordenamiento parte, de que solo de esta manera se logrará el alcance de dicho contenido axiológico. El órgano que resuelve debe hacerlo basándose en los hechos ciertos, reales o verdaderos, independientemente de que hayan sido alegados en el curso del procedimiento administrativo.

Puede ordenar cualquiera probanza para mejor resolver, aún en contra de la voluntad de las partes si con ello pretende la averiguación de la verdad de los acontecimientos.

“Por ello, la Administración tiene que procurar el descubrimiento de la verdad de los hechos denunciados, para lo cual, tiene plena libertad para practicar las diligencias y pruebas que estime pertinentes, tal y como lo facultan los artículos 297 y 298.1 de la misma Ley; a partir de las cuales se establece el sistema de la prueba libre -no tasada como la jurisdicción civil-, y su valoración conforme a las reglas de la sana crítica, lo cual conlleva a la lógica, la experiencia, técnica y la razonabilidad, que no permiten una valoración subjetiva, sino técnica y objetiva; de allí la importancia de los informes técnicos y probanzas de la misma índole. Así, más que una facultad, constituye una obligación para el órgano director del procedimiento, la búsqueda oficiosa de las pruebas que le ayuden a resolver de la mejor manera, el procedimiento iniciado.”⁷

Para probar los hechos que son objeto de investigación, se puede acudir a la prueba confesional, testimonial, pericial, documental, indiciaria; en este sentido, pues -y como lo expusimos con antelación- el Código Procesal Contencioso Administrativo indica en su artículo 82 sobre las medidas o diligencias probatorias:

“Artículo 82.-

- La jueza o el juez ordenará y practicará todas las diligencias de prueba necesarias, para determinar la verdad real de los hechos relevantes en el proceso.
- Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el Derecho público y el Derecho común.
- Las pruebas podrán ser consignadas y aportadas al proceso, mediante cualquier tipo de soporte documental, electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías.
- Todas las pruebas serán apreciadas, de conformidad con las reglas de la sana crítica.
- Las pruebas que consten en el expediente administrativo, cualquiera sea su naturaleza, serán valoradas por la jueza o el juez como prueba documental, salvo que sea cuestionada por la parte perjudicada por los medios legales pertinentes.”

La jueza o el juez tramitador del proceso, ordenarán y practicarán todas las diligencias de prueba necesarias, para determinar la verdad

⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución de las doce horas del veinticuatro de diciembre de dos mil cuatro.

real de los hechos relevantes en el proceso. En ese sentido, el Código del 2006 está aplicando el giro que establece la Ley General de la Administración Pública de 1978, de buscar la verdad real y no la formal, ésta última concebida como resabio histórico de los civilistas o procesalistas del Derecho común.

ARTÍCULO 297.-

1. La Administración ordenará y practicará todas las diligencias de prueba necesarias para determinar la verdad real de los hechos objeto del trámite, de oficio o a petición de parte.
2. El ofrecimiento y admisión de la prueba de las partes se hará con las limitaciones que señale esta ley.
3. Las pruebas que no fuere posible recibir por culpa de las partes se declararán inevaluables.

COMENTARIO:

El primer inciso indica que la Administración tiene oficiosamente toda la amplitud, para ordenar la práctica y la evacuación de toda clase de pruebas necesarias para lograr la verdad real y no meramente la formal de los hechos objeto del procedimiento. El procedimiento administrativo que busca la verdad real, permite que el Órgano Director del Procedimiento o el que lleva la instrucción de la causa en sede administrativa, pueda ordenar las pruebas que considere que sean necesarias, para esclarecer los hechos o para esclarecer cuál es la verdad de los hechos motivo de una futura resolución o acto administrativo.

El segundo inciso explica que la facultad genérica de ofrecer y de admitir prueba de las partes, está limitada de acuerdo con los postulados de la misma Ley General de la Administración Pública. Esto se encuentra en concordancia con artículo 50, inciso segundo, del Código Procesal Contencioso Administrativo.

El tercer inciso explica que las pruebas que no fuese posible recibir por culpa de las partes serán declaradas como inevaluables. No obstante, aquellas que sean que no se practiquen por causa o por culpa de la Administración nunca podrán ser inevaluables. La Administración tiene el poder, es más, el deber jurídico de -con su poder de imperio- ordenar o evacuar la práctica de las diligencias de prueba que sean necesarias para implementar la verdad real de los hechos objeto del trámite, ya sea de oficio o a petición de parte. Este es el principio valedero aplicable, del proceso civil o común de prueba, incluso para mejor resolver, siempre y

cuando se busque la verdad real de los hechos; es decir, no la meramente formal que muchas veces ni siquiera coincide en lo más mínimo con la real dinámica de los acontecimientos traídos a debate o a cuestión.

ARTÍCULO 298.-

1. Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común.

2. Salvo disposición en contrario, las pruebas serán apreciadas de conformidad con las reglas de la sana crítica.

COMENTARIO:

El artículo indica que en el procedimiento administrativo no hay prueba tasada, es decir no existe un valor taxativo asignado a la prueba. Los medios para probar los hechos alegados se encuentran ampliamente establecidos; es decir, se permiten como probanzas específicas, todas las que tolere el Derecho Público, sin más límite o valladar que -precisamente- el que constituye el necesario resguardo de los intereses públicos que involucra cada temática sustantiva. El inciso transcrito indica que permite los medios de prueba de Derecho Público, en el sentido que el Derecho Público permite toda clase de prueba, y establece que se recibirán estas pruebas, aunque ellas no sean admisibles por el derecho común, lo que significa que en el Derecho Procesal Público, existe más libertad para el órgano director de admitir pruebas, que sean eficaces, que sean legítimas y que sean admisibles.

En este sentido es posible mencionar como medios de prueba los que dicta el derecho común, en específico el artículo 41 del nuevo Código Procesal Civil (que corresponde al artículo 318 de la normativa derogada); no obstante, tal como dicta el artículo comentado, es más amplio el medio de prueba admitido por el Derecho Público, por lo tanto, éste último adicionalmente admitirá todos los idóneos, válidos y eficaces y que confluyan a la demostración de la verdad real de los hechos objeto de debate. Por ejemplo, para que se admita como prueba en el proceso civil, una certificación tiene que ser emitida o validada por un Notario Público, con las firmas estampadas en la propia declaración de voluntad, incluso como requisito de validez a veces se necesita la presencia de testigos, los documentos pueden ser copias, las copias pueden ser certificadas. Esa certificación tiene que guardar los requisitos que establece la ley del rito procesal, por ejemplo, hay que buscar el Código de

Notariado, hay que buscar los requisitos que establece el Código Procesal Civil, el Código Civil.

La eficacia de la prueba se entiende aquella la cual para esclarecer los hechos, tiende a lograr la verdad real de lo que es objeto propiamente del debate, o sea, es ineficaz porque puede probar sobre unos hechos, pero no tiene ninguna relevancia sobre lo que se está investigando para el objeto del procedimiento administrativo, admisible, eficaz y legítimo.

El segundo inciso introduce el concepto de “sana crítica”, el cual está totalmente originado e imbuido en los principios universales del Derecho Común o Civil. La sana crítica, es la forma en la cual se analiza un elemento de prueba, dicho elemento debe apreciarse según la buena fe, la lógica, la ciencia, el entendimiento humano y la experiencia. Consecuentemente el órgano director debe justificar la valoración que hace de cada elemento de prueba.

ARTÍCULO 299.-

En los casos en que, a petición del interesado, deban recibirse pruebas cuya realización implique gastos que no deba soportar la Administración, ésta podrá exigir el depósito anticipado de los mismos.

COMENTARIO:

Este artículo es aplicable en diversos casos, inclusive para las solicitudes de las copias que el particular requiera del expediente administrativo; es decir, cuando un administrado cualquiera pretenda fotocopiar un expediente administrativo, la Administración Pública respectiva puede solicitar que se le pague el costo de las mismas, lo cual es una norma que someto a crítica, porque la Administración por medio de los impuestos está obligada a sufragar todos los gastos que produzca propiamente el aparato administrativo, lo cual comprende salarios, vehículos, y por supuesto las fotocopias, correos electrónicos, mobiliarios, entre otros, los cuales deben estar comprendidos en el pago genérico que los ciudadanos realizamos por concepto de impuestos.

Por ejemplo, en ocasiones el Servicio Civil solicita que se depositen miles de miles de colones para acceder a las solicitudes de copia; consecuentemente, establece el deber del pago del valor de los tomos y folios, todo esto para disuadir una investigación que realice el administrado. No obstante, esto también es aplicable para peritajes e inclusive para sufragar gastos de testigos que deban trasladarse, pues se ha

considerado jurisprudencialmente que no son gastos que deba asumir la Administración Pública.

Bibliografía

Jurisprudencia Costa Rica

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1739-1992, de las once horas cuarenta y cinco minutos del uno de julio de mil novecientos noventa y dos.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 28-1995, de las quince horas quince minutos del veintidós de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 000600-F-2007, del diecisiete de agosto de mil dos mil siete.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 000612-F-2007, de las nueve horas del veinticuatro de agosto de mil dos mil siete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 127-2000, de las nueve horas con cuarenta minutos del cuatro de febrero del dos mil.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 708-2007, las nueve horas cuarenta minutos del seis de julio de dos mil siete.

Tribunal Contencioso Administrativo. Sección Primera. Resolución N° 428-2010, de las trece horas del diez de agosto de dos mil diez.

Libros y revistas

ALSINA, Hugo (1982). *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Compañía Argentina de Editores.

ARDÓN ACOSTA, Víctor (1999). *La prueba en materia laboral*. San José, Costa Rica: Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia.

BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. (2004). *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales.

DE LA OLIVA, Andrés; FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (1997). *Derecho Procesal Civil II*. Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

GASCÓN ABELLÁN, Marina (2004). *Los hechos en el derecho*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.

- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (1983). *Derecho constitucional costarricense*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro S. A.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (2007). *Derecho Procesal Penal: Garantías procesales*. 1° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- MACHADO SCHIAFFINO, Carlos. Los deberes del perito, en *Revista de Ciencias Jurídicas*. San José, Costa Rica, N° 63, enero-abril de 1989.
- MONTERO AROCA, Juan (1998). *La Prueba en el Proceso Civil*. 2° ed. Madrid, España: Editorial Civitas.
- MORA MORA, Luis Paulino (2005). La prueba como derecho fundamental, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Rosario, Argentina, N° 4, julio a diciembre de 2005.
- MORELLO, Augusto María (1991). *La prueba. Tendencias modernas*. Buenos Aires, Argentina: Librería Editora Platense.
- PELLEGRINO PACERA, Cosimina G. Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Administrativo y el Expediente Administrativo, en *Revista de la Facultad de Derecho*. Caracas, Venezuela, N° 64, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 2009.
- ORTELLS RAMOS, Manuel (2001). *Derecho Procesal Civil*. 2° ed. Navarra, España: Aranzadi.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición. Madrid, España: Editorial Espasa Calpe S.A.
- TSCHADEK, Otto (1982). *La prueba*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Vargas Hidalgo, Ricardo. Celeridad en los Juicios Laborales, en *Ponencia del Encuentro Iberoamericano de Justicia Laboral*. San José, Costa Rica, junio de 1999.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo (1969). *Derecho Procesal Penal*. 2 tomos. Córdoba, Argentina: Editorial Astrea.

Transparencia Activa, Ciudadanía Activa: Nuevas Tecnologías y Control Social de la Administración

Eneida Desiree Salgado *

1 El Estado Democrático de Derecho y el Poder en Público

La legitimación de ejercicio del poder político por la voluntad del pueblo es uno de los fundamentos del Estado de Democrático de Derecho. Con la modernidad, no se admite la dominación sin consentimiento, tampoco un poder sin frenos y controles. La ingeniería constitucional de los Estados contemporáneos se preocupa – cuando menos normativamente – con la transparencia en el ejercicio del poder, con la fiscalización de actos y de agentes, con un sistema de invalidación del actuar estatal abusivo, con un espacio de actuación de la ciudadanía.

“Los ejercientes del poder serán agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios”.¹ El ejercicio del poder político no es algo desvinculado de la voluntad del pueblo, pues no retira su legitimidad de la motivación ordinaria de los individuos ocupantes de los cargos y funciones: “Atrás quedaron, afortunadamente, consideraciones y exposiciones basadas en la idea de la autoridad o el poder como esquemas unitarios desde los que plantear el sentido y la funcionalidad del Derecho Administrativo”.²

* Doctora en Derecho del Estado. Profesora, Departamento de Derecho Público, Universidad Federal de Paraná. Investigadora principal en el Centro de Investigaciones Constitucionales.

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983, p. 44.

2 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. In: *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012.

Quien actúa en nombre de la Administración Pública no defiende sus propios intereses ni su visión particular del interés de la Administración o del interés colectivo. El contenido de la actuación está predeterminado: “la Administración pública está conformada por instituciones organizativas que están al servicio de los ciudadanos, circunscrita por la normativa jurídica de cada momento”.³

Así, como los agentes actúan por otro, en nombre del pueblo y según su interés, es necesario que la ciudadanía sepa cómo se está administrando y cómo son tomadas las decisiones. Precisamente, la visibilidad es exigencia de la democracia. Un régimen democrático demanda la existencia de “expedientes institucionales que obligan a los gobernantes a tomar sus decisiones a la luz del día y que permiten a los gobernados ‘ver’ cómo y dónde se efectúan esas decisiones”.⁴ La idea de autodeterminación impone que la representación política y también los agentes públicos actúen de manera transparente.

La mera existencia de órganos e instrumentos de control previstos en el diseño estatal deja de ser suficiente cuando la ciudadanía asume el protagonismo del Estado de Derecho. Por supuesto que es absolutamente indispensable la previsión constitucional y el funcionamiento adecuado de accountability horizontal, con controles jurídico y político de la actuación de los agentes públicos, siempre con la Constitución como parámetro de control.⁵

Desde dentro de la “sala de máquinas” de la Constitución democrática, el control es concebido como “una función” que (1) “es una actividad de confrontación o comprobación, con emisión de un juicio con arreglo a un criterio”, (2) “que un ente u órgano realiza respecto de la actividad de otro”; y (3) “que conlleva, sobre la base del juicio emitido, la adopción de una medida de contenido y alcance diverso”, (4) “con producción de los consecuentes efectos, positivos o negativos, en aquella actividad”.⁶

La transparencia, la motivación, la fundamentación y el respecto a los procedimientos son primordiales para el ejercicio del control de las conductas y decisiones de los agentes públicos por otros agentes u

3 NAVARRO, Karlos. El concepto de administración pública en la Unión Europea y en el sistema de integración centroamericana. In: *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Asunción, v. 6, n. 12, p. 149-168, Aug. 2018.

4 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e a lição dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 386.

5 OTERO SALAS, Filiberto. *Los instrumentos de control político y jurisdiccional en el Estado Constitucional*. México: Editorial Porrúa, 2008.

6 PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 612.

órganos públicos. El debido registro y el debido proceso son más que exigencias formales: son necesarios para permitir el acompañamiento y la comprobación de la adecuación del acto o decisión:

“La vigilancia, fiscalización o control, verificación, comprobación y evaluación de las actividades de los órganos, dependencias y servidores públicos a cuyo cargo está el manejo de los fondos, valores, recursos, bienes y derechos del propio estado tiene por propósito determinar si su actuación se hizo con apego a la normativa jurídica vigente, a efecto de alcanzar los fines, objetivos y metas previstos”.⁷

Respecto al accountability vertical o control social, sin embargo, los requisitos para el actuar de los agentes y órganos públicos son aún más rigurosos. Es preciso tener en cuenta que la mayor parte de las personas no presentan conocimientos técnicos para entender el lenguaje presupuestario o las fórmulas del lenguaje jurídico ni para saber cómo procesar los datos, aunque públicos. Para promocionar el control ciudadano, la transparencia necesita ser más evidente, más activa, más accesible.

2 La Transparencia, el Gobierno Abierto y el Control Ciudadano

La actuación firme y atenta de la ciudadanía virtuosa es condición de una realidad republicana en la Administración Pública. La cultura patrimonialista y personalista que marcó indeleblemente la sociedad brasileña desde su invención por el Estado portugués debe ser desafiada por normativas que obliguen la rendición cotidiana de cuentas de todas las personas que ocupen cargos y ejerzan funciones públicas, combinadas con instrumentos, al alcance de toda la ciudadanía, para su concreción.

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 inaugura un conjunto de valores que deberían fundar una nueva era en la Administración Pública. La legalidad, la impersonalidad, la moralidad, la publicidad y, por enmienda, la eficiencia constriñen (normativamente) todo y cualquier acto del poder público, en todas sus dimensiones. Sin embargo, el sistema convive con cargos públicos de libre nombramiento, con el uso promocional de la publicidad gubernamental y con la existencia del secreto en determinados actos. Sigue un desafío controlar

⁷ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho administrativo*. México: Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, INEHRM, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 263.

la correspondencia entre la actuación del Poder Público y el interés público, su contenido único – pues “cada vez que el aparato público use alguna potestad o poder habrá de argumentar su ejercicio en motivos concretos de interés general”⁸ –, que deberá ser escudriñado por los mecanismos de control interno, de controles recíprocos y de control social.

Los actos del Poder Público deben ser públicos, para que sea posible verificar su adecuación a las exigencias constitucionales y legales. Como gestores del interés público, y, por lo tanto, de intereses potencialmente distintos de sus preferencias particulares, los agentes públicos deben actuar de manera transparente, con publicidad y explicitación de los motivos de su actuación.

Asimismo, las constituciones contemporáneas contemplan el derecho a la información pública. El acceso a la información es un derecho indispensable para el ejercicio pleno de otros derechos, máximamente los derechos conectados a la ciudadanía. La transparencia es “una condición de posibilidad del Estado plural, republicano y abierto a las exigencias de control racional de las decisiones”.⁹

La Constitución brasileña de 1988 prevé el acceso a la información en distintos artículos, y deja claro en el inciso XXXIII del artículo 5º, en el rol de derechos fundamentales, que “todos tienen el derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán prestadas en el plazo de la ley, bajo pena de responsabilidad, reservadas las que cuyo sigilo es imprescindible a la seguridad de la sociedad y del Estado”.

La Ley nº 12.517/2011, la Ley de Acceso a la Información, responde a esa exigencia, y dilata “las bases para la consolidación del régimen democrático del país, ampliando la participación ciudadana y fortaleciendo los instrumentos de control de la gestión pública”.¹⁰ La legislación brasileña enfrenta tres órdenes de desafíos históricos: (1) la concreción del derecho a la verdad y a la memoria y a la divulgación de los documentos del periodo de la dictadura; (2) el combate al patrimonialismo

8 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. Madrid: Lustel, 2012, p. 17.

9 CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Administração pública e a nova Lei de Acesso à Informação. In: *Interesse público*. Belo Horizonte, ano 15, n. 79, maio/jun. 2013.

10 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direito à informação e a aplicação da Lei nº 12.527/11 às Organizações Sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 303-317, p. 310.

y al personalismo en la Administración Pública; y (3) el control social de las personas jurídicas de derecho privado que reciben recursos públicos.¹¹ A partir de la realización del derecho a la información en la Ley, la Administración Pública debe ser activamente transparente.

Para que el control social sea efectivo, es necesario que las informaciones respecto a todo el aparato administrativo – el organograma, las formas de contacto, sus empleados y funcionarios y sus sueldos, los costes, los gastos, los dispendios, las inversiones, las licitaciones, los contratos, las subvenciones, los planes, la agenda – sean públicas y de fácil acceso a la ciudadanía.

La idea de gobierno abierto se conecta con dichas demandas. El concepto de gobierno abierto apunta a “tres grandes direcciones teóricas: 1) libertad de información, 2) información gubernamental como herramienta, y 3) datos abiertos”.¹² El buen gobierno exige las tres.

La “Declaración de Gobierno Abierto” de la Open Government Partnership, como reivindicación de los derechos humanos, de la lucha contra la corrupción y de la búsqueda del buen gobierno, afirma que los países se comprometen a “aumentar la disponibilidad de información sobre las actividades gubernamentales”; “apoyar la participación ciudadana”; “aplicar los más altos estándares de integridad profesional en todos nuestros gobiernos”; y “aumentar el acceso a las nuevas tecnologías para la apertura y la rendición de cuentas”.¹³

Guardar y organizar las informaciones públicas no es suficiente. Es necesario que la gente común pueda utilizar los datos, comprenderlos, evaluarlos, compararlos. Más que motivar sus decisiones y actuaciones y archivar los documentos de manera ordenada, la buena administración debe traducir las informaciones y utilizar formatos y dispositivos amigables. La tecnología es una grande aliada.

3 El Control Social por los Aplicativos de Teléfonos Móviles: la Ciudadanía Activa en la Palma de la Mano

“El derecho de acceso a la información es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia. En un sistema

11 SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de acesso à informação*. São Paulo: Atlas, 2014.

12 SANDOVAL-ALMAZAN, Rodrigo. Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual. *Convergencia*, Toluca, v. 22, n. 68, p. 203-227, Aug. 2015.

13 Disponible en <https://www.opengovpartnership.org/declaracion-de-gobierno-abierto>.

democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales de participación política, votación, educación y asociación entre otros, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a información”.¹⁴ Si así lo es, y si las personas ahora deciden sus vidas y ejercen su libertad de expresión y sus facultades deliberativas en línea, en línea deben estar las informaciones y la posibilidad de interacción.

La nueva generación de ciudadanas y ciudadanos vive y se desarrolla por la internet. Sus vínculos se forman y se fortalecen por enlaces, por “me gustas” y por comentarios; construyen y desarmen opiniones en 280 caracteres. Así, “una contribución de la internet podría ser a de traer más transparencia y publicidad al proceso representativo, facilitando informaciones sobre actividades y decisiones de agentes e instituciones involucradas”.¹⁵

El uso de los sitios web, de las redes sociales y de los aplicativos pueden acercar la ciudadanía a la toma de decisiones políticas: “la asociación entre información, tecnología y política ha sido abordada a partir de diferentes perspectivas: como requisito para disminuir el déficit estructural y funcional del sistema político, como condición para la eficiencia y democratización de la gestión gubernamental, como recurso de ‘empoderamiento’ de la sociedad civil y como medio para reducir distancias entre naciones más y menos desarrolladas...”¹⁶

Es posible pensar en el concepto de cibertransparencia para una sociedad de información, con los datos públicos disponibles en red, promocionando una relación más democrática entre Administración y ciudadanía, “la aproximación, la participación y la fiscalización del ciudadano respecto a los actos practicados por los gestores públicos”.¹⁷ Es evidente que “las tecnologías de información y comunicación representan nuevas posibilidades para el ejercicio de la práctica democrática”.¹⁸

14 <https://www.oea.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anauales/Informe%20Anual%202001.pdf>.

15 ITUASSU, Arthur. e-Representação como comunicação política: Internet e democracia representativa. In: *Revista Famecos - Mídia, Cultura e Tecnologia*, vol. 22, no. 2, 2015, p. 115 +

16 RIBEIRO, Patrícia; SOPHIA, Daniela Carvalho; GRIGORIO, Deise de Araújo. Gestão governamental e sociedade: informação, tecnologia e produção científica. In: *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 623-631, Junio 2007.

17 LIMBERGER, Têmis. Cibertransparência. Informação pública em rede e a concretização dos direitos sociais: a experiência dos municípios gaúchos. In: *Quaestio juris*, vol. 08, n 04, número especial. Rio de Janeiro, 2015, p. 2651-2669.

18 SANTOS, José Carlos Sales. Informação, democracia digital e participação política: uma breve revisão teórico-analítica. In: *Em questão*. Revista da Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação da UFRGS, v. 19, n. 2 – Jul./Dez. 2013, p. 195-216.

No parece restar dudas sobre la conveniencia del uso de los teléfonos móviles para fines variados, principalmente para la interacción con personas y órganos públicos. Las aplicaciones (*apps* disponibles en las tiendas virtuales de Apple y de Google) permiten el desarrollo de interfaces amigables, intuitivas, en un lenguaje visual familiar a la sociedad.

Algunos órganos públicos se utilizaron de dicha plataforma para cumplir las obligaciones de transparencia. En la segunda semana de abril de 2019, en búsqueda por lo término “transparencia pública”, fueron encontradas aplicaciones en la Google Play Store que prometen más visibilidad y control de los gastos públicos.

Una visión panorámica sobre los aplicativos revela la simplicidad de las informaciones presentadas, separando los ingresos, gastos y contratantes principales y que, cuando menos, permiten a la ciudadanía una idea global sobre el tamaño y las funciones del ente público.

Sin embargo, una de las aplicaciones encontradas se presenta como de iniciativa popular, sin indicar la fuente de las informaciones disponibles, con aparente direccionamiento de las informaciones y lagunas en los gastos parlamentarios.

En el ámbito federal, dos aplicaciones estaban disponibles para instalación. La llamada “Transparência Brasil” permitiría la consulta sobre los servidores públicos, sus remuneraciones y actividades, pero no funcionó adecuadamente con ningún criterio de búsqueda, finalizando la aplicación a sí misma todas las veces. “Eu Fiscalizo”, del Portal de Transparencia del Tribunal de Cuentas de la Unión, a su turno, funciona más como un mecanismo de publicidad, con informaciones y reportajes sobre temas específicos, y como canal de denuncia y otras manifestaciones directas al tribunal. La aplicación, en este análisis, no logra facilitar la comprensión de las cuentas públicas, los ingresos y gastos, ni muestra comparativos de gastos anuales.

Desde las experiencias estatales, el “Siga Brasília”, del Gobierno del Distrito Federal es el más completo, con ingresos y gastos expuestos en totalidad y divididos por áreas, informaciones sobre los funcionarios, permitiendo la búsqueda por año, la comparación de crecimiento de recursos y expendios y el acompañamiento de la situación de las cuentas públicas del año.

La “Pilas R\$”, del Estado de Rio Grande do Sul, también es bastante completa en las informaciones disponibles. Es posible consultar los presupuestos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, de los

órganos, de áreas de actuación e inversión, datos referentes a funcionarios (incluso diarias) y proveedores, además de los ingresos estatales. Sin embargo, no permite la comparación de presupuestos, pues no consolida las informaciones de los años anteriores.

En Santa Catarina, su “Portal da Transparência do Poder Executivo” trae inversiones y gastos ejecutivos, con funcionarios, encargos, servicios, deuda pública. También separa los recursos destinados a educación, salud, seguridad, agricultura y transporte. Asimismo, indica los ingresos estimados y realizados en el año, pero no consolida las informaciones de los ejercicios anteriores, lo que perjudica la comparación.

Dos aplicaciones municipales se destacan. La del Ayuntamiento de Maceió, no obstante direcciona el usuario para un sitio de internet, permite desde allí búsquedas diversas por ingresos y gastos. La sistematización de las informaciones es más difícil, siendo complejo el gerenciamiento y la comparación de las informaciones, pero permite la visualización y la pesquisa en los planos plurianuales, disponibles en formato PDF.

El Ayuntamiento de Santos proporciona una aplicación con múltiples informaciones, no organizadas de manera fácilmente comprensible, y no permite la visualización global de ingresos y gastos. Por otro lado, desde luego presenta información comparativa de los tres últimos años en determinadas áreas, resumida para consulta directa, facilitando el control social.

La idea de permitir el acceso a las informaciones públicas, dispuestas de manera sencilla pero completa, combinada con un canal de comunicación con el ente, todo en una aplicación de móvil es una manera de promocionar el control social por una ciudadanía que no está acostumbrada a ser vigilante. Saber el volumen de recursos de un ente y verificar la distribución de los ingresos, comparando con años y gobiernos anteriores, proporciona un incremento del accountability vertical y del efecto retrospectivo de la decisión electoral.

Dichas herramientas no sustituyen la publicidad oficial tampoco el servicio de respuesta a demandas ciudadanas. Pero puede involucrar en la administración democrática y transparente, tan esperada en el siglo XXI, la nueva ciudadanía virtual, cibernética, que vive en línea, despertando para el control social las nativas y nativos digitales. En nuevos tiempos, la Administración Pública también debe modernizarse.

Regulación y Control en la Era Digital

Cristina Vázquez*

Introducción

Tenemos el privilegio de vivir en la llamada “*Era de la Información*”, también conocida como “*Era Digital*”, asociada con la gran transición desde la tecnología analógica, mecánica y electrónica, a la digital. Este cambio nos ha introducido en un mundo de ribetes casi mágicos, permitiéndonos lo que para nuestros abuelos tan solo podía tener lugar en el plano de la imaginación.

El uso de las tecnologías derivadas de los circuitos lógicos digitales, incluyendo computadoras digitales, teléfonos celulares digitales e Internet ha transformado nuestra civilización y el modo en que nos relacionamos.

Toda esta maravilla conlleva, no obstante, diversos desafíos: éticos, económicos, sociales, culturales y, por supuesto, jurídicos.

La carrera para poseer los datos ya ha empezado, señala Yuval Noah Harari, en “*21 Lecciones para el Siglo XXI*”, “*de modo que lo mejor que podemos hacer es recurrir a nuestros abogados, políticos, filósofos e*

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República (Uruguay); Master en Ciencia de la Legislación y Governance Política de la Università di Pisa (Italia); Posgrado en Utility Regulation and Strategy de la University of Florida (USA); Posgrados en Gestión de las Energías Renovables y El Sector de Petróleo y sus Derivados del Centro de Educación a Distancia para el Desarrollo Económico y Tecnológico (CEDDET) (España); Posgrado en Defensa de la Competencia de la Comisión de Defensa de la Competencia (España); Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de la República (Uruguay); Directora del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo; Directora del Programa Máster de Derecho Administrativo Económico (PMDAE) entre 2015 y 2017, y Profesora de Procedimientos Administrativos, Regulación y Competencia, Derecho de la Energía y Derecho de las Telecomunicaciones, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo; Profesora Invitada de Master en Economía y Regulación de los Servicios Públicos de la Universidad de Barcelona (España); Integrante del Consejo Editorial de la Revista de Derecho y Tribunales; Integrante del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA); Suplente de Presidencia de la Red Iberoamericana de Energía (RIDE); autora de libros y artículos sobre temas de la especialidad.

incluso poetas para que se centren en este misterio: ¿cómo regulamos la propiedad de los datos?”

Según expresa el autor, en un escenario de creciente importancia de la información, la clave es su regulación y control.

1 Conceptos Fundamentales de Regulación

La Regulación en los Contextos Global, Regional y Nacional

Como antes hemos expresado¹, sobre las dos últimas décadas del siglo XX, más de cien Estados implementaron programas de privatización, abandonando una historia previa de propiedad estatal en la administración de empresas industriales y comerciales, en sectores considerados estratégicos.

El nuevo paradigma, que incluía la creación de agencias reguladoras como elemento fundamental del diseño institucional, sostenía el desempeño deficiente de dichas empresas estatales.

La dimensión y características de la privatización fueron variadas.

América Latina se ubica entre las regiones con mayor presencia del fenómeno, donde puede observarse que los programas implementados han probado ser, en general, impopulares. En algunos casos, se ha constatado un manejo opaco y desprolijo de los procesos, que han culminado en situaciones de corrupción. En muchos, se han identificado problemas de gobierno corporativo y fallos de regulación.

A partir de tal experiencia, parece haberse arribado a la conclusión de que la titularidad pública o privada de los bienes y actividades no constituye, per se, garantía de mejores resultados. En ese escenario, el análisis se ha desplazado hacia la posibilidad de un menú variado de alternativas, entre lo puramente privado y lo puramente público, admitiendo esquemas de concesión, participación público privada y otras figuras de co-asociación.²

En cualquier caso, el rol del Regulador continúa siendo considerado esencial para el equilibrio del sistema.

1 Vid. VÁZQUEZ, Cristina - Aspectos Generales de Regulación de las Telecomunicaciones, en Estudios de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, obra en coautoría con Aramendía Mercedes, UM, Mont., 2018.

2 ZIPITRÍA, Leandro y DOMINGO, Rosario - Regulación de empresas públicas en Uruguay, desafíos y perspectivas, Departamento de Economía – Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República.

Uruguay, en virtud de pronunciamientos del Cuerpo Electoral utilizando el instrumento del referéndum, permaneció inmune ante los vientos de la privatización. Incluso viró más hacia la estatización con la llamada Reforma del Agua, que introdujo una modificación constitucional por la que los servicios públicos de saneamiento y abastecimiento de agua para el consumo humano deben prestarse exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.

A la complejidad que es inherente a las tareas de regulación y control, en especial cuando las actividades que son su objeto son desarrolladas por entidades estatales, vienen a sumarse los nuevos desafíos que incorpora la digitalización.

1.2 Diseño de Políticas, Prestación, Autorregulación y Heterorregulación

Como ha analizado la bibliografía especializada en la materia, la regulación no es un proceso simple, en el que ocurre una única contraposición entre quienes desarrollan actividad de prestación (productores de bienes y servicios) y consumidores o usuarios, sino una red de relaciones en la que cada parte procura obtener la satisfacción de su interés, resultando imposible que un grupo consiga lograrlo plenamente.

El Regulador aparece así como un verdadero componedor de intereses contrapuestos, debiendo actuar en el marco de las políticas definidas en los niveles normativos que le están supraordenados (Constitución, Ley y Decretos del Poder Ejecutivo), coordinando y complementando su tarea con la imprescindible autorregulación de las empresas reguladas.

1.3 Análisis Conceptual del Cometido Estatal de Regulación de la Actividad Privada³

Sayagués Laso⁴ define a los cometidos estatales como:

“esas múltiples actividades o tareas que el derecho pone a cargo de las entidades públicas. ... Los cometidos son cosa distinta de las funciones estatales, aunque por razones de terminología más que de fondo, con frecuencia sean confundidos.”

³ VÁZQUEZ, Cristina – Cometidos esenciales del Estado, en Introducción al estudio actualizado de los cometidos estatales, Mont., 2000, ps. 55 y ss.

⁴ SAYAGUÉS LASO LASO, Enrique - Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Mont., 1974, p. 48.

El autor cita a Bonnard -en la primera edición de su Précis de Droit Administratif⁵- quien puntualiza el distingo entre “atribuciones”, tareas, trabajos, “besognes”, que el Estado cumple, y “funciones”. Las primeras se corresponderían con la noción de profesión u oficio en los individuos; las segundas son los medios que permiten al Estado cumplir aquéllas.

En su prefacio para el Tomo III del Tratado de Derecho Administrativo⁶, Sayagués Laso señala que la doctrina emplea distintos términos, además del de “cometidos” (que prefiere), para referir a las múltiples actividades de la Administración: “atribuciones”, “acción administrativa”, “tareas”, “objetos singulares de la pública administración”.

Las funciones jurídicas -legislativa, administrativa, jurisdiccional (Sayagués Laso agrega la función constituyente)- son poderes jurídicos que el Estado ejerce para realizar sus cometidos.

En Uruguay, Sayagués Laso formula un criterio de clasificación de los cometidos estatales que se funda en el régimen jurídico bajo el que se cumplen (considerando fundamentalmente la posibilidad de participación de los particulares en su prestación), sin perjuicio de introducir algún aspecto de carácter metajurídico. En su prefacio al Tomo III citado, señala que el criterio que propone sigue la misma dirección que postula la doctrina francesa y española predominante, manteniendo con ella diferencias importantes aunque no inconciliables.⁷

Su clasificación, que ha sido adoptada por la mayor parte de la doctrina nacional y hasta por el Derecho positivo en muchos casos utiliza las siguientes categorías: a) cometidos esenciales, b) servicios públicos, c) servicios sociales, d) actuación estatal en el campo de la actividad privada (actividades industriales, comerciales y bancarias)⁸, e) actividad de hacer justicia, y f) regulación de la actividad privada.

El cometido de regulación de la actividad privada -que nos interesa especialmente a los efectos de este estudio- se concreta mediante

5 Paris, 1926, p. 15.

6 SAYAGUÉS LASO LASO, Enrique - en Los cometidos estatales (prefacio para el Tomo III del Tratado), en Rev. de la Fac. de D. y C. Soc., Año XVII, abrdic., 1966, nota 2, Mont., ps. 351 y ss.

7 En la nota 25 de la página 359 expresa que este enfoque es más acertado que el que toma los fines como elemento central, por ser éste un concepto metajurídico referido principalmente a la naturaleza de las necesidades que se satisfacen y las prestaciones respectivas.

8 Se ha objetado esta denominación proponiendo su sustitución por “actividad empresarial del Estado” o “actividad industrial, comercial y bancaria”, señalando que se trata de un ámbito de libertad en que tanto pueden actuar los particulares como el Estado, y no de un “campo de la actividad privada”.

normas dictadas en primer lugar por el Parlamento, y se complementa con los llamados aspectos administrativos de esa regulación.

Como observa Sayagués Laso, para que sea posible la convivencia social, es indispensable la existencia de normas que regulen la actividad privada, delimitando la esfera de acción de cada cual y precisando el alcance de sus derechos.

Los antes referidos aspectos administrativos de esa regulación refieren a tareas concretas, prácticas, dirigidas a controlar y encauzar la actuación de los particulares. Por ejemplo, con fines de constatación se crean registros en que se inscriben ciertos actos; con propósito de estímulo se otorgan primas, subsidios o subvenciones; y a efectos de orientar o fiscalizar la actividad particular se exigen controles o autorizaciones.

Calviño Santamaría⁹ señala que la regulación sectorial puede poner en acción cuatro tipos de instrumento que le son propios:

- a) La regulación “*del acceso*”, para evitar que un operador ya establecido en un mercado (“*incumbent*”) y que controla las infraestructuras respectivas impida el ingreso de nuevos operadores.
- b) La regulación “*económica*”, a través de la definición de precios que reflejen costos.
- c) La regulación “*técnica*”, por definición de estándares de calidad en protección de los consumidores.
- d) La “*de competencia*”, que previene que las conductas empresariales colectivas o unilaterales anulen los efectos de la regulación.

Estos diversos tipos de actuación pueden concretarse en el establecimiento de requisitos estructurales o de comportamiento, mediante normas generales o decisiones concretas aplicables a un operador.

Siguiendo a Ariño Ortiz¹⁰, puede definirse a la regulación con perspectiva jurídica, específicamente en su manifestación de regulación económica, como:

“la actividad normativa en la que el Gobierno condiciona, corrige, altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos.”

⁹ CALVIÑO SANTAMARÍA - ob. cit.

¹⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar - Economía y Estado, Madrid, 1993

Desde la doctrina económica, dicha regulación ha sido definida como el modo de influir sobre el mercado, mediante la creación de un sistema de incentivos que naturalmente debería crear la competencia, guiando o restringiendo las decisiones económicas para conformarlas al interés público¹¹. Ante la existencia de fallas del mercado (externalidades, monopolios naturales, asimetrías informativas, competencia excesiva, desigual poder de negociación, entre otras y dependiendo del mercado de que se trate), el Estado debe subsanarlas mediante incentivos.

Con un enfoque similar, Cases Pallares¹² señala como una de las características de la regulación, su objetivo de corregir las disfunciones del mercado.

Destaca Nallar¹³, que el concepto económico de regulación refiere a los efectos de la actividad: creación de incentivos, suplencia de fallas; en tanto, el concepto jurídico identifica los instrumentos: dictado de reglas. Pero en ambos conceptos aparece el mismo objetivo final: protección de la actividad regulada y sus actores.

Los principales obstáculos que debe sortear la regulación con vistas a la obtención de sus objetivos, tienen que ver con las dificultades para la obtención de información, los riesgos de “*captura del Regulator*”, sea por la política o los agentes regulados, y la fragilidad del apoyo del consumidor.

Las dificultades para la obtención de información se traducen muchas veces en lo que Landis¹⁴ denomina el “*talón de Aquiles*” de la regulación: la lentitud en la adopción de las decisiones reguladoras, problema que -como se verá- adquiere particular relevancia en los sectores impactados por la digitalización.

El riesgo de “*captura del Regulator*” se explica por el gran poder e influencia que suelen desplegar tanto los políticos como las empresas reguladas, en particular las ya establecidas, como grupo efectivo, que resisten el desafío de nuevos competidores. En cambio, el apoyo que podrían proporcionar al Regulator los consumidores, tiende a diluirse dada su naturaleza de grupo disperso.

11 Conf. VICKERS, John y YARROW, George - Privatization: an economic analysis, 1998, The MIT Press, cit. por NALLAR, Daniel, El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público, Bs. As., 1999, p. 111.

12 CASES PALLARES, Lluís -Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia, Madrid, 1995.

13 NALLAR - ob. cit., p. 118.

14 LANDIS, James - Report on regulatory agency to the president-elected, cit. por CASES PALLARES, ob. cit., p. 30

La situación descrita se torna aún más compleja, ya que, como observa Cases Pallares¹⁵,

“no estamos ante un proceso simple en el que grupos de productores bien organizados y dotados económicamente aumentan su riqueza a través de las normas a expensas de consumidores pobres y dispersos. No hay una contraposición única entre productores y consumidores, sino diversas relaciones de las que cada unidad pretende extraer su provecho o beneficio. Así los productores difícilmente formarán un grupo cohesionado con un único interés definido, sino que se dividirán entre ellos; por su lado, tampoco los distribuidores y los consumidores pueden agruparse en grupos unificados. Ello conducirá a que difícilmente un grupo consiga obtener una regulación que satisfaga plenamente sus intereses.”

Como consecuencia, la regulación tenderá a ser - según hemos señalado- el resultado de una composición de los distintos intereses en juego, sin que un solo grupo logre capturar el proceso.

Suelen indicarse como objetivos de la regulación:

- a) La protección de los derechos de los usuarios o consumidores.
- b) La sostenibilidad en el sentido de continuidad y seguridad del servicio en el largo plazo.
- c) La eficiencia tanto productiva (minimización de costos) como asignativa (igualación de costos y precios).
- d) La equidad.

El objetivo mencionado en primer lugar aparece como primario o principal y se considera con un enfoque que toma al usuario o consumidor en un sentido amplio, abarcativo del usuario o consumidor actual, del potencial (al que no alcanza el servicio) y el futuro (el que lo recibirá en el futuro). Por ello la tasa de rentabilidad justa y razonable debe tomar en cuenta la sostenibilidad del servicio.

Los demás objetivos aparecen como secundarios o instrumentales al objetivo principal. La sostenibilidad se presenta como un reflejo del derecho de las futuras generaciones a contar con un servicio con adecuado nivel de inversión y mantenimiento, y la eficiencia se orienta a obtener el menor costo posible por el servicio brindado.

La regulación abarca una serie de aspectos que deben ser razonablemente equilibrados y armonizados: rentabilidad, calidad, competencia, medio ambiente, entre otros, el conjunto de cuyas interrelaciones

15 CASES PALLARES - ob. cit., p. 31

conforma lo que se ha llamado el “*compacto regulatorio*”. Es así que cada una de estas dimensiones debe ser considerada en relación con el resto.

1.4 El Régimen Jurídico Constitucional de la Regulación

La Constitución uruguaya reconoce el derecho a la libertad en el Artículo 7°:

“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.”

No solamente se consagra a la libertad como derecho, sino que se la establece como principio rector del desarrollo de la vida en sociedad, recogiendo dicho concepto en el artículo 10, donde se expresa: “*Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*”

Cuando la Constitución se refiere específicamente a la libertad para la dedicación a cualquier trabajo, cultivo, industria, comercio o profesión (en el artículo 36), más allá de la referencia ya realizada en el artículo 7°, y utilizando la misma fórmula, establece que: “*Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.*”

Es así que la Carta reserva a la Ley en sentido orgánico-formal -esto es al acto sancionado por los órganos parlamentarios, y promulgado por el órgano Poder Ejecutivo, siguiendo las formas y procedimientos que ella prevé- cualquier limitación a la libertad.

En efecto, cuando la Constitución emplea la palabra “*ley*”, refiere al acto legislativo que se aprueba conforme a sus artículos 133 a 146¹⁶, y ella determina que ciertas materias, incluidos específicamente los derechos fundamentales, solo pueden ser reguladas mediante dicho acto legislativo. Es lo que se denomina “*materia de reserva legal*”.

Al respecto expresa Jiménez de Aréchaga: “[L]as tradiciones y doctrinas que han inspirado todo nuestro derecho público desde los más

¹⁶ El propio título de la Sección VII se denomina “*De la proposición, discusión, sanción y promulgación de las leyes*”.

antiguos tiempos determinan que las limitaciones a los derechos fundamentales tienen que ser por ley".¹⁷

Y más precisamente agrega Jiménez de Aréchaga¹⁸:

“¿Qué quiere decir la palabra “Ley”? ¿Se ha tomado en el sentido de Ley formal o Ley material? ¿Se refiere simplemente a los actos-regla o, por el contrario, establece que los derechos fundamentales sólo pueden ser disciplinados por actos-reglas emanados de la Asamblea conforme a los procedimientos establecidos en la sección VII de la Constitución? Yo entiendo que esa es la conclusión. (...) [L]os poderes de libertad han sido siempre confiados al Parlamento, no solo atendiendo al hecho de que el Parlamento actúa normalmente por vía de actos-regla, sino por haberse considerado tradicionalmente que el Parlamento, por su composición es el órgano de gobierno que representa para los ciudadanos una más efectiva protección de derechos (...) [L]a regulación de la libertad no puede hacerse por vía de actos-regla emanados del poder administrador ni de ningún otro centro de autoridad, sino por vía de actos-regla emanados del órgano parlamentario.

Para explicar el ámbito de reserva de ley, el autor alude a los llamados poderes de libertad (incluida la económica), de institución (creación, modificación y supresión de instituciones) y de bolsa (en relación con lo presupuestario y tributario).

En el mismo sentido Sayagués Laso dice que existe una materia propia de la ley: “Hay, pues, una zona reservada exclusivamente a la Ley. Ello surge expresamente de la Constitución, que exige Ley en gran número de casos¹⁹.” Y cita entre los casos en los que nuestra Constitución exige expresamente la ley, a los artículos 7º, 10 y 36.

Al igual que los autores antes mencionados, en el pasado he señalado que “toda medida limitativa específica de los derechos fundamentales, a ser adoptada por la Administración, requerirá de norma legal habilitante”²⁰.

Aguirre Ramírez, por su parte, explica:

“Llámase reserva de ley al conjunto de materias cuya regulación la Constitución comete exclusivamente a la Ley y que, por consiguiente,

17 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino - La Constitución Nacional, Tomo I, Ed. Cámara de Senadores, Mont., 1992.

18 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino – La Constitución Nacional cit.

19 SAYAGUÉS LASO LASO, Enrique - Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 8º Edición, puesta al día a 2002 por Daniel Hugo MARTINS. Montevideo, FCU, 2002, pág. 106.

20 VÁZQUEZ, Cristina - Limitaciones administrativas al derecho de propiedad privada, en Revista de Derecho Público, año 8, N° 16, Montevideo, 1999, pág. 54.

no pueden ser regidas por actos jurídicos de rango inferior ... Solo la Ley, históricamente, puede regular las libertades individuales y limitarlas. Por dos razones: 1º) Porque esa regulación debe hacerse en normas generales, sin alterar la igualdad entre los hombres; 2º) Porque, políticamente, tales limitaciones solo pueden emanar de los Parlamentos, como garantía contra la arbitrariedad de los gobernantes ... Afirmamos desde ya, enfáticamente, que los Gobiernos Departamentales no son competentes para regular los derechos individuales por decretos de sus Juntas Departamentales ... Cuando la Constitución se refiere a las leyes o a la ley, particularmente en su Sección II pero también en el resto de su articulado, alude a dichas leyes formales y no a estos decretos legislativos. La materia constitucionalmente reservada a la ley no puede, pues, ser regulada por decretos de los Gobiernos Departamentales ... la lectura objetiva del texto de la Constitución -y el análisis de su contexto- lleva inequívocamente a la conclusión de que los derechos individuales -las libertades públicas, como a veces se les llama- no pueden ser regulados ni limitados sino por leyes formales, sancionadas por el Poder Legislativo.”²¹

También Risso Ferrand²² afirma:

“La reserva legal, en lo que refiere a los derechos humanos, significa que sólo por ley, y en los casos en que la Constitución lo permite, podrán limitarse los derechos humanos. O en otras palabras, mediante un acto administrativo o un acto jurisdiccional no podrá establecerse una limitación o restricción en los derechos fundamentales. La limitación debe surgir siempre de la ley”.

En igual sentido, ha dicho el Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“... atendiendo a la materia, hay todo un ámbito de materias excluido de la potestad reglamentaria (...) la reserva de ley, que puede esquematizarse en los siguientes rubros: la limitación de los derechos, deberes y garantías de los habitantes y de los ciudadanos; (...). En una expresión todavía más esquemática con palabras de Aréchaga: los poderes de bolsa, de institución, de libertad. Estas son materias vedadas al reglamento como normación inicial...”²³

En otra sentencia afirma el Tribunal: *“En nuestro Derecho, la limitación de derechos es por imperio constitucional materia reservada a la ley.”*²⁴

21 AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo – Derecho Legislativo, Tomo I, Teoría General de la Ley, FCU, Mont., 1997.

22 RISSO FERRAND, Martín - Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos, 2ª ed., FCU, Mont., 2011, pág. 81.

23 Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 70/2014.

24 Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 753/2015.

Y más concretamente en relación con Decretos Legislativos Departamentales que limitan actividades en el ámbito de la libertad, el Tribunal expresa:

“En definitiva, a juicio de la Corporación, el mencionado artículo del Digesto Municipal resulta, por un lado inaplicable a la situación de la actora, porque no se halla bajo su supuesto. Y aún, si lo estuviere, carecería del valor y fuerza para limitar el desarrollo de una actividad lícita porque conforme a la Constitución solamente una ley nacional puede quitar actividades del ámbito de la libertad.”²⁵²⁶

Cabe agregar que nuestro ordenamiento no permite la delegación legislativa, esto es la delegación de potestades asignadas al Poder Legislativo, en favor de otros órganos, por cuanto los poderes jurídicos son “*poderes-deberes*” y solo pueden transferirse cuando ello es facultado por una norma de la misma o superior jerarquía que la que los ha atribuido. En efecto, como la potestad para dictar leyes ha sido asignada al Poder Legislativo por la Constitución de la República, dicha potestad no puede ser delegada en Uruguay, en ausencia de disposición constitucional que prevea dicha delegación, como sí es permitido en otros países.

La delegación de atribuciones, como señala Cajarville²⁷, es un instituto que no existe en nuestro Derecho público anterior a la Constitución de 1967. A partir de esta Constitución, es recibido aunque no para el caso de la potestad legislativa. El autor la define como “*el acto por el cual el órgano delegante, debidamente autorizado para ello por una norma*

25 Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 594/2014.

26 Alguna doctrina (es el caso de Pablo Balarini, en Rev. de Derecho Público N° 16, Mont., 1999, p. 147) ha admitido la posibilidad de limitar derechos fundamentales por acto legislativo departamental, y esta postura ha sido acogida por la Suprema Corte de Justicia, por ejemplo en sentencias 82/1991 y 287/2002.

En dicha perspectiva se ha sostenido que el Decreto Legislativo Departamental podría limitar derechos fundamentales si lo hiciera dentro del ámbito de la competencia departamental. Entiendo que la circunstancia de que se actúe dentro de tal competencia no legitima que se lo haga violentando el principio de legalidad. En efecto, que la Constitución haya asignado competencia al órgano legislativo departamental en una determinada materia, no significa que al ejercerla pueda vulnerar el principio de reserva de Ley consagrado con carácter general en la parte dogmática de la Carta.

Por otra parte, es claro que el constituyente ha utilizado la expresión “*Ley*” en un sentido estricto, no comprensivo de los Decretos de los Gobiernos Departamentales. Ello se advierte cuando incorpora ambas expresiones en disposiciones diversas, al regular el procedimiento para obtener la declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos (Artículo 256 para la Ley en sentido orgánico formal y Artículo 260 para el acto legislativo departamental). Si al mentar a la “*Ley*”, quedara incluido el Decreto Legislativo Departamental, el Artículo 260 sería innecesario.

27 CAJARVILLE, Juan P. – Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, Tercera edición, Mont., 2012, ps. 589 y ss.

expresa, inviste al delegado de la potestad (poder-deber) de expresar la voluntad orgánica, en un determinado sector de su competencia.”

Su efecto primario y principal, que constituye su propia esencia, agrega, es la atribución al delegado de la potestad de expresar la voluntad del órgano delegante, en el ámbito de la competencia delegada. Tanto el titular del órgano delegante como el del delegado estarán, luego de la delegación, habilitados para expresar la voluntad orgánica.

Cuando Cajarville enumera los elementos del acto de delegación destaca que el órgano delegante debe tener competencia para delegar, potestad delegatoria; y la norma que confiere esa competencia para delegar o potestad delegatoria

“debe ser de la jerarquía de las atributivas de competencia; si el órgano la recibe de la Constitución, ella deberá autorizarle a delegar; si la recibe de la ley, la ley deberá otorgarle esa facultad; finalmente, si el órgano recibe su competencia por vía reglamentaria, también por esa vía podrá atribuírsele potestad delegatoria.”

Es de destacar, a su vez, que toda regulación debe respetar el principio de proporcionalidad, el cual demanda la realización de un triple análisis:

a) de idoneidad de la restricción para la consecución del fin de interés general perseguido;

b) de necesidad de la restricción, en comparación con alternativas menos lesivas de los derechos afectados, para lograr el mismo fin; y

c) de ponderación en sentido estricto, lo que implica llevar a cabo una suerte de balance entre los derechos afectados, teniendo en cuenta que, *“cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”*.²⁸

Como surge de lo que viene de exponerse, la actividad regulatoria se traduce, en cuanto implica dictado de normas, en lo que Sayagués Laso denomina regulación de la actividad privada (mediante actividad de órganos legislativos), sin perjuicio de los ya aludidos *“aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada”* (a través de la actividad de órganos administrativos, básicamente el Poder Ejecutivo y el Regulador sectorial respectivo).

²⁸ ALEX, Robert - La Fórmula del Peso, en *“El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”*, Miguel Carbonell, Editor, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito 2008, p. 15.

A su vez, suele conferirse a los órganos reguladores, poderes de fiscalización del cumplimiento de las reglas (contralor) -actividad que precisamente se ubica en la referida categoría de *“aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada”*, con la consiguiente potestad para la aplicación de sanciones, así como de participación en la solución de conflictos entre agentes del mercado.

1.5 Estructura Regulatoria, Normas y Modelos Institucionales de Regulación

La estructura regulatoria puede ser dividida en dos partes: el marco institucional y el normativo. Ambos se encuentran estrechamente interrelacionados.

Suelen destacarse cuatro temas fundamentales del diseño institucional: a) la definición del grado de independencia del sujeto regulador, compatible con la responsabilidad por su actuación; b) la del grado de descentralización con que habrá de ser creado; c) la opción entre agencias intersectoriales y específicas por servicio; y d) la decisión respecto de la integración unipersonal o colegiada del órgano.

a) A efectos de lograr un grado óptimo de autonomía funcional compatible con la responsabilidad del Regulador, se ve como necesaria la consagración de procedimientos transparentes para la designación y la toma de decisiones, y de mecanismos eficaces de revisión de dichas decisiones.

b) Respecto del grado de descentralización de los órganos reguladores, se observa que la excesiva descentralización puede conducir a que las decisiones resulten completamente inconsistentes con la política nacional. Se señala también, en este punto, que en países como Uruguay, debe considerarse además de los niveles internos, el nivel regional, cuyas alternativas deben ser conocidas y tomadas en cuenta por el Regulador.

c) En lo que refiere a la creación de órganos reguladores de carácter intersectorial o específicos, cabrían básicamente tres opciones: la creación de órganos para una industria específica; la creación de órganos reguladores para un sector; y la creación de órganos multisectoriales. Las agencias específicas suelen tener la ventaja de un mayor conocimiento del sector, pero pueden surgir dificultades del tipo de ausencia de uniformidad de criterios regulatorios o de menor

autonomía en relación con las autoridades políticas y las propias empresas reguladas.

d) También es importante la decisión en lo que tiene que ver con la integración del órgano. La integración unipersonal presenta ventajas para la agilidad y responsabilidad en la toma de decisiones, en tanto la integración colegiada aparece como superior en su potencialidad para reflejar perspectivas diversas.

En lo que refiere al marco legal, se presentan como aspectos fundamentales: los mecanismos de selección de personal, que permitan el reclutamiento de los más capacitados para la labor; los de financiación del órgano regulador, que aseguren su autonomía financiera como supuesto imprescindible de su autonomía respecto del poder político; las disposiciones atributivas de potestad decisoria y sancionatoria; y la consagración de instrumentos de información y participación de los interesados como lo son las audiencias y consultas públicas. Se trata de instrumentos de importancia fundamental para garantizar el debido procedimiento en materia regulatoria, permitiendo participar y ser oídos, no sólo a quien es titular de un derecho subjetivo o interés legítimo, sino a quienes tienen opinión fundada en el asunto de que se trate, y a las organizaciones que representan intereses sociales sectoriales, a efectos de obtener una resolución razonable y conforme al interés público.

Un diseño adecuado de la institucionalidad regulatoria es esencial para la consecución de los objetivos de la regulación.

La formulada en Uruguay ha sido objeto de diversas críticas, incluso en sentidos antagónicos. Sin profundizar demasiado en los conceptos y con una argumentación más efectista que precisa, algunos han marcado que se le ha dado la suma de los poderes, en cuanto se le ha asignado dictar reglas, ejecutarlas, controlar su cumplimiento y dirimir controversias. En el otro extremo se ha señalado su escasa autonomía, dada la ubicación de las Unidades Reguladoras (de Servicios de Energía y Agua, y de Comunicaciones) en el ámbito del Poder Ejecutivo, sujetas a la avocación de éste.

La teoría y la experiencia regulatoria comparada recomiendan el fortalecimiento de estas entidades, tanto en lo que tiene que ver con los aspectos presupuestarios como de capacitación de su personal, y de independencia de sus jerarcas respecto de la vicisitud político-partidaria, con aptitud para prevenir cualquier forma de *“captura del Regulador”*. Tales condiciones permiten su mejor desempeño en

beneficio de todos los intereses en juego, incluido el del diseñador de las políticas sectoriales, en cuanto es susceptible de generarle valiosa información que le permite superar las asimetrías informativas con las empresas reguladas, dificultad ésta que no es exclusiva de la regulación de empresas privadas.

Otro aspecto a resaltar es la opción que el legislador uruguayo ha tomado al asignar a las Unidades Reguladoras, potestades en materia de defensa de la competencia. Esta solución resulta técnicamente muy interesante en la medida en que la regulación se explica por la necesidad de salvaguardar el interés general en relación con actividades que se desarrollan en mercados con fallos de competencia.

Para el análisis de los problemas que se suscitan en tales mercados, es sin duda útil la mirada de Jano del órgano regulador, asimismo promotor y defensor de la competencia. En los sectores en los que la competencia es posible, trabajará por ella. En los otros, trabajará en pos del cumplimiento de las obligaciones de servicio universal.

En relación con esta acumulación competencial ha expresado Calviño Santamaría, en particular respecto de la regulación de telecomunicaciones²⁹: *“Los últimos años han estado marcados por la importante aproximación entre la regulación sectorial de las telecomunicaciones y la defensa de la competencia”*.

2 Conceptos Fundamentales de Control

2.1 Caracterización de la Actividad de Control

Expresa Aragón³⁰, que el control es *“el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder”*. Agrega que, sin embargo, más allá de la finalidad común, de fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos, la pluralidad de medios a través de los que se articula, la de objetos sobre los que puede recaer, y el diferente carácter de los institutos en que se manifiesta impiden sostener un concepto único.

29 CALVIÑO SANAMARÍA, Nadia – Regulación y competencia en telecomunicaciones: Los retos derivados del nuevo marco normativo, en http://es.wikitel.info/wiki/Categor%C3%ADa:Legislaci%C3%B3n_europea (normativa europea sobre telecomunicaciones)

30 ARAGÓN, Manuel - Constitución y control del poder, Ediciones Ciudad Argentina, 1995., ps. 69 y 72.

A su vez, Giannini³¹ señala que controlar es comprobar la regularidad de una función propia o ajena.

Por su parte, Cajarville³² propone tres acepciones diferentes, una amplia, una restringida, y una intermedia que sería la más adecuada a los fines de este estudio.

Con el alcance intermedio, Cajarville define al control como aquella

“actividad de un órgano que, mediante la formulación de un juicio sobre su objeto - que puede ser la conducta personal, los actos o la gestión de otra persona, órgano o funcionario- culmina en un pronunciamiento cuyos efectos son variados y cuya finalidad es lograr la adecuación de la actividad controlada a las normas jurídicas o a criterios de oportunidad o conveniencia”.

Destaca este autor que el elemento verdaderamente individualizante de la actividad de control es el elemento finalidad, señalado en la definición.

Al igual que el resto de la doctrina uruguaya en el tema³³, Delpiazzo³⁴ también define a la actividad de control convocando la idea de “juicio”, con distinción de tres momentos o fases en su desenvolvimiento:

- a) el momento preparatorio, en el que se obtiene la información;
- b) el momento nuclear, en el que se emite el juicio lógico respecto a si la conducta, los actos o la gestión se adecua a las normas jurídicas o criterios de mérito;
- c) el momento conminatorio, eventual en tanto sólo tendrá lugar cuando el juicio haya sido desfavorable.

Para el desarrollo de esta actividad, resultan esenciales las potestades para obtener la información, y el procedimiento a seguir al efecto.

Cagnoni, por su parte, arriba a una definición inclusiva de los principales aspectos mencionados:

“poder jurídicamente regulado mediante el cual el órgano controlador, en conocimiento informado debidamente sobre la actividad o

31 GIANNINI, Massimo – Control, noción y problemas en el Derecho italiano, en Anuario de Derecho Administrativo, Santiago de Chile, 1975 -1976, tomo I, p. 424.

32 CAJARVILLE, Juan P., en Congreso Internacional de Derecho Administrativo celebrado en Montevideo el 14 de diciembre de 1982, Mont., 1984, ps. 209 y ss.

33 BARBÉ PÉREZ, Héctor – Consideraciones generales sobre la coordinación de la acción de la Administración Pública y sus instrumentos jurídicos, en Estudios jurídicos sobre la Administración Pública que surge en el Uruguay, Mont. 1970, p. 14; CAGNONI, José Aníbal – Introducción a la teoría del control, Mont., 1996, p. 31; PRAT, Julio A. – Derecho Administrativo, Tomo 5, vol. 2, Mont, 1982, p. 113 y ss.; SAYAGUÉS LASO, Enrique – Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Mont., 1959, p. 437, nota 3.

34 DELPIAZZO, Carlos – Desafíos actuales del control, Mont. 2001.

los actos emitidos o que se propone emitir el órgano controlado o la conducta de los soportes de los órganos, verificando la relación de conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico y los principios de oportunidad y conveniencia que de él surgen, emite un acto en el sentido de impedir la emisión o la eficacia de voluntad del órgano controlado, o aprobándola o autorizándola o corrigiéndola por eliminación o rectificación o, en su caso, aplicando una medida respecto de la conducta de los soportes de los órganos.”³⁵

2.2 El “Sistema de Control” en los Estados Modernos

Como bien señala Aragón³⁶, la formulación del equilibrio de poderes, postulada por la teoría británica en el siglo XVIII e idea central del constitucionalismo norteamericano, implica la separación de esos poderes y su coordinación o colaboración, como pone claramente de manifiesto Montesquieu en “*L’Esprit des Lois*”.³⁷

Pero, además de los controles propios del modelo de equilibrio de poderes, dirigidos fundamentalmente a proteger al individuo de los excesos del poder del Estado, los marcos normativos modernos contemplan controles que se ejercen desde el Estado sobre la actividad de los particulares, con el fin de proteger derechos de algunas categorías de personas respecto de otras, en contextos determinados, como es el caso de los usuarios o consumidores frente a los proveedores de productos o servicios.

El modo cómo cada Estado organiza el número, separación, coordinación y colaboración de diversos controles, es lo que Guy Braibant³⁸ denomina el “*Sistema de Control*” de un país determinado, sistema que debe procurar evitar tanto la insuficiencia como el exceso.

2.3 Criterios de Clasificación en la Doctrina

La doctrina³⁹ ha clasificado la actividad de control siguiendo los siguientes criterios:

35 CAGNONI, ob. cit., p. 37.

36 ARAGÓN, Manuel, ob. cit. p. 18.

37 El autor señala, asimismo, de qué modo tiene lugar la mitigación del control en la democracia rousseauiana, fundada sobre los principios de la ley como expresión de la voluntad general, la limitación material del poder por los derechos fundamentales, su limitación funcional por la división de poderes, y su limitación temporal por las elecciones periódicas.

38 BRAIBANT, Guy – La protección jurídica de los administrados, en Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980, ps. 159 y ss.

39 Conf. DELPIAZZO, Carlos, - Recursos de apelación ante la Cámara de Representantes contra actos de los Gobiernos Departamentales, en El poder y su control, Rev. Urug. de D. Const. y Pol., Serie

a) Según la naturaleza del órgano que controla, se distingue el control parlamentario (que se ejerce por los órganos legislativos), el administrativo (ejercido por los órganos administrativos) y el jurisdiccional (confiado a los órganos jurisdiccionales).

b) Según la índole de los actos de control, puede diferenciarse el control legislativo (que se manifiesta mediante el dictado de leyes), el control administrativo (que se expresa a través de actos administrativos) y el jurisdiccional (que culmina con el dictado de una sentencia).

c) Según la posición institucional del controlante en relación con el controlado, surgen las categorías del control interno y del control externo.

d) Según la oportunidad en que se ejerce la actividad de control, éste puede ser preventivo, concomitante (también llamado permanente), o “*a posteriori*” (también llamado represivo).

e) Según el objeto del control, puede distinguirse el control de legitimidad (que fiscaliza el ajuste a la regla de Derecho) y el de mérito (que verifica la oportunidad y la conveniencia).

f) Según el alcance de la actividad de control, el mismo puede recaer en las personas o en la actuación del controlado.

Todavía podría agregarse a la tipología precedente, otro criterio de clasificación en virtud de la función sobre la que recae el control, según sea ella administrativa, legislativa o jurisdiccional, resultando las categorías respectivas de control administrativo, legislativo y jurisdiccional.

El control a cargo de las entidades reguladoras es un control administrativo por la naturaleza del controlante y la índole de los actos, en general permanente, represivo y de legitimidad.

3 Principales Desafíos ante la Digitalización⁴⁰

3.1 El Nuevo Escenario

El fenómeno de la digitalización dispara múltiples desafíos regulatorios, en el contexto de lo que ha dado en llamarse “*Economía Digital*”, “*Economía en Internet*” o “*Economía Web*”⁴¹, íntimamente relacionada

Congresos y Conferencias N° 1, Mont., 1990, ps. 265 y ss.

40 Vid El futuro de la regulación. Principios para regular tecnologías emergentes, Deloitte Insights, en [https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/pe/Documents/risk/Futuro%20de%20la%20regulaci%C3%B3nRevII%20\(002\).pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/pe/Documents/risk/Futuro%20de%20la%20regulaci%C3%B3nRevII%20(002).pdf), de donde se toma la información para este apartado.

41 La expresión reconoce una primera utilización en el libro más vendido de 1995, “*Economía Digital*:

con la llamada “*Economía Compartida*”⁴², en virtud del uso que cada vez más ésta realiza de la plataforma digital.

Como señala Aramendía⁴³, “*toda esta nueva realidad plantea múltiples retos al orden establecido, en tanto modifica todos los ámbitos de nuestras vidas*”, resultando esencial la adaptación a ella de ciudadanos, empresas y gobiernos. Los ciudadanos deberán poder desarrollar las competencias digitales necesarias, con protección de sus derechos fundamentales; las empresas deberán poder producir y brindar sus servicios en igualdad de condiciones, con reglas de juego claras; y los gobiernos deberán responder, en un clima de transparencia, garantías y soluciones que atiendan las nuevas necesidades económicas y sociales.

A su vez, como agrega la autora, “*para que esta revolución se desarrolle con éxito se requiere que se continúen desarrollando las redes de telecomunicaciones, que se facilite la innovación y el desarrollo de nuevos servicios y soluciones digitales, que se dé confianza y garantía a los usuarios.*” Todo ello demandará adecuación del ordenamiento jurídico a ritmo compatible con la velocidad de los cambios.

En el nuevo escenario, los aspectos fundamentales a encarar por los Estados a la hora de regular tienen que ver, entonces, con la protección de los derechos de los consumidores, con garantías para la equidad de los mercados, promoviendo a su vez el desarrollo de la innovación sin desatender la prevención de eventuales consecuencias no queridas de las tecnologías emergentes (como la inteligencia artificial (AI), el “*machine learning*”, el análisis de “*big data*”, la tecnología de contabilidad distribuida o “*blockchain*” y el “*Internet of Things (IoT)*”, entre otras).

Dichas tecnologías permiten nuevas formas de interacción entre consumidores, de manera que resulta disruptiva respecto de los modelos comerciales tradicionales. Es un tiempo en el que las máquinas se enseñan a sí mismas a aprender; vehículos autónomos se comunican entre sí y con la infraestructura de transporte; y los dispositivos inteligentes responden y anticipan las necesidades del consumidor.

Promesa y peligro en la era de la inteligencia en redes de Don Tapscott.

42 VÁZQUEZ, Cristina – Sobre economía digital, en Estudios de Telecomunicaciones ... cit.

43 ARAMENDÍA, Mercedes - La Revolución Digital: Telecomunicaciones, Servicios Digitales y la Sociedad de la Información, en Estudios de Telecomunicaciones ... cit.

3.2 El Problema del Ritmo

El escenario descrito plantea un primer enorme desafío, que enfrenta la máxima regulatoria según la cual las regulaciones deben formularse a través de procesos que resultan pautados por la lentitud que le imponen diversas instancias consultivas, para permanecer luego estables e incambiables por periodos prolongados.

Los nuevos marcos deben producirse en tiempos mucho más acotados e irse adecuando permanentemente mientras se sigue trabajando con los vigentes.

Se señala por quienes observan esta nueva realidad, que debemos aprender de los errores cometidos en la historia de la regulación automotriz temprana, en que las duras restricciones a los vehículos automotores - con vistas a proteger a peatones, carruajes tirados por caballos e incluso ganado - retrasaron por décadas los avances en el desarrollo del automóvil.⁴⁴

Este desafío vinculado con el tiempo en la formulación de marcos regulatorios se ha denominado como *“el problema del ritmo”*. Al respecto expresa Bakul Patel, director del centro asociado de administración de salud digital de la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos (FDA): *“Si el volumen y el ritmo de la transformación digital continúa siendo el mismo, el enfoque regulatorio existente no funcionará.”*

Se ha estimado el ciclo de la política en espacios temporales de cinco a veinte años, mientras que una *“unicorn startup”* puede conseguir alcance global en cuestión de meses. Basta pensar en casos como Airbnb o Uber.

Otro ejemplo lo constituye el de las organizaciones financieras, o *“fintech”*, que se espera atraigan miles de millones de inversiones en los próximos años, en un desarrollo que, sin embargo, según señalan las opiniones más autorizadas, dependerá en gran parte de la regulación. Es así que un alto porcentaje de inversores asiáticos de este sector,

44 A fines del siglo XIX, estos desarrollos fueron fuertemente restringidos por normas dictadas por los parlamentos, como la Ley de locomotoras de 1861, que exigía que las *„locomotoras“* -definidas como vehículos propulsados mecánicamente- estuvieran ocupadas por al menos dos personas y no excedieran las 10 mph en las carreteras de peaje o las dos millas por hora al pasar por las ciudades. En 1865, la *„Ley de Bandera Roja“* requería que los vehículos automotores estuvieran tripulados por al menos tres personas, con una persona que caminara al menos 60 yardas por delante del vehículo, llevando una bandera roja para advertir a los peatones y otros vehículos, incluidos los carruajes tirados por caballos. En los Estados Unidos, varios Estados aprobaron leyes similares a fines del siglo XIX. Una de las leyes más restrictivas fue la de Pennsylvania de 1896, que obligaba a desmontar el automóvil y ocultar sus piezas hasta que el ecuestre o el ganado afectados por el vehículo estuvieran *“suficientemente pacificados”*.

consideran que las regulaciones muy estrictas resultan ser un desafío mayor para el negocio que el derivado de la propia gestión de riesgos.

La cuestión del ritmo considera también el peligro de regulaciones dictadas con premura y de manera no meditada. Es así que ambos extremos -el de la lentitud y el de las prisas- deben evitarse.

3.3 La Cuestión de las Regulaciones Fragmentadas y Superpuestas

Los agentes también apuntan a la necesidad de superar la fragmentación y solapamiento de las regulaciones nacionales, con pluralidad de agencias que ejercen actividades de regulación y control.

Es así que otro de los desafíos a superar es el de la necesidad de coordinación entre los diversos reguladores a través de las fronteras competenciales respectivas.

3.4 El Cruce de Límites Regulatorios

Otro desafío para los Reguladores es el cruce de categorías regulatorias como resultado de la disrupción provocada por el cambio tecnológico. Puede ser el caso de una empresa que ofrece servicios de transporte y comienza a entregar alimentos. Su encuadre inicial no implica la regulación de salud, pero sí lo hace la nueva actividad que viene a sumársele. Puede incluso llegar a involucrar agencias reguladoras específicas, según el tipo de vehículos que utilice (agencias de aviación o de telecomunicaciones).

También puede plantearse el trasvase de categorías como resultado de la asunción de roles diversos por parte del agente económico, como cuando desarrolla actividades que combinan cualidades propias de la condición de proveedor, facilitador y cliente. Estas zonas grises complejizan la asignación de responsabilidades en supuestos de daños al consumidor.

Se ha analizado este aspecto, por ejemplo, en el caso de productos impresos en 3D, dada la dificultad que puede encontrarse para definir si el responsable de un daño es el diseñador, el fabricante de la impresora o el que ha llevado a cabo la operación de imprimir.

3.5 Los Desafíos de la Privacidad y la Seguridad Digital

Este punto se relaciona con la huella digital sobre la vida de los consumidores, que permanece como consecuencia del uso de dispositivos digitales.

En ejercicio de sus competencias, el Regulador deberá tomar importantes decisiones con vistas a la protección de los intereses involucrados. Así, deberá definir, por ejemplo, las obligaciones del proveedor de servicios que almacena información y la medida en que puede compartirla con terceros, generando incentivos para las conductas más garantistas de tales intereses.

En esta materia, resulta esencial la adopción de legislaciones de equilibrio entre el acceso a la información, necesario para la transparencia, y la protección de los datos personales.⁴⁵

Un sector emergente afectado por este tipo de regulación es el de la salud digital. Un desarrollo clave en tecnología de salud digital es el “*Software como dispositivo médico (SaMD)*”, que puede diagnosticar afecciones médicas, sugerir tratamientos e informar la gestión clínica, permitiendo a los pacientes un rol más participativo en su propia atención médica. En este ámbito, caracterizado por la necesidad de protección de los datos del paciente, como en el de “*fintech*” antes aludido, cobra enorme trascendencia la cuestión de la ciberseguridad y la prevención de la ciberactividad maligna.

3.6 El Problema de la “Caja Negra” y los Sesgos Algorítmicos

El problema de la “*caja negra*” tiene que ver con el uso de AI (inteligencia artificial), en particular de algoritmos, como instrumento para la toma de decisiones estratégicas.

Así, por ejemplo, las condiciones del otorgamiento de un préstamo o la contratación de un seguro suelen ser definidos por algoritmos a menudo estrechamente ligados a las determinaciones de las organizaciones que los crean, o ser tan complejos que constituyen verdaderas cajas negras aun para sus creadores.

45 Vid VÁZQUEZ, Cristina - El régimen jurídico del acceso a la información pública y la protección de los datos personales, en Revista de Derecho y Tribunales, N° 15, Mont., 2011, ps. 59 y ss.

También está la cuestión de los indeseables sesgos inherentes de ciertos algoritmos.⁴⁶

En respuesta, algunos expertos han sugerido que los algoritmos estén abiertos al escrutinio público, ya que muchos no se hacen públicos debido a acuerdos de confidencialidad con los desarrolladores.

En mayo de 2018 entró en vigor, en la Unión Europea, el GDPR, que exige a las empresas explicar cómo los algoritmos que utilizan datos personales de los clientes funcionan y toman decisiones.

3.7 Principios Rectores para Superar los Nuevos Desafíos en la Regulación y el Control

El experto de Harvard en Regulación, Ashley Brown, indicaba los siguientes principios para una buena regulación:

- a) Consistencia con las prácticas aceptadas y expectativas de cada país, evitando la extrapolación de soluciones que pueden haber sido exitosas para realidades diversas.
- b) Proporcionalidad: regulación mínima necesaria para asegurar eficiencia y “*fair play*”.
- c) Independencia y autonomía técnica del Regulador, separándose de las instancias político partidarias y evitando la “*captura del Regulador*” por los agentes regulados. Al respecto, señalaba que esta cualidad se encuentra siempre en construcción.
- d) Transparencia.
- e) Suficiencia de potestades y recursos para las agencias reguladoras.
- f) Predictibilidad.

Como surge de lo expuesto, esta última cualidad se ha vuelto utópica en el ámbito de la regulación en el sector digital, como consecuencia de la vertiginosidad de los cambios que en el mismo introduce la renovación tecnológica.

A la luz de esta realidad, los especialistas en este campo recomiendan para superar los desafíos regulatorios de la digitalización, la adopción

⁴⁶ Un ejemplo de sesgo algorítmico se encontró en un estudio realizado en el ámbito de la facultad de Harvard, que concluye que las búsquedas de nombres afroamericanos estereotípicos tienen hasta un 25 por ciento más de probabilidades de mostrarse junto con un anuncio relacionado con el arresto.

de regulaciones susceptibles de adaptarse a las circunstancias nuevas y cambiantes, utilizando instrumentos como los siguientes:

- a) Mecanismos de “*soft law*” (directivas, guías de mejores prácticas, orientaciones o criterios no inmediata o directamente exigibles).
- b) Aceleradores y “*sand boxes, areneros o cajas de arena regulatorios*”, entornos controlados en que el Regulador se asocia con empresas e instancias académicas para experimentar con nuevas tecnologías, de modo de incentivar la innovación con seguridad, probando productos, servicios o modelos comerciales.
- c) Abordaje receptivo de aportes de los diversos integrantes del sistema, así como iterativo, trascendiendo el “*regular y olvidar*”.
- d) Regulación por desempeño o resultados, que especifica los objetivos queridos, en lugar de regulación basada en la forma en que deben lograrse.
- e) Regulación ponderada por el riesgo, abandonando el tipo de regulación “*de talla única*”, con adopción de un enfoque segmentado basado en los datos de cada sector o agente regulado, en lo posible con consideración de flujos de datos en tiempo real. Con este enfoque, es posible exonerar o reducir controles, atendiendo a antecedentes y datos indicativos de menor riesgo.
- f) Regulación colaborativa en procura de convergencia regulatoria, proporcionando representación a los destinatarios de la regulación a través de organismos autorreguladores que permiten la incorporación de estándares privados, con participación de Reguladores de diferentes naciones y organismos privados de normalización.

En definitiva, la nueva regulación debe escoger su rol entre convertirse en obstáculo o motor de la innovación. A efectos de colocarse en este segundo papel, el Regulador debe desarrollar su actividad de manera ágil, iterativa y colaborativa, atendiendo a los resultados y ambientando el ensayo de nuevos modelos en entornos controlados.

FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO - FIDA

Presidente

Jaime Rodríguez-Arana

Vicepresidente

Jorge Danós

Secretario General

Carlos Delpiazzo

Vocales

Gladys Camacho

Jorge Fernández Ruíz

Jaime Orlando Santofimio

Ismael Farrando

Olivo Rodríguez

Karlos Navarro

Coordinadora Editorial

María Rodríguez

Coordinadora de Investigación

Marta García Pérez

TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - TCMSP

Presidente

João Antonio da Silva Filho

Vice-Presidente

Roberto Braguim

Corregedor

Edson Simões

Conselheiro

Maurício Faria

Conselheiro

Domingos Dissei

Secretaria Geral

Ricardo Epaminondas L. O. Panato

Subsecretaria Geral

Roseli de Moraes Chaves

Subsecretaria Administrativa

Cláudio Figo dos Santos Júnior

Subsecretaria de Fiscalização e Controle

Lívio Mário Fornazieri

Assessoria Jurídica de Controle Externo

Egle dos Santos Monteiro

Núcleo de Tecnologia da Informação

Mário de Toledo Reis

Escola Superior de Gestão e Contas Públicas

Maurício Piragino – Diretor-Presidente

Marcos Barreto – Chefe de Gabinete

SOBRE O LIVRO

Formato: 16 x 23 cm

Mancha: 27,5 x 49,0 paicas

Tipologia: ITC Symbol Medium 10/14

Papel: Pólen soft 80 g/m² (miolo)

Cartão Supremo 250 g/ m² (capa)

1^a edição: 2019

PROJETO GRÁFICO, PRODUÇÃO E EDITORAÇÃO
Pluricom Comunicação Integrada®

IMPRESSÃO E ACABAMENTO
Imprensa Oficial do Estado de São Paulo - IMESP

Este trabajo presenta la contribución de 56 especialistas notables en Derecho Administrativo de numerosos países de América Latina y de la Península Ibérica, reunidos en São Paulo en 2019 en el XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, para discutir el papel del control de la Administración Pública, una actividad palpitante que, como otras instituciones y categorías, debe repensarse a partir de los principios y valores del Estado de Derecho Social y Democrático.

El trabajo se divide en dos volúmenes. En este segundo, se recopilan estudios sobre los tipos de control administrativo, como la gestión económica y financiera y la ética pública; la organización del control administrativo interno y externo y nuevas manifestaciones, como la figura del defensor del pueblo, entre otras; y los procedimientos de control administrativo, su desarrollo, efectos e incidencia de nuevas tecnologías.

La publicación conservó el idioma utilizado originalmente por los autores, es decir, español y portugués.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-65-81121-01-3



9 786581 121013