

Control de la Administración Pública en Brasil: cambios institucionales recientes

Control of Public Administration in Brazil: Recent Institutional Changes

MARCOS AUGUSTO PÉREZ
Universidade de São Paulo

SUMARIO: 1. Introducción: la importancia del control de la administración pública y sus precedentes históricos en Brasil. 2. El control externo y el control interno. 3. La amplitud material del control. 4. La Ley contra la Corrupción y su aplicación. 5. Conclusión: un amplio sistema, pero todavía en construcción.

RESUMEN: en Brasil, el funcionamiento de los mecanismos de control interno y externo de la Administración ganó más importancia en el período posterior a la promulgación de la Constitución de 1988. Desarrollase entonces el control de constitucionalidad, de legalidad y de compatibilidad de las medidas con los principios generales del derecho administrativo. A todos estos controles se añadió la reciente legislación que reglamenta el sistema de control contra la corrupción.

PALABRAS CLAVE: Administración. Brasil. Control.

ABSTRACT: in Brazil, the functioning of internal and external control mechanisms of the public administration gained more importance in the period after the 1988 Constitution was enacted. At this period, the control of constitutionality, legality and compatibility with the general principles of administrative law was increased. All these controls were added by the recent issue of anticorruption act.

KEYWORDS: Administration. Brazil. Control.

1. Introducción : la importancia del control de la administración pública y sus precedentes históricos en Brasil

Es clásica la lección de Hauriou mediante la cual es función esencial del Derecho Administrativo emplazar el ejercicio del poder dentro de sus límites. En el momento actual, esta lección gana cada vez más importancia, ya que es del interés de los ciudadanos, de los agentes económicos y de la sociedad colectiva organizada, que las autoridades públicas no se excedan, no se desvíen en el ejercicio de cualquiera de sus poderes, y, al mismo tiempo que no omitan cumplir con sus deberes.

La Administración Pública contemporánea tiene tareas muy amplias, variadas, especializadas y complejas. Los padres fundadores del Derecho Administrativo seguramente no imaginaron que el Estado alcanzaría el grado de intervención social y económica de hoy. Sea en virtud de la necesidad de una intensa acción afirmativa para la realización de los

derechos fundamentales, o como resultado de una sociedad (o la existencia de movimientos sociales) cada vez más demandante, sea por la necesidad de intervenir constantemente en el ámbito económico para corregir las fallas del mercado o tomar medidas contra las recurrentes crisis económicas, o para ayudar a las personas sin recursos o condiciones económicas de supervivencia digna, lo cierto es que hoy el estado está presente en cada vez más ámbitos de la vida social¹.

La verdad es que, teniendo que asumir funciones que van desde la salud pública a las telecomunicaciones; desde la educación a los puertos o aeropuertos; desde la autorización para el comercio de medicamentos a la defensa nacional, desde la seguridad social a la intervención urbana, entre muchas y muchas otras funciones que, -aunque no sean prestaciones, tienen por objeto regular el comportamiento de múltiples agentes económicos para eliminar fallos y desequilibrios del mercado, o para imponer las conductas de interés público que el mercado por sí solo no puede hacer-, hoy se hace imposible para el administrador público tornarse un aplicador automático, una "mano larga" de la voluntad de la ley, y de este hecho se deriva la creciente importancia del control. También se debe reconocer que los instrumentos de control de la Administración Pública son relacionados con el fenómeno de la democracia o, en otras palabras, se debe reconocer que el perfeccionamiento de las instituciones democráticas influye directamente en la maduración de los sistemas de control de la Administración Pública. Seguramente no importa a los gobiernos autoritarios o dictaduras que la Administración Pública sea controlada, sino como una manera de hacerla más centralizada. Es en la democracia que se fortalecen los diferentes instrumentos de control de la Administración, como salvaguarda contra la arbitrariedad y las decisiones caprichosas de los gobernantes.

Es precisamente por eso que, en Brasil, el período posterior a la promulgación de la Constitución de 1988 (poco más de 25 años atrás) es precisamente aquel en que el funcionamiento de los mecanismos de control de la Administración ganara más importancia, importancia material, no sólo formal, y poco a poco se convirtiera en eficaz.

2. El control externo y el control interno

Para una breve descripción del sistema de control de la administración pública en Brasil es suficiente decir que la Administración se somete a un control interno y a un control externo.

Se entiende por control interno o auto-control el deber de la Administración Pública de invalidar sus propios actos, cuando se cometan en violación de la ley. Es decir el control que ejerce la misma administración sobre actos emanados de la administración central o de la administración descentralizada, como el caso de las empresas estatales.

El control externo, a su vez, corresponde al control ejercido por el Poder Legislativo sobre la Administración, y la revisión jurisdiccional, valiendo señalar que Brasil no adopta el sistema de tribunales administrativos, sino el sistema de la unidad de jurisdicción, inspirado en la Constitución de Estados Unidos. De acuerdo con el art. 5, XXXV, de la Constitución

¹ Sobre el crecimiento de las funciones desempeñadas actualmente por la administración pública, léase: **Di Pietro**, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 20-23 e **Moreira**, Vital, *Administração Autônoma e Associações Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 29-31.

Federal de Brasil, "la ley no debe excluir la revisión por parte del Poder Judicial de lesión o amenaza de lesión a derecho".

Los principales mecanismos de control interno son el recurso administrativo, la supervisión ministerial, la petición dirigida a los órganos correccionales internos y los procesos de toma de decisiones.

El recurso administrativo es una manifestación del derecho constitucional de petición; a través de su uso en el curso de un procedimiento administrativo o no, el solicitante pide la revisión de las medidas adoptadas por la administración, la revisión de la decisión administrativa.

La supervisión ministerial es el modo por el cual los ministerios controlan las entidades de la administración descentralizada: entidades autárquicas, fundaciones gubernamentales y empresas estatales.

En los últimos años proliferó la creación de órganos correccionales internos, generalmente llamados "Controlodorias" (controladurías). Estos órganos, que disfrutaban de cierta independencia, no solo hacen auditorías regulares, sino también reciben peticiones o reclamaciones hechas por cualquier parte interesada contra los empleados y las autoridades públicas.

Como medio de control previo e interno de la actividad administrativa, la Ley 9.784 de 1999 estableció normas de procedimiento administrativo. Por esta ley los actos administrativos que afecten intereses de los individuos o intereses colectivos o difusos, así como los actos normativos, deben ser precedidos de un proceso de toma de decisiones. Las reglas de la Ley 9.784 de 1999 establecen los casos en que la Administración puede valerse de mecanismos como las audiencias y consultas públicas. En caso, el proceso tiene como objetivo mejorar los métodos de producción de las decisiones administrativas, haciéndolas más razonables, más motivadas y por lo tanto más estables.

El control externo realizado por el legislador, a su vez, cuenta con los siguientes instrumentos: (1) las autorizaciones previas (como en el caso de la autorización para la producción de energía a través de las centrales nucleares); (2) la invalidación de reglamentos dictados por la Administración (en particular por las autoridades reguladoras independientes), por exorbitar las facultades delegadas por la ley; (3) la capacidad de la legislatura de convocar a los ministros a proporcionar información; (4) las comisiones parlamentarias de investigación, que mantienen las facultades de investigación equivalentes a las autoridades judiciales; (5) el proceso de "impeachment" por el cual se pretende condenar al Presidente de la República o los gobernadores y alcaldes por responsabilidad penal (expediente típico de los países donde rige el sistema de gobierno presidencial) y, por último, (6) el control financiero del presupuesto que se realiza por la Legislatura con la ayuda de una agencia de control externo: el Tribunal de Cuentas.

Por último, pero no menos importante, tenemos el amplio control jurisdiccional. El control se realiza en este caso, a través del ejercicio del derecho de acción ante diferentes instancias judiciales por las personas que la legislación considera legitimadas para la presentación.

La Constitución regula en términos generales la mayoría de estas acciones, que llamamos remedios o recursos constitucionales, a saber: (1) el "mandado de segurança" que tiene el objetivo de reforzar derechos individuales o colectivos contra el exceso o desviación de poder de las autoridades administrativas; (2) la "ação popular" (acción popular) que puede ser presentada por cualquier ciudadano contra un acto lesivo a la propiedad pública y

que afecte a la legalidad, la moralidad, el medio ambiente o el patrimonio histórico, cultural y artístico; (3) la acción directa de inconstitucionalidad y la denuncia de violación del precepto fundamental, que comprende diferentes acciones que realizan el control concentrado de la constitucionalidad y pueden ser incoadas por el Presidente; por la Mesa del Senado; por la Mesa de la Cámara de Diputados; por la Mesa de las Asambleas Legislativas o la Mesa de la Cámara del Distrito Federal; por los Gobernadores de los Estados o del Distrito Federal; por la Procuraduría General de la República; por el Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil; por un partido político representado en el Congreso Nacional o confederación sindical o asociación profesional nacional; (4) el Habeas Data para proteger la esfera privada de los individuos contra: a) la utilización abusiva de los registros de datos personales recogidos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos; b) la introducción de estos registros de datos sensibles (llamado el de origen racial, las opiniones políticas, filosóficas o religiosas, partido o sindicato, la orientación sexual, etc.) y c) la conservación de datos falsos o que no sean los autorizados por la ley; (5) el "mandado de injunção" medida que se puede utilizar siempre que la ausencia de una norma reglamentaria hace que sea imposible el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía y, por último, la medida actualmente más común, (6) la acción civil pública por actos carentes de probidad, destinada a luchar contra los actos administrativos deshonestos y practicados en violación de la ley, incluyendo los principios generales del derecho administrativo o actos que conducen al enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos o que causan daño a la hacienda pública, la acción es presentada con frecuencia por el Ministerio Público.

3. La amplitud material del control

Tengamos en cuenta que el control, ya sea interno o externo, verifica la existencia de vicios en elementos de los actos administrativos, tales como la competencia del agente, la forma o el objeto del acto, así como también en su relación con el propósito y las razones de la decisión administrativa. El control verifica la constitucionalidad, la legalidad y la compatibilidad de las medidas con los principios generales del derecho administrativo. Se verifica el equilibrio entre costo y beneficio, la razonabilidad y proporcionalidad de los actos concretos que afectan a los intereses de una persona o una comunidad en particular, y de actos generales que afectan a un número indeterminado de personas (como reglamentos, políticas y planes). No hay, por lo tanto, ninguna cuestión que escape a los diferentes tipos de control.

4. La Ley contra la Corrupción y su aplicación

Más recientemente, en agosto de 2013, se promulgó la Ley 12.846, también llamada Ley contra la Corrupción, con el objetivo, según denuncia su título, de limitar la práctica de la corrupción y el pago ilegal de sobornos a funcionarios públicos.

La Ley se inspira en el FCPA de los Estados Unidos y la Comunicación de 2011, de la Comisión Europea (entre otras normas europeas), normas que son fruto de un nuevo consenso global sobre la base de la Convención de la ONU contra la Corrupción y formados a partir de la constatación de que la corrupción daña seriamente la economía y la sociedad en su conjunto, lo que debilita la democracia, la justicia social y el Estado de Derecho.

La ley, reglamentada por el Decreto 8.420, de 2015 induce a las empresas que desean mantener contratos con el gobierno para llevar a cabo programas de integridad corporativa ("compliance"), así que trata de abolir las prácticas comerciales de favoritismo a cambio de sobornos .

De acuerdo con la ley, es de competencia de la CGU (la Contraloría General de la Unión) acusar administrativamente a las empresas atrapadas en prácticas corruptas, aplicándoles multas que pueden llegar hasta el 20% (veinte por ciento) de los ingresos brutos de la empresa o tres veces el valor del ventaja económica ganada, lo que sea mayor. La misma CGU tiene competencia para celebrar acuerdos de clemencia con las empresas involucradas en actos de corrupción que: (1) acepten su participación en actividades ilegales y (2) cooperen con la investigación y proporcionen información sobre el caso.

Muchos casos se están investigando actualmente en la CGU en virtud de la participación en prácticas corruptas de una aparentemente amplia red de empresas, proveedores de servicios de Petrobras (la gigante petrolera estatal). Esta es una prueba importante para el nuevo sistema de control. Las virtudes de este nuevo sistema son claras, en diversos sectores económicos las empresas van a buscar una mejor gobernanza y desplegar sistemas de integridad corporativa para protegerse contra la práctica de la corrupción.

Pero los defectos del nuevo sistema también son claros, ya que hay algunos retrasos en los procedimientos (especialmente cuando se ejecutan en paralelo a los casos penales), porque se cuestiona la inseguridad que genera el hecho de que la indulgencia que prevé la ley no se asocia con los procedimientos penales. De ahí que la empresa que resuelve realizar un acuerdo de indulgencia corre el riesgo de que sus líderes sean perseguidos penalmente, hecho que resulta de no fomentar acuerdos de clemencia. En la práctica, la CGU y el Ministerio Público (titular de la acción penal) y a veces también el CADE (Consejo Administrativo de Defensa Económica: agencia antitrust) tratan de interactuar de manera que los acuerdos proporcionen la resignación o la modulación de las sanciones penales.

5. Conclusión : un amplio sistema, pero todavía en construcción

La conclusión de esta breve presentación sobre el sistema brasileño de control de la administración pública es el siguiente:

- Brasil cuenta con un sistema amplio de control, capaz de defender a los ciudadanos, las empresas y a la misma Administración contra actos ilegales y arbitrarios cometidos por las autoridades públicas, de acuerdo con los principios de la democracia y del Estado de Derecho;
- El sistema incluye varias herramientas que se pueden dividir entre los controles internos y externos (éstos hechos por los poderes legislativo y judicial);
- El sistema realiza el control de la legalidad no solo en el sentido formal, sino también el control de constitucionalidad, de los fines, de la motivación, de la razonabilidad y de la proporcionalidad de los actos administrativos;
- A todos estos controles se añadió la reciente legislación que reglamenta el sistema de control contra la corrupción, un sistema fuertemente inspirado en los EE.UU. y en normativas europeas, que

trata de fomentar la buena gobernanza y la integridad de las empresas que intentan contratar con en el sector público.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que Brasil aún está probando y perfeccionando su sistema de control. Brasil es un país en que la democracia es un fenómeno históricamente reciente. Después de largos años de oscuridad y de dictadura, loas malas prácticas demoran generaciones en ser superados. Sólo la profundización de la experiencia democrática es la que nos llevará al desarrollo y la consolidación del sistema de control en el futuro.