

El Control Interno de la Administración Pública y la Configuración del Estado Contemporáneo

The Internal Control of Public Administration and the Configuration of the Contemporary State

Prof. Dr. Vitor Rhein Schirato

Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP)

Artículo Original (Investigación)

RFJ, No. 5, 2019, pp. 51-95, ISSN 2588-0837

RESUMEN: en la actualidad, cada vez con mayor intensidad, pululan escándalos de corrupción que exponen el mal uso de recursos públicos y la acción de administradores públicos deshonestos. De la misma manera, el empleo de los escasos recursos públicos no ha permitido alcanzar los objetivos esperados. Es decir, incluso sin la comisión de cualquier acto ilícito (utilizando aquí el concepto tradicional de ilegalidad en la Administración Pública), no se logra asegurar que los recursos públicos traigan los beneficios esperados por la población. Cada vez con mayor frecuencia emerge el tema del control de los recursos públicos. Como consecuencia, las legislaciones locales y los estudiosos del Derecho Administrativo buscan crear soluciones para garantizar la lisura de la Administración Pública y el buen uso de los recursos públicos, con el fin de crear un entorno que permita realizar las finalidades colectivas justificantes de la recaudación de recursos por el Estado. Sin embargo, las soluciones en materia de control que vienen y que se presentan, no pueden considerar un escenario inexistente en el Derecho Administrativo, basado en estructuras hace tiempo extinguidas. Si se considera que el control es una *herramienta* destinada a resolver un problema, nos parece fundamental que esta herramienta esté de acuerdo con su campo de aplicación. De nada adelantaría formular un instrumento de reparación que resulte inútil para las características del bien dañado. En ese contexto, se plantean discusiones acerca del *control interno de la Administración Pública*. En el sentido de que, el sistema de control realizado por la propia Ad-

ministración y no por órganos fuera de su estructura orgánica¹³, el control interno viene pasando por modificaciones y discusiones doctrinales que tienen como objetivo actualizarlo, aunque muchas veces en desconsideración del concepto, de las estructuras y del *modus operandi* de la Administración actual.

PALABRAS CLAVE: administración, control interno, administración pública, eficacia, finalidad.

ABSTRACT: Nowadays, corruption scandals are rampantly and with increasing intensity exposing the misuse of public resources and the actions of dishonest public administrators. The use of scarce public resources has not allowed the hoped-for objectives to be reached. Even with no illegal act has been committed (here using the traditional concept of illegality in Public Administration), it is not possible to ensure that public resources bring about the benefits expected by the population. With increasing frequency, the issue of control over public resources emerge. Consequently, local legislations and Administrative Law students look to create solutions to ensure Public Administration's smoothness and the proper use of public resources, in order to create an environment that allows the collective purposes which justifies State collection of resources. However, the solutions in terms of control that come and are presented, cannot consider a scenario not present in Administrative Law, based on long-extinct structures. If control is a tool destined to solve a problem, it seems fundamental that this tool be in accordance with its field of application. It would be pointless to create a repair instrument that is useless for the damaged property's characteristics. In this context, a discussion is formulated regarding the internal control of Public Administration. It follows that, in the control system of Administration itself and not by organs outside its organic structure, internal control is going through modifications and doctrinal discussions that aim to update it—although many times in disregard of the current Administration's concept, structures and *modus operandi*.

KEY WORDS: administration, internal control, public administration, effectiveness, purpose.

13 Como advierte correctamente Odete Medauar (2014), el control interno de la Administración Pública es conocido por diversas denominaciones, como *control interno*, *control administrativo*, *control intraadministrativo*, *autocontrol*, etc. (p. 51 y ss).

INTRODUCCIÓN

En vista de los cambios ocurridos en la sociedad, a lo largo de las últimas décadas y de los consiguientes cambios implantados en la estructura y en la función del Estado (y de la propia Administración Pública), nos parece evidente que las nuevas formulaciones del control interno de la Administración Pública deberían ser presentadas al compás con tales cambios. Sin embargo, no es lo que siempre ocurre. Se formulan teorías sobre el control interno de la Administración llevando en cuenta una estructura de Administración Pública que ya no existe y se crean mecanismos materiales de control que no se corresponden con la *estructura administrativa* que los aplicará

Dentro del contexto del control interno de la Administración Pública son comunes dos grandes equívocos: por un lado, todavía se entiende la Administración como una organización piramidal construida a partir de las ideas de jerarquía y subordinación. Por otro lado, se entiende el control incidente sobre una relación de legalidad estricta, de forma que al controlador sólo se limita a verificar si el acto controlado encuentra su fundamento de validez en la ley parlamentaria que lo antecede. Así es como se demostrará que todavía hay vastas manifestaciones doctrinales, que entienden que el control interno de la Administración Pública es aquel manifestado por una autoridad jerárquicamente superior, acerca de la compatibilidad material entre el acto de una autoridad inferior y la ley en aplicación, sea *ex officio*, sea por medio de la provocación de terceros por medio del recurso jerárquico.

Ocurre que, como pretendemos demostrar en este estudio, el entendimiento de control interno descrito en el párrafo precedente no se adecua a la realidad y que resulte inútil. Hacemos esta afirmación basada en tres fundamentos, que se discutirán largamente: (i) la efectividad del control interno de la Administración Pública está, en gran medida, asociada a la independencia del órgano regulador; (ii) el objeto del control no es más solamente una conformidad directa entre acto y ley en aplicación, pero sí, es mucho más amplia, dada la función actual de la ley en su relación con la Administración Pública; y (iii) el carácter actual de una Administración Pública democrática demanda un control funcionalizado y *políticamente exento*.

En este sentido, nuestro objetivo en el presente estudio será presentar una especie de teoría general del control interno de la Administración Pública –aun reconociendo la posibilidad de imprecisión en el uso del

término¹⁴— que pueda ser capaz de presentar la *estructura orgánica de la Administración Pública* necesaria para implantar un control eficiente y, sobre todo, eficaz.

No constituye nuestro objetivo, en el presente estudio, analizar cuáles son los mecanismos de ejercicio del control interno de la Administración Pública. Ya que de este objetivo ya se realizó un estudio anterior¹⁵.

Al no tener como propósito cruzar cada una de las formas de manejo del control interno de la Administración Pública, es que vamos a cubrir el contenido de nuestra investigación al control interno de *índole represiva*; es decir, el control interno ejercido *ex post* o concomitantemente, siempre por órgano de control especializado incluido dentro de la estructura de la Administración Pública¹⁶.

14 Mencionamos que la presentación de una *teoría general* es de alta dificultad con base en las colocaciones de Fernando Menezes Dias De Almeida (2015). Herméticamente, según el autor, una *teoría* sería siempre base de una colección de posicionamientos individuales que crean otro posicionamiento más general, supraindividual (p. 55 y ss). Siendo así, las proposiciones contenidas en ese estudio, por ser fruto de una visión individual, no podían considerarse propiamente una *teoría*, sino manifestación de *doctrina*. No obstante, mencionamos la idea de construir una teoría general por el hecho de que, con base en innumerables concepciones individuales del Derecho Administrativo, buscaremos demostrar una idea supra individual que conforme el control interno de la Administración Pública en los días actuales. Es verdad que puede dejar de ser una *teoría* en el sentido más correcto y adecuado del término (como empleado por el autor en debate), pero pretendemos que sea una colación de posicionamientos individuales para la construcción de una visión generalista que sea capaz de identificar el control interno de la Administración Pública con mayor precisión.

15 Revisar el artículo: Schirato, Vitor Rhein. (2015). “O Controle Interno da Administração Pública e seus Mecanismos”, en *Revista dos Tribunais*, vol. 956, año 104, julio de 2015. São Paulo. p. 25 y ss.

16 Aquí se debe dejar sentado que el control interno *ex post* sigue siendo manejado por medio del poder jerárquico. Pero, a lo que nos parece, ese es un modelo insuficiente para el control interno de la Administración Pública, que demanda nuevas estructuras para el integral respeto a lo determinado por el artículo 74 de la Constitución Federal. Por esta razón, aunque hay un control represivo de índole jerárquica, enfocaremos en nuestro estudio el control represivo interno manejado por órganos independientes de aquellos de quienes emana el acto controlado.

Para llegar al resultado pretendido, seguiremos el siguiente camino: *en primer lugar*, será presentado el concepto de control interno de la Administración Pública que se utilizará en este ensayo, y se indicarán sus fundamentos jurídicos; *en segundo lugar*, se trabajará la idea de control como íntegra a la noción de Administración Pública democrática, a partir de un concepto actual de democracia aplicado al Derecho Administrativo; *en tercer lugar*, será objeto de investigación la relación entre los hechos, actos y negocios jurídicos administrativos¹⁷, y las normas jurídicas que se aplican a la Administración Pública; *en cuarto lugar*, se expondrá las concepciones doctrinarias más comunes acerca de organización administrativa en Brasil, incluyendo allí las estructuras de control; *en quinto lugar*, se tratará la concepción actual de organización administrativa y cómo ésta tiene un impacto directo sobre el control interno de la Administración Pública; *en sexto lugar*, se expondrá una teoría de cómo debe funcionar, desde el punto de vista orgánico, el control interno de la Administración Pública para que sea eficaz y eficiente; y, *finalmente, en séptimo lugar*, se presentarán las conclusiones que parezcan pertinentes.

Es necesario subrayar que este estudio no estará limitado al derecho positivo brasileño. Como nuestra idea es presentar una teoría general del control interno, aplicable al Estado contemporáneo, no se recorrerá un camino dogmático vinculado sólo al derecho positivo, sino que se hará una reflexión a partir del Derecho Administrativo contemporáneo.

Por último, es importante afirmar que habrá, en el presente estudio, una cantidad significativa de menciones al pensamiento de Eberhard Schmidt-Assmann (2006). Este conjunto de menciones no es aleatorio. Se deriva de la completa adhesión de los temas aquí investigados a la forma de estructuración dogmática que hace el autor en la creación de un *sistema jurídico*.

17 Nos valemos aquí de nociones muy amplias, ya que el control de la Administración Pública será aplicable a cualquier hecho, acto o negocio jurídico que tenga efectos para la Administración. Por lo tanto, teniendo en cuenta el alcance del control en frente, no se pueden hacer restricciones sólo al control de los actos administrativos o de los contratos administrativos (entendidos como especie del género negocio jurídico administrativo).

1. EL CONTROL INTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Diversas concepciones son posibles para el control interno de la Administración Pública. A partir de una visión orgánica, es posible mencionar que el control interno es *aquel desempeñado por órganos incluidos dentro de la estructura de la Administración Pública*, excluyendo así todas las formas de control que provienen de órganos externos, como: el Poder Judicial, el Poder Legislativo, los Tribunales de Cuentas¹⁸ y el Ministerio Público¹⁹. De otro modo, a partir de una visión funcional, el control interno sería la *función administrativa de controlar sus propios actos con el objetivo de garantizar la legalidad (tomada en sentido amplio) de la Administración Pública*.

De esta manera, ambas visiones son correctas y necesitan ser incorporadas para, efectivamente, denotar el control interno de la Administración Pública. El fundamento de esta afirmación se deriva del hecho de que el control interno es, *desde un punto de vista orgánico, realizado por órganos de la propia Administración, sin la participación de órganos internos*.

Sin embargo, *desde un punto de vista funcional, el control interno también es una función administrativa*. Sobre la colocación del control interno de la Administración Pública como una función administrativa,

18 En el Derecho brasileño, los Tribunales de Cuentas, en virtud del artículo 71 de la Constitución Federal, son *auxiliares del Poder Legislativo* en el ejercicio del control interno de la Administración Pública. Así, se podría argumentar que el control ejercido por los Tribunales de Cuentas es sólo una parte del control parlamentario. Discordamos de esta visión, aunque los Tribunales de Cuentas sean, de hecho y de derecho, auxiliares del Poder Legislativo, el control por ellos ejercido es autónomo y, en la mayoría de las veces, prescinde de manifestaciones del Poder Legislativo. Por lo tanto, como ocurre en otros sistemas jurídicos, los Tribunales de Cuentas, en Brasil, acaban siendo órganos autónomos de control externo que, en algunas hipótesis, tienen fuerte interfaz con el Poder Legislativo, auxiliándolo.

19 Aún es cuestionable si el Ministerio Público, autónomamente, ejerce un control sobre la Administración Pública. En nuestra opinión, concordando con Odete Medauar (2014), después de la Constitución Federal de 1988, tal control autónomo es evidente, he aquí que el Ministerio Público puede actuar sin la necesidad de intervención del Poder Judicial, como lo hace en los casos en que celebra términos de ajuste de conducta y otros instrumentos para disciplinar una conducta de la Administración Pública. En cuanto al tema, revisar: Medauar, Odete. (2014). *Controle da Administração Pública*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 177 y ss.

se confiera la lección siempre correcta de Eberhard Schmidt-Assmann. (2006).

Así es que, desde nuestro punto de vista, *el control interno de la Administración Pública es aquella función administrativa ejercida por órganos integrantes de la estructura administrativa que tienen como objetivo corregir fallas cometidas en el ejercicio de otras funciones que sean verificadas de oficio o de provocación de terceros.*

El concepto que se adopta puede parecer algo obvio, pero no lo es. Esto se debe a que la presentación de una idea de control interno de que una visión orgánica con la visión funcional abre el camino necesario para que se constituya una *estructura administrativa de control*, o sea, una parte de la Administración Pública que tiene como objetivo esencial realizar el control de las demás estructuras administrativas.

Si establecemos el control interno como una *función ejercida por un órgano específico y especializado*, es obligatorio reconocer si se determina tal control como una forma de *diálogo interadministrativo*, por medio del cual una parte de la Administración corrige un acto realizado por otra. Pero no a su libre albedrío.

La corrección tiene que darse de forma fundamentada y siempre dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. No se trata de crear jerarquías entre las diferentes partes de la Administración Pública (controlador y controlados), sino demarcar sus espacios de actuación, a partir de la asignación de funciones típicas de los procesos de organización administrativa²⁰.

Floriano De Azevedo Marques Neto (2009), en uno de sus principales estudios publicados en Brasil sobre el control interno de la Administración Pública, critica la funcionalización de tal control, afirmando que ese movimiento tiende a transformar el control en *un fin en sí mismo*.

20 Sobre el tema, revisar: Schmidt-Assmann, Eberhard. (2006). *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. pp. 231-232, ya que, según el autor, el control interno de la Administración Pública es ejercido de acuerdo con la estructura funcional de organización de la Administración Pública, respetando las atribuciones de competencia, buscando un direccionamiento normativo en su ejercicio.

Según su punto de vista, la “automatización” del control hace que haya un déficit de la garantía en el manejo de la función, permitiendo que el controlador tome decisiones sin considerar el análisis de sus impactos (pp. 221-222).

Aunque concordamos con el diagnóstico, en vista de la realidad brasileña, discrepamos con la visión del autor. En nuestro sentir, es esencial que el control sea funcionalizado, he aquí que ese es un presupuesto de la teoría que pretendemos presentar. De esta manera, no se puede confundir funcionalización del control con desprendimiento de la realidad por parte del controlador. La transformación del control en un fin en sí mismo no es una consecuencia lógica y necesaria de la funcionalización del control, sino que es una patología derivada de una desnaturalización de la idea de función.

Como es evidente en el Derecho Administrativo actual, la idea de función está íntimamente ligada a la idea de *finalidad*. Es decir, la función es una obligación impuesta a la Administración Pública para el alcance de una determinada *finalidad*²¹. En este sentido, la noción de una *función de control* remite a la imposición de una *finalidad* a una parte de la Administración Pública para asegurar la lisura y la corrección de las actividades administrativas; sin querer implicar cualquier forma de sustitución del administrador por el controlador.

En el caso de que se trate de un control de una función manejada de forma dialogada entre controlador y controlado, *sin la existencia de cualquier prevalencia*, la sustitución de uno por el otro, puede transformar el control como *un fin en sí mismo*, y por lo tanto, atribuirse como una patología del mal ejercicio de la función y no un defecto conato de la caracterización del control como *función administrativa*.

Más aún: la funcionalidad del control y su atribución a una autoridad administrativa debidamente dotada de competencia para el ejercicio de dicha función recomienda el confinamiento de la actividad del control a la finalidad para la cual existe, dado que, como es evidente, la

21 En consonancia con Domenico Sorace (2012), los diferentes tipos de función administrativa identifican las más diferentes parcelas de la Administración Pública, individualizando los tipos de Administración que existen (p. 91). En el mismo sentido, Marco D'Alberti (2012) asocia la idea de función a la idea de fin en la medida en que menciona que las funciones administrativas comprenden fines públicos que deben alcanzarse (p. 131).

función no es más que un propósito a ser alcanzado. Con eso, queda corrompida la afirmación de una verticalidad entre controlador y controlado que permita la sustitución del segundo por el primero. De nuevo, de acuerdo con Eberhard Schmidt-Assmann (2006), controlado y controlador se encuentran dispuestos horizontalmente (p. 231), correspondiendo al segundo, dentro de los límites de su función, corregir fallas eventualmente verificadas de trasgresiones del primero. Cualquier desbordamiento de los límites de la función configurará una desviación por parte del controlador, justificando nuestro posicionamiento acerca de la autonomización de la función de control.

2. CONTROL INTERNO Y ADMINISTRACIÓN DEMOCRÁTICA

En la actualidad, la noción de democracia viene teniendo una importancia creciente en el contexto del Derecho Administrativo. En el origen de esta rama del Derecho, la idea de democracia era meramente accesoria y perteneciente, esencialmente, al Derecho Constitucional.

Por ello, la definición, en los cuadrantes de la Constitución, de un sistema democrático está bastante ligada al Derecho Administrativo. Sin embargo, en función de diversas funciones verificadas en el Derecho Constitucional, en el Derecho Administrativo y, en esencia, en la propia idea de Estado, la interpenetración de Administración Pública y Democracia ha sido revisada.

Según la formulación más tradicional de la doctrina del Derecho Administrativo, la legitimación democrática de la Administración Pública proviene de su sumisión a la ley. Es decir, en la medida en que corresponde a la Administración aplicar la ley elaborada por el Parlamento según dictámenes democráticos, estaría la actuación de la Administración Pública debidamente legitimada por la democracia²².

Sin embargo, ocurre que la visión mencionada está superada. De acuerdo con el razonamiento ora criticado, no cabría a la Administración la realización de elecciones, y por tal, todo estaría predeterminado en el seno de la ley; ésta evidentemente plena manifestante de la democracia. Con eso, las acciones administrativas serían sólo un *reflejo automático* y necesario de una determinación democráticamente impuesta.

22 Revisar: Mello, Celso Antônio Bandeira de. (2012). *Curso de Direito Administrativos*, 29ª ed., São Paulo: Malheiros. pp. 103-104.

Se niega que la Administración Pública tenga la capacidad de actuar más allá de la ley, de forma que no existe posibilidad a la falta de respeto de los cánones democráticos.

Esta situación es, evidentemente, despejada con la realidad. Concordando una vez más con las siempre pertinentes lecciones de Eberhard Schmidt-Assmann (2006), la legitimidad democrática derivada de la aplicación de la ley permanece existiendo, pero es más compleja de lo que comúnmente se pugna y, principalmente, se complementa con otras formas de actuación de la Administración Pública (p. 88 y ss).

En primer lugar, la legitimación democrática derivada de la aplicación de una ley parlamentaria por la Administración Pública no proviene sólo de una compatibilidad material entre el acto administrativo y la ley en aplicación.

También acontece en los casos en que la ley parlamentaria fije cuál es la decisión a ser tomada en un caso concreto en la regulación de una competencia esencialmente vinculada (en franca minoría, en los días actuales). Sin embargo, Schmidt-Assmann (2006) plantea que surgirá de otras formas de vinculación de la Administración Pública al Poder Legislativo, como en el caso de la ejecución de la ley presupuestaria (pp. 90-91).

Además, la legitimación democrática derivada de la ley parlamentaria se derivará también de una estructura organizacional de la Administración Pública, legitimada por el sistema democrático, que concede a los agentes administrativos capacidad para actuar en el caso concreto a través de la creación de funciones y competencias. Esto significa que es esencial para que la Administración Pública ostente una legitimación democrática y que su construcción haya sido canalizada por el Poder Legislativo, con las necesarias atribuciones y delimitaciones de funciones y competencia.

En cuanto a las consideraciones precedentes, la actual relación existente entre Administración Pública y ley parlamentaria (que será objeto de estudio más detenido en el próximo tópico de este estudio) presenta una textura esencialmente abierta, ya que la ley, por regla general, no contiene un comando cerrado que sólo determina a la Administración Pública la toma de una decisión posible ante el caso concreto. En cambio, la ley, en una parte muy significativa de los casos, se valdrá de múltiples posibilidades y conceptos abiertos y plurisig-

nificativos, atribuyendo a la Administración Pública la competencia para actuar dentro de ciertos cuadrantes, pero con relevante capacidad cognitiva para determinar la mejor solución a la situación fáctica subyacente (ej., competencias discrecionales²³).

Como consecuencia del proceso descrito, no hay como presumir que la legitimidad democrática de la Administración Pública pueda venir sólo de la aplicación de la ley parlamentaria. Es decir, a partir del momento en que la Administración Pública es legitimada a actuar sin vinculación directa y exhaustiva en la ley parlamentaria, hay el advenimiento de una ampliación de la idea de democracia que demandará, por lo tanto, una revisión de la idea de Administración democrática.

Decimos que hay una ampliación en la idea de democracia porque la democracia indirecta derivada de la ley parlamentaria deja de ser única y suficiente para el actual contexto de la sociedad. En la estera de las lecciones precisas de Odete Medauar (2003) pasa a ser demandada una *democracia en el ejercicio del poder*, además de la democracia para la asunción del poder (pp. 99-100); es decir, es exigido que la Administración Pública, en el manejo de sus competencias, sea permeable a las demandas de la sociedad, que deberán ser consideradas y sopesadas en el proceso decisorio estatal.

Exactamente por la necesidad de un ejercicio democrático del poder que Eberhard Schmidt-Assmann (2006) afirma que:

[el contenido de la democracia para las decisiones administrativas] incluye, por lo tanto, reglas muy generales de decisión administrativa, estilo de acción de la Administración y organización administrativa: se extrae de ahí, que la acción administrativa más allá de la legalidad debe cumplir otros criterios (pp. 105-106).

De acuerdo con el autor, la legitimación democrática de la Administración Pública demandará, además del respeto a la ley parlamentaria, la *aceptación* y la *participación*. La aceptación se refiere al contenido de la decisión administrativa que debe tener en cuenta de manera neutra la situación subyacente para encontrar un equilibrio ponderado en los efectos alcanzados. Según Schmidt-Assmann (2006), se trata de la le-

23 Sobre el proceso de transformación de la ley parlamentaria en el Estado contemporáneo, revisar: Marques Neto, Floriano de Azevedo. (2002). *Regulação Estatal e Interesse Público*, São Paulo: Malheiros. p. 124 y ss.

galidad estricta, de la corrección de la decisión *vis-à-vis* su objeto en la situación concreta (pp. 105-106).

La participación está relacionada a la permeabilidad de la decisión administrativa, al diálogo con los interesados en sus efectos, de forma que la acción administrativa no sea fruto de concepciones auto-referenciadas, sino fruto del proceso abierto de discusión.

Ante estos cuadrantes, la idea de democracia para el Derecho Administrativo es mucho más compleja de lo que las concepciones corrientes dan cuenta. La idea de Administración Democrática se refiere esencialmente a la permeabilidad de la Administración Pública a los intereses, *a las demandas y a las necesidades de la sociedad que constituirá el objeto de la acción administrativa*. No basta solamente aplicar la ley parlamentaria. Es necesario, al realizar tal aplicación, considerar las demandas que se plantean y sopesar los efectos de la decisión, en constante proceso de diálogo con los interesados.

A la luz de estas consideraciones, se ve que la misión de controlar la acción administrativa es mucho más compleja de lo que se imagina a partir de la tradicional concepción de legalidad estricta de la Administración Pública. Esto ocurre por dos razones: la falta de un catálogo cerrado de resultados de la acción administrativa y la necesidad de verificación si la decisión administrativa, al fin y al cabo, alcanzó lo que de ella se esperaba.

En lo que se refiere a la primera razón, se tiene un aumento considerable de la complejidad de la actividad de controlar la Administración Pública debido a la falta de un criterio uniforme y claro.

En el contexto tradicional de una legalidad estricta, el control es simple: se da por la verificación del cumplimiento o no de la norma en aplicación. Sin embargo, en el escenario descrito, la ley no prevé una exclusiva consecuencia a ser verificada en el caso concreto.

Se prevé una finalidad a ser alcanzada y la consagración de instrumentos, de tal forma que se impone al controlador la obligación de verificar si el manejo de los instrumentos fue adecuado para la finalidad impuesta por la norma.

Por lo que se refiere a la segunda razón, hay la obligación de que el controlador garantice que la decisión administrativa no se dará en

desconsideración de la situación fáctica subyacente. Es decir, la idea de Administración Democrática impone al agente público controlador, que verifique y asegure la compatibilidad de la decisión administrativa con la situación fáctica subyacente, de forma que garantizar que el ejercicio de la función se dio de acuerdo con los cuadrantes del ejercicio democrático del poder²⁴.

En ese sentido, se ve que la función de control de la Administración Pública gana considerable relieve en el contexto actual, he aquí que el aumento de la discrecionalidad administrativa debe venir acompañado de un aumento de la amplitud y de la capacidad del controlador. Permitir una mayor capacidad decisoria a la Administración Pública es esencial, así como es necesario disponer de medios aptos para garantizar que las decisiones adoptadas respeten los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, especialmente en lo que concierne a la obligatoriedad de la legitimación democrática de dichas decisiones.

3. LEGALIDAD Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como ya se ha mencionado en el tema anterior, la relación entre la Administración Pública y la ley se ha modificado considerablemente en las últimas décadas y, evidentemente, habrá sensibles y relevantes consecuencias para una estructura de control de la Administración Pública.

Según concepciones antiguas y superadas del Derecho Administrativo, es aplicable a la Administración Pública una relación de *legalidad estricta* en relación a la ley parlamentaria. Según estas concepciones, corresponde a la Administración Pública, apenas realizar lo que es determinado por la ley, de forma que se plantea la acción administrativa

24 Es importante mencionar aquí que la necesidad de verificación de compatibilidad entre la acción administrativa y la situación fáctica subyacente no legitima al controlador a determinar directamente cuál es la mejor decisión a ser tomada ante la situación concreta. Al controlador sólo cabe apuntar la corrección o incorrección del *proceso decisorio* en lo que concierne a la identificación de los intereses, de las demandas y de las necesidades a ser satisfechas con la acción administrativa, imponiendo, en su caso, la obligatoriedad de rehacer la decisión con la permeabilidad necesaria a la complejidad de la situación subyacente. Este tenue elemento demarca la división de un control colocado como un “fin en sí mismo” en que hay la sustitución del controlado por el controlador del control autónomo correctamente manejado.

como una consecuencia automática de la ocurrencia de una hipótesis de incidencia perfecta y determinante contenida en la ley parlamentaria²⁵.

La refutación de esas concepciones de la manera detallada ciertamente desbordaría los límites del objeto del presente estudio. Sin embargo, nos parece imprescindible basar que la idea de legalidad estricta ya no se aplica (si es que algún día se aplicó) al Derecho Administrativo, de forma que, como consignamos en un estudio anterior²⁶, la ley parlamentaria constituye *una de las fuentes del Derecho Administrativo* y no la única fuente.

La emergencia de normas constitucionales con eficacia plena y directa sobre la acción administrativa (como ocurre en relación a los derechos fundamentales), así como la transferencia de materias de la ley parlamentaria a reglamentos administrativos, en proceso de deslegalización²⁷, hacen que la ley parlamentaria sea una fuente de *parametrización* de la acción administrativa, en la medida en que crea los medios de acción administrativa²⁸ y determina sus límites y finalidades (Fracchia, 2014, p. 133).

25 Revisar: Mello, Celso Antônio Bandeira de. (2012). *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed., São Paulo: Malheiros p. 104.

26 Revisar: Schirato, Vitor Rhein. (2016). "Legalidade e Tipicidade no Exercício da Função Sancionadora pela Administração Pública", en: Asociación peruana de Derecho Administrativo (org.). *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable*, Lima: Thomson Reuters. p. 719.

27 La deslegalización consiste en un movimiento a partir del cual la ley parlamentaria se limita a trazar los elementos esenciales de la disciplina de una determinada materia, expresamente trasladando a reglamentos editados en el ámbito de la Administración Pública la disciplina detallada. Así, se opera una transferencia de la ley para el acto normativo infra legal la disciplina de un determinado tema, dentro de los lindes y en el contexto previstos en la ley parlamentaria. Sobre el tema, entre otros, revisar: Falcon Giandomenico. (2014). *Lineamenti di Diritto Pubblico*, 13a ed. Pádua: CEDAM. p. 294-295.

28 Importante aquí hacer la conexión con las ideas expuestas en el tópico anterior: que la creación por la ley parlamentaria de medios de acción administrativa derivados de la creación de funciones y delimitaciones de competencias constituye uno de los más importantes medios de legitimación democrática de la Administración Pública frente al modelo de democracia representativa parlamentaria, pues viene, en buena medida, a sustituir la idea de que tal legitimación se deriva únicamente de la aplicación de un mandato legislativo vinculante y de contenido cerrado y predeterminado.

Como afirma precisamente Paulo Otero (2013):

En la actualidad, paralelamente a la ley, la Administración Pública puede también ejecutar directamente la Constitución, los de Derecho Internacional Público, de Derecho de la Unión Europea, del poder judicial y del propio poder político, implicando cada una de estas situaciones variados grados de autonomía o vinculación administrativa²⁹ (p. 180).

En consecuencia, evocando una noción ya presentada, la ley parlamentaria no determina qué acción debe tomarse en el caso concreto, pero sí, cuál es el *resultado* a ser alcanzado por la Administración Pública, proporcionándole un abanico de posibilidades de acciones. Y, más aún, la ley parlamentaria no se encierra en sí misma. Dependerá siempre de una armonización con las normas constitucionales que dispongan sobre el tema, así que tendrá su aplicación siempre condicionada a la compatibilidad con la situación fáctica a que se destina.

Si en la generalidad de las acciones administrativas esa realidad es claramente perceptible, en la aplicación de recursos públicos presupuestarios se vuelve flagrante.

La razón para ello se deriva del hecho de que las normas jurídicas (notablemente las leyes parlamentarias) determinantes de la aplicación de recursos públicos consubstancien *políticas públicas* a ser implantadas por la Administración Pública, presentando, así, programas a ser cumplidos y objetivos a ser alcanzados, pero no acciones a emprender.

En el campo de la realización de gastos públicos, las normas jurídicas a ser aplicadas no van a predecir cuál es el contenido de los hechos, actos y negocios jurídicos administrativos.

Estas normas preverán las finalidades a alcanzar (por ejemplo, la universalización de un servicio público, la erradicación de la pobreza, la lucha contra los efectos de la sequía, la cualificación profesional, la mejora del sistema educativo, etc.), así como crear los instru-

29 En la misma senda, Simone Torricelli (2013) menciona la necesidad de cambiar de paradigma, en el ámbito europeo, acerca de la idea de soporte de legalidad del acto administrativo entre el derecho nacional y el derecho europeo, confirmando la necesidad de revisar los mecanismos tradicionales de configuración de la legalidad administrativa (pp. 149-152).

mentos para ello, *siendo responsabilidad de la Administración Pública, según sus concepciones, emplear un instrumento u otro para llegar al resultado determinado*³⁰.

Exactamente en este contexto, el control de la Administración Pública tendrá un papel de gran relieve, demostrando que dejará de ser un control típico de legalidad (ej., verificador de la corrección de la realización de los textos normativos aplicables) y pasará a ser un *control de resultados*³¹. En consecuencia, lo que se espera de los órganos administrativos encargados de realizar el control interno de la Administración Pública no es una verificación formal de la acción administrativa, sino el control de resultados alcanzados, probando la relación de costo y beneficio del manejo de los instrumentos creados por el sistema normativo.

Estas consideraciones son esenciales en el diseño de una “*teoría general*” del control interno de la Administración Pública porque permitirán determinar dos elementos esenciales de esa especie de control (sobre todo en lo que concierne a la aplicación de recursos públicos³²): la necesidad de manifestación concomitante con la acción administrativa y *ex post* a ella y la objetividad de su realización.

En lo que se refiere al primer elemento, se tiene que el control interno no debe ser sólo represivo, ejercitado de manera *ex post*. Hay que también manifestarse de manera concomitante con la acción administrativa.

30 Sobre el tema, revisar: Coutinho, Diogo R. (2015). “O Direito nas Políticas Públicas”, en: Sundfeld, Carlos Ari / Jurksaitis, Guilherme Jardim (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros. p. 453 y ss., así como Garcia, Maria da Glória (2009). *Direito das Políticas Públicas*, Coimbra: Almedina. p. 157-158.

31 Sobre el tema, revisar: Conti, José Maurício / Carvalho, André Castro. (2011). *Controle Interno na Administração Pública Brasileira: qualidade de gasto público e responsabilidade fiscal*, *Direito Público*, n°. 37, Porto Alegre, janeiro-fevereiro. p. 206 y ss.

32 Resaltamos aquí el campo de aplicación de recursos públicos porque se trata de aquel en que las consideraciones presentadas se manifiestan de manera más aguda, porque, como bien señala Schmidt-Assman (2006): “los controles financieros tienen una relación directa con el principio del Estado de Derecho” (p. 234, traducción nuestra), mereciendo así una posición destacada en el presente estudio. Sin embargo, todo lo afirmado se aplica también a los demás campos de incidencia del control de la Administración Pública.

Por lo tanto, corresponde al controlador verificar, de manera concomitante, si la aplicación de recursos públicos se da de acuerdo con las finalidades previstas en la ley, por medio de instrumentos legalmente previstos, y si la elección administrativa fue hecha con respecto a los imperativos de una Administración Democrática.

De la misma forma, corresponderá al controlador, en un momento posterior (*ex post*) a la aplicación de los recursos, verificar si los medios adoptados fueron *eficaces* para llegar a los resultados deseados.

Del elemento mencionado, se producirá una consecuencia muy relevante del control interno de la Administración Pública, cuál sea su naturaleza, no sólo represiva, sino también indicativa. Es decir, al constatare que el control interno tiene que ser verificado tanto de forma concomitante, como de forma posterior, se tiene que no corresponda al controlador sólo reprimir la mala aplicación de recursos públicos. También le corresponderá dialogar con la Administración controlada en la aplicación adecuada de tales recursos³³.

En lo que se refiere al segundo elemento, se tiene que el control ejercido no se da por las convicciones del controlador, sino, a partir de parámetros esencialmente objetivos. No corresponde al controlador determinar correcciones al controlado en función de lo que le parezca más adecuado. Se le corresponde, en parámetros esencialmente objetivos, determinar si es aceptable o no la acción del controlador.

Como menciona correctamente Schmidt-Assmann (2006), en el campo del control financiero-presupuestario, se debe tener en cuenta la economía y la legalidad (en sentido amplio) del gasto público³⁴. El primero representa un análisis de costo y beneficio, en el cual debe ser buscado el menor gasto posible para alcanzar el mejor resultado posible. Ya el segundo significa que los gastos deben respetar las nor-

33 Aquí puede mencionarse, por ejemplo, la hipótesis en que la Administración Pública haya escogido un medio claramente indebido para la realización de una determinada política pública, atribuyendo al controlador, antes de la producción del resultado, el deber de intervenir e imponer el rehacer de la decisión en cuanto al medio, para encontrar la solución más eficaz y más eficiente.

34 El artículo 70 de la Constitución Federal trae una regla similar, según la cual el control financiero presupuestario de la Administración Pública debe basarse en la legalidad, la economía y la legitimidad de la aplicación de los recursos públicos.

mas jurídicas aplicables (p. 225). Con ello, se ve que los parámetros del control son esencialmente objetivos.

A partir de lo expuesto, es fundamental entender que la forma de realización de la función de control no presenta más los contornos originalmente descritos. No corresponde al controlador una verificación formal de legalidad, sino un control material de alcance de resultados, a partir de parámetros fijados en la ley y en las demás fuentes regimiento del Derecho Administrativo.

En ese enfoque, se ve que la *función administrativa* de control es de gran complejidad, demandando del controlador una postura deferente de un lado, dado que no se le permite superponerse al controlado por fuerza de concepciones subjetivas, sino sólo con base en datos estrictamente objetivos, y, por otro lado, proactivos, dado que más que reprimir equívocos, corresponde al controlador acompañar y asegurar la obtención de los mejores resultados.

4. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS TRANSFORMACIONES

El estudio de la organización de la Administración, bajo la perspectiva del Derecho Administrativo, no es uniforme entre las diversas jurisdicciones. Hay casos, como el de Alemania³⁵, en el que forma parte de uno de los temas de la dogmática clásica del Derecho Administrativo y, por lo tanto, encuentra fértil debate doctrinal.

Hay, en contraste, casos en los que la organización de la Administración Pública no encuentra un lugar destacado en las discusiones teóricas de dicha rama del Derecho, aunque es fundamental para la comprensión de la forma de actuar del Estado³⁶. Brasil se encuentra en el segundo grupo. Aunque hay manifestaciones puntuales de la doctrina, no es tema de la agenda prioritaria de los administrativistas.

35 Entre muchos otros, revisar el caso de la obra colectiva: Döhler, Marian / Franzke, Jochen / Wegrich, Kai (org.). (2015). *Der gut organisierte Staat*, Baden-Baden: Nomos.

36 Como plantea correctamente Eberhard Schmidt-Assman (2006), “la sistemática del Derecho Administrativo tiene que poner el derecho de organización de la Administración Pública en una posición central, pues es él quien permitirá las reglas de actuación y el régimen de acción de las estructuras públicas” (p. 240).

No obstante, hay puntos de convergencia en los debates (más o menos evolucionados) existentes en los más diversos países occidentales. Tales puntos se refieren esencialmente a tres cuestiones: (i) la existencia de una estructura piramidal, basada en la jerarquía de la Administración Pública³⁷; (ii) la división de la Administración Pública entre directa e indirecta³⁸; y (iii) la bipartición de criterios para definir la Administración Pública entre funcional y estructural³⁹.

Con ello, afirmamos que, con diferentes grados de profundidad de investigación académica y discusión jurisprudencial, la mayor parte de los países occidentales reconoce la Administración Pública como una estructura piramidal basada en la jerarquía, que se divide entre directa e indirecta, conforme a la relación mantenida entre el poder central y el poder periférico que lo circunda, y que a veces se encuentra conectada por un vínculo estructural y en ocasiones se encuentra conectada por el ejercicio de una función dada como típica de la Administración Pública.

Sin embargo, ocurre que la diferencia de profundización en la discusión de la organización administrativa lleva a una cristalización mayor o menor de conceptos históricos, a menudo superado, es decir, cuanto menor es el grado de profundización del estudio de la organización administrativa, más se consolidan conceptos formados históricamente y parece mayor la resistencia a cambios, lo que puede llevar a equívocos en cuanto a las características y al régimen jurídico de determinada parte de la estructura administrativa.

Una vez más, concordando con Schmidt-Assmann (2006), las teorías más tradicionales de una teoría de organización de la Administración Pública son criticables, pues no consiguen ofrecer soluciones a las cuestiones cotidianas que afectan la acción de la Administración Pública. Según el autor, las reglas de organización de la Administración Pública están directamente conectadas con las funciones por ella desempeñadas, de forma que las evoluciones y modificaciones en ta-

37 Sobre el tema, entre otros, revisar: Cassagne, Juan Carlos. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 10ª ed., Buenos Aires: La Ley. p. 204 y ss.

38 Sobre el tema, entre otros, revisar: Maurer, Hartmut. (2011). *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18ª ed., München: C.H. Beck. p. 532 y ss.

39 Sobre el tema, entre otros, revisar: Ortiz, Gaspar Ariño. (2011). "Sobre el concepto de Administración Pública y el Derecho Administrativo", en *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*. Madrid: Iustel. p. 61 y ss.

les funciones deben ser reflejadas en dichas reglas (p. 240-245). Así es que, concluimos, es imposible pensar en la organización de la Administración Pública como una cuestión estática. Es –y, más aún, tiene que ser– dinámica, es por esto que deben corresponder al plexo de atribuciones administrativas.

Con eso, las ideas más tradicionales de una estructura piramidal, jerarquizada y especializada, dividida entre Administración directa e indirecta y, en ocasiones, s acoplada a otras estructuras por una unidad *funcional* debe permanecer como *regla general*, pero debe ser vista *cum grano salis* para ser generalizada, porque hay innumerables casos en que no se corresponden con las funciones desempeñadas por la Administración Pública. Es decir, el estudio de la organización administrativa es mucho más complejo de lo que parece porque no puede partir de conceptos generales aplicables a todos los casos⁴⁰.

Esta afirmación se deriva de la constatación bien demarcada por Schmidt-Assmann (2006), según la cual la realidad de los hechos y las acciones a ser emprendidas por la Administración Pública a menudo demandarán nuevos modelos, a ser creados para la solución de situaciones específicas (pp. 240-245). En ese sentido, nos parece obvio que los esquemas tradicionales encontrados en la teoría no pasen de ser un referencial, que podrá o no ser aplicado en la práctica, a partir de la situación concreta a que se pretende concretar.

Aunque la constatación precedente puede llevar a un sin número de arreglos que pueden iniciarse en los casos concretos de acción administrativa como, por ejemplo, la creación de nuevos tipos de órganos y entidades, la creación de entidades híbridas entre público y privado, etc.; nuestra preocupación aquí concierne especialmente a la forma de relación entre ciertos órganos y entidades administrativas con el poder central.

Como se dice, según las más tradicionales concepciones doctrinales, las relaciones entre los órganos y entidades de la Administración Pública con el poder central podrán ser determinadas por subordinación jerárquica (en el caso de órganos situados dentro de la Admi-

40 Valiéndonos de las precisas lecciones de Mathias Jestaedt (2008) , la Administración Pública debe ser concebida como una unidad de acción y de decisión coherente, aunque formada por órganos y entidades variadas, multiplicadas y diferentes (p. 934-935)

nistración directa) o por tutela (en el caso de entidades situadas en la Administración indirecta⁴¹).

Sin embargo, hay hipótesis en las cuales ni la subordinación jerárquica, ni la tutela (como concebida tradicionalmente) son efectivas para la realización de las funciones públicas que se plantea a la Administración Pública. La fragmentación del interés público, formado en la sociedad actual, por innumerables intereses públicos que, no raramente se contraponen, sumada a la necesidad de aparición entre Administración Pública y política, con valorización de criterios técnicos exentos en el proceso de toma de decisión administrativa llevan a la necesidad de formatear nuevas estructuras de Administración Pública.

Como resultado, hay una cierta ruptura con el modelo piramidal tradicional, haciendo que en su lugar se advierta un modelo de rizo-
ma, como plantea Jacques Chevallier (2009) cuando señala que “no presenta más una estructura estable, pero se desarrolla a partir de conexiones libres establecidas entre sus elementos constitutivos” (p. 99). Esto sucede, pues la Administración Pública deja de ser fundada en la estructura jerarquizada típica de la pirámide y pasa a convivir con estructuras autónomas, que escapan de un control (utilizado aquí en la acepción de mando) resultante de relaciones de subordinación y obediencia.

Conforme a la valiosa lección de Sabino Cassese (2000):

Las administraciones públicas son, pues, fragmentadas, ya diferenciadas. Por este motivo, es preferible decir que la administración es multiorganizativa, así como pluralista o policéntrica (p. 190).

De esta manera, se verifica que la diversidad de acciones emprendidas por la Administración Pública en el Estado contemporáneo pasa a demandar nuevas formas organizativas, que van mucho más allá de las estructuras concebidas tradicionalmente. Es necesario que parte de las funciones administrativas sean emprendidas de forma autónoma, sin ninguna sujeción al poder central, he aquí que éste es vencido

41 Sobre el tema en el Derecho brasileño, revisar: Di Pietro, Maria Sylvania. (2016). *Di-
reito Administrativo*, 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense. p. 517 y ss.

por la política y el objetivo perseguido en ciertos casos demanda un completo blindaje del ambiente político⁴².

En la organización administrativa piramidal y jerarquizada, la cima de la pirámide es ocupada por el jefe del Poder Ejecutivo, nombrado de acuerdo con el sistema político. A partir de su nombramiento, hay la designación de innumerables cargos en las bandas inferiores de la pirámide, que comúnmente también siguen una inclinación política, teniendo en cuenta que, como bien menciona Domenico Sorace (2012): “la administración pública se identifica como tal mientras consiste en una actividad instrumental relativa a objetivos políticos” (p. 39, traducción nuestra).

En función de la relación tradicional de legitimación de la Administración Pública a partir del cumplimiento de la ley parlamentaria no tendría que ser diferente. El ejercicio de la democracia escoge un determinado Gobierno, que pasa a formar y/o influenciar un aparato administrativo destinado a transformar en realidad las ideas sufragadas por la población en el sistema democrático.

Sin embargo, ocurre que ciertas actividades deben infundirse a la estructuración y/o a la influencia típicamente derivadas del proceso democrático electoral, por talque tutelan intereses públicos independientes de elecciones políticas, pues que conectados directamente a segmentos específicos de la sociedad y/o perennes en relación al natural cambio político del sistema democrático.

Tales intereses son puestos bajo la tutela y la curatela de porciones autónomas de la Administración Pública, que se sujetan, bajo cualquier forma, al poder político.

Adaptando las lecciones desarrolladas por Vital Moreira (2003) en el caso de las administraciones autónomas (p. 79 y ss), se puede entender que la autonomía de las fracciones de la Administración Pública tendrá lugar cuando haya: (i) intereses específicos a ser tutelados, independientes de elecciones políticas y (ii) conexión directa entre la entidad e intereses públicos identificados en el ámbito de la sociedad. O sea, la autonomización de parte de la Administración Pública

42 Thomas Groß (2008) aclara que “una independencia fáctica en el sentido de una liberación de la jerarquía será garantizada cuanto una actividad debe ser realizada de forma independiente de influencias políticas” (p. 869, traducción nuestra).

con aislamiento del campo de influencia política, tendrá lugar en la hipótesis en que el interés público a ser tutelado sea independiente de elecciones políticas y cuando la entidad que tutela ese interés tenga conexión directa con la sociedad, independiente de legitimación democrática directa.

Esta construcción no es aceptación simple si se tiene en cuenta que la legitimación de la Administración Pública deriva de la sumisión a las decisiones democráticas emanadas del Poder Legislativo. Sin embargo, es más fácil de entender a partir del momento en que se tiene claridad sobre que la democracia representativa contempla los intereses sólo de la mayoría de la población y no de su totalidad, y debe haber medios para preservar lo que es común para toda la población.

Siguiendo las siempre pertinentes lecciones de Sabino Cassese (2000), las entidades autónomas de la Administración Pública *son entidades estatales, pero no son entidades de Gobierno* (p. 195). Así es que a ellas cabe la tutela de intereses típicos del Estado y no del Gobierno en ejercicio en un determinado momento histórico, lo que trae como consecuencia el hecho de que esas entidades no tienen compromiso con la realización de una determinada política gubernamental, pero con la preservación de un elemento que constituye un interés público para toda la colectividad.

Ante estas consideraciones, se ve que la necesidad de autonomización y atribución de independencia a porciones de la Administración Pública dependerá de un examen realizado en el caso concreto que coteje la función pública a ser ejercida, su naturaleza, sus finalidades y su modo de ejercicio, infiriéndose que exista una función destinada a dar concreción a una *política pública* sufragada por los medios democráticos, o una función destinada a garantizar el adecuado funcionamiento de actividad estatal no dependiente y no vinculada a tal política pública, incluso con la capacidad de sopesar, mitigar y controlar su realización.

Consecuentemente, debe ser autónoma e independiente la parte de la Administración Pública destinada a garantizar el adecuado funcionamiento del Estado y la implantación de políticas públicas formuladas por medio de la articulación de las instituciones políticas del Estado y de las porciones de la Administración Pública destinadas a ser instrumento de realización de tales políticas. En última instancia, debe ser independiente y autónoma la parte de la Administración que

realiza arbitraje entre los intereses políticos del Estado y los intereses que son comunes a toda la sociedad, independientemente de formar parte o no de la mayoría sufragada por el sistema político-democrático. Como perfectamente apunta Jacqueline Morand-Deville (2011), la independencia de las autoridades administrativas tiene el propósito de evitar *conflictos de interés* (p. 111).

Por lo tanto, la organización de la Administración Pública se ha vuelto mucho más compleja de lo que presuponen las concepciones más tradicionales del Derecho Administrativo. No se puede más pensar en organización tomando en consideración solo una estructura piramidal que encuentra en su cumbre un agente público escogido por medio de procesos político-electorales. La organización administrativa debe tener en cuenta la necesidad de constante arbitraje y armonización entre los más diversos intereses públicos que se plantean en el caso concreto, incluso un arbitraje entre los intereses políticos de una mayoría en cierto momento con aquellos comunes a todos los ciudadanos, consolidados y garantizados por el sistema jurídico, especialmente, por el texto constitucional.

5. POR UNA TEORÍA GENERAL DEL CONTROL INTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En los tópicos precedentes, asentamos a aquellos que nos parecían los presupuestos fundamentales para la construcción de una teoría general del control interno de la Administración Pública. En brevísima síntesis, recordemos: (i) la idea del control como *función administrativa*; (ii) el actual impacto de la democracia sobre la Administración Pública, que hace insuficiente la mera idea de que la legitimidad democrática proviene sólo del cumplimiento de leyes formuladas por medios democráticos y hace que la Administración deba, además, ser permeable a las demandas concretas de la colectividad en la ejecución de dichas leyes (democracia en el ejercicio del poder); (iii) la legalidad es hoy mucho más amplia de lo que fuera en otro tiempo, haciendo que no haya una relación de dependencia de tipicidad entre ley y acto administrativo, sobre todo en el campo de actos que impliquen gastos públicos en la realización de políticas públicas; (iv) la organización administrativa, en el contexto actual, es mucho más compleja de lo que fue en otros momentos, por tal que debe ser capaz de encontrar mecanismos de administración adverso a intereses públicos y, pues,

fugitivos de la estructura piramidal y jerarquizada tradicionalmente denotada por la doctrina.

En estos cuadrantes, nos parece que el control interno de la Administración Pública debe ser una función capaz de, a la vez, ser ejercida de forma autonómica y sistémica, con la finalidad de asegurar los presupuestos democráticos de la Administración en los días actuales, evaluando adecuadamente los criterios adoptados en la aplicación de los comandos normativos pertinentes y sin la influencia de estructuras políticas que causan la determinación y/o la influencia sobre parte del aparato administrativo.

A partir de esas finalidades a ser cumplidas por el control interno, es posible trazar lo que se podría concebir como una teoría general. Para ello, será necesario concebir tal control, a partir de los aspectos funcional, finalista, material y estructural. El análisis detallado de cada uno se encuentra en las líneas que siguen.

Bajo el aspecto funcional, el control interno de la Administración Pública debe ser visto como una *función administrativa propia y autónoma*. Es decir, tiene que existir una función de control, ejercida de manera exclusiva y típica por ciertos agentes administrativos, encargados de verificar la corrección de la actividad de otros agentes públicos delegados de realizar algo en favor de los ciudadanos.

De nuevo, concordando con las lecciones de Sabino Cassese (2000), una función administrativa puede ser individualizada y definida a partir de cuatro elementos: materia, atribuciones, fines y destinatarios (pp. 130-131). Por lo tanto, habrá una función administrativa individualizada cuando sea posible identificar en relación a ella una materia que le sea propia (lo que debe hacer el agente administrativo), un plexo de atribuciones que le sea pertinente (cuáles son las actividades desempeñadas), una finalidad a (lo que se pretende con la función) y destinatarios específicos (quién recibe los efectos del ejercicio de la función).

Así, la idea del control interno como función administrativa autónoma hace que haya: (i) una materia específica a ser explotada, consistente en la verificación de la lisura y de la corrección de la actuación de otros agentes públicos; (ii) un conjunto de atribuciones (ejemplo, competencias) a ser desempeñadas por los agentes encargados del ejercicio de la función consistentes en la realización de auditorías, inspecciones, verificaciones, etc., así como en la recepción y enjuiciamiento de pedi-

dos hechos por particulares; (iii) una finalidad a ser alcanzada, sea cual sea la garantía de buen funcionamiento de las actividades atribuidas a la Administración Pública, con el buen uso de recursos públicos y el cumplimiento de los actos normativos aplicables; y (iv) destinatarios específicos que son los propios agentes públicos controlados, de forma inmediata, y la sociedad en su totalidad, de forma mediata.

Como ya tuvimos la oportunidad de delinear en el estudio mencionado anteriormente, hay diversas actividades desarrolladas por los agentes de la Administración Pública que pueden ser consideradas formas de control (por ejemplo, el control ejercido por el superior en el ámbito del poder jerárquico). Sin embargo, estas diversas actividades de control no pueden ser consideradas como el control interno de la Administración Pública porque *son actividades desempeñadas de forma accesoria en el ejercicio de otras funciones*⁴³.

Es decir pese a haber actividades que conducen a una capacidad de control, estas no contemplan esas una *función de control*, por ello que sólo se confiere cualquier capacidad de controlar tercero de forma accesoria y lateral a otra función pública predominante (p.ej., no es función exclusiva del superior jerárquico controlar su inferior, lo hace de manera accesoria al ejercicio de otra función). Así es que el control interno debe ser aquel funcionalizado, individualizado, especializado y ejercido con exclusividad por órgano o entidad integrante de la Administración Pública, el cual, inclusive, se superpone a otros mecanismos de control existentes de forma accesoria en otras funciones públicas (por ejemplo, la función de control interno especializado se ejerce, aunque haya manifestaciones de control jerárquico o control previo por medio de consultorías de la Administración Pública).

43 Como pudimos relacionar en el estudio mencionado, en breve síntesis, la idea de control remite a diversas relaciones jurídicas mantenidas entre los agentes de la Administración Pública, pudiendo haber mecanismos de control previo (consultorías jurídicas que se manifiestan previamente a los actos de la Administración Pública), mecanismos de control concomitante, por medio de mecanismos de acompañamiento típicos de la tutela existente entre la Administración directa y la Administración indirecta y mecanismos de control a posteriori, como aquellos manifestados en el ámbito del poder jerárquico. Sin embargo, en todos estos casos, la función de control es manejada de manera accesoria a otras funciones, sin ninguna forma de individualización y especialización, lo que las diferencia, por lo tanto, de lo que aquí se toma por control interno de la Administración Pública. Sobre el tema, revisar: Schirato, Vitor Rhein. (2015, p. 33 y ss).

En la definición de una función pública de control interno de la Administración Pública, es posible separar la materia entre *control de la legalidad* y *control del buen empleo de recursos públicos*. En la primera, se centraría en la verificación del cumplimiento, por la Administración Pública, de los actos normativos que le son aplicables y, principalmente, el respeto al plexo de derechos asegurados a los ciudadanos. En la segunda, habría el foco en controlar la actividad financiera de la Administración Pública, en cuanto a la aplicación de recursos públicos para la consecución de fines públicos.

Como se describe más adelante, esta segregación se verifica en varios países. Sin embargo, en la actual etapa de desarrollo del Derecho Administrativo y ante la construcción de las normas a ser aplicadas por la Administración Pública, cada vez más preñadas de considerable margen de discrecionalidad, una división puede traer más dudas que certezas.

En última instancia, todas las cuestiones se refieren a la legalidad, mostrando así una considerable ampliación de esta idea. La pretensión de segregar la legalidad del gasto de recursos públicos todavía refleja, en cierta medida, la superada segregación entre legalidad y mérito de los actos administrativos.

Considerando la actividad de la Administración Pública como aquella que realiza funciones públicas previstas en el ordenamiento jurídico de forma a alcanzar finalidades previamente colocadas⁴⁴, resulta ser indiferente el análisis de la legalidad de gastos públicos o la legalidad de otras acciones administrativas, de forma que la función pública de control interno podrá englobar el análisis de la legalidad (en sentido amplio) de todas las actividades administrativas desempeñadas.

En el aspecto finalista, la función pública de control interno de la Administración Pública se concentra en asegurar que las actividades administrativas se realicen con la debida observancia de las normas jurídicas que le delimitan. Como menciona acertadamente Mathias Jestaedt (2008), la idea de control se conecta a las ideas de objetivo y alcance de metas; es decir, corresponde al controlador verificar qué objetivos (o finalidades) son impuestos al agente público y si, dentro de ese plexo de objetivos, hubo el alcance de las metas impuestas (pp. 937-938).

44 Se hace, aquí, nuevamente, referencia del pensamiento de Sorace (2012), en la medida en que se concuerda con la idea de que el tipo de función a ser ejercida determinará las características específicas de la Administración Pública (p. 91 y ss).

En el contexto actual de Administración Pública democrática, el prisma finalista del control interno tiene su gran importancia considerada. La razón para ello es obvia: las finalidades que se imponen a la Administración Pública no se derivan sólo de la ley parlamentaria, sino también de mecanismos de permeabilidad a las demandas de la sociedad en el caso concreto. Así, es fundamental que se controlen las elecciones administrativas impositivas de finalidad a alcanzar, dentro de un enorme abanico posible puesto por la ley parlamentaria.

En el contexto actual, imaginar que la legitimación democrática se deriva sólo del sistema político-electoral permitiría que se creara regímenes absolutistas con plazo determinado. He aquí que ya no hay una vinculación directa de la Administración Pública a la ley parlamentaria, en la medida en que el contenido de esa ley, si es más fluido, abierto y, por lo tanto, estableciendo un conjunto vasto de opciones posibles para el caso concreto.

Es fundamental que haya mecanismos de conexión directa entre la Administración y la sociedad para que la decisión administrativa logre realizar los intereses de la colectividad que la demandan⁴⁵.

Como consecuencia, es esencial que haya control de las decisiones tomadas, con el objetivo de verificar si éstas, efectivamente, reflejan la situación fáctica subyacente verificada en la sociedad, o si son fruto de una decisión unilateral e irreflexiva del agente público. En última instancia, es fundamental que se realice un control sobre la efectiva existencia de democracia en el *ejercicio del poder*, además de la tradicional democracia en el acceso al poder.

En el aspecto material, la función administrativa de control consiste en la verificación, concomitante a posteriori, de conformidad de la aplicación de actos normativos por la Administración Pública. Sin embargo, no se resume la actividad en comentario al control de legalidad comúnmente considerado por la doctrina del Derecho Administrativo, es así que engloba más que simplemente verificar la subsunción del acto administrativo al mando normativo que lo prevé.

45 Como afirma Schimdt-Assmann (2006), la apertura de la Administración Pública al diálogo con la sociedad crea una forma especial de relación social y gana gran relieve en la mejora de la calidad de las decisiones administrativas (p. 109).

Las actividades a ser desempeñadas en el ámbito del control interno de la Administración Pública, en la actualidad, engloban esencialmente dos exámenes distintos. El primero es de una compatibilidad material entre el acto producido y la regla de competencia que permite su realización, o sea, la verificación de que el agente administrativo practica actos compatibles con los límites materiales de su actuación, así como para el alcance de las finalidades públicas que se le impone. El segundo es de una compatibilidad formal entre el acto producido y las normas que determinan el *procedimiento* necesario para su producción; se trata de un análisis de cumplimiento de las normas de derecho administrativo procesal que determinan cómo debe producirse un determinado acto de la Administración Pública.

Es importante destacar que el prisma material del control interno de la Administración Pública debe consistir en la verificación del efectivo alcance de los resultados que se imponen a la Administración Pública, a partir de la regla de competencia aplicable, así como del respeto a las normas procesales que determinan cómo la competencia debe ser administrada⁴⁶.

Se debe subrayar que no corresponde al controlador, en el ejercicio de su atribución, sustituir al administrativo y determinar cuál es el resultado que se alcanzará. Es decir, no implica el ejercicio del poder del controlador determinar cuál debería ser la decisión correcta del controlado.

El controlador simplemente apunta el alcance o no de los resultados pretendidos o, según el caso, el incumplimiento de normas procesales, imponiendo al controlado el deber de *rehacer* el acto controlado, escogándose los vicios señalados.

El examen de compatibilidad –tanto formal como material– emprendimiento por la función de control interno podrá ocurrir de forma concomitante con la práctica del acto, como en las hipótesis en que corresponde al controlador acompañar la realización de una determinada política pública de largo plazo (control preventivo), así como de forma posterior, cuando la acción de control se da *después* de

46 Es necesario hacer mención aquí la clásica lección de Feliciano Benvenuti (1952) según la cual el proceso administrativo no es más que la regla que disciplina el camino de la transformación de la función en acto. (pp. 118-144). En el mismo sentido, Cassese (2000, p. 310).

la práctica del acto (control represivo⁴⁷). El control concomitante es muy común en lo que se refiere al control financiero-presupuestario de la Administración Pública. El control posterior ocurre en todas las hipótesis, ya que siempre será necesaria la apreciación de respeto del manejo de competencias a sus cuadrantes normativos.

Por último, bajo el *aspecto estructural*, se tiene que la función administrativa de control interno *debe ser ejercida de forma independiente*, por medio de órganos o entidades dotados de reforzada autonomía y sin vínculos de jerarquía y subordinación en relación al poder central.

En lo anteriormente mencionado, hay casos en que debe garantizarse la porción de la Administración Pública reforzada de autonomía, con independencia en relación al poder central. Las hipótesis en que tal situación se verifica refieren a aquellas en las que hay la necesidad de preservación de ciertas decisiones administrativas del ambiente político que construye o influencia fracciones de la Administración Pública.

La complejidad de que está dotada la Administración Pública en los días actuales hace que le sean atribuidos innumerables intereses públicos a ser tutelados y, por consiguiente, se hace necesario que ciertos de esos intereses sean tutelados sin influencias políticas, para evitar conflictos de intereses y para que haya un trato imparcial por el aparato público competente.

En el caso de la función de control, la necesidad de independencia es flagrante. En el marco de las consideraciones precedentes, la función de control implica la capacidad de una parte de la Administración Pública de verificar la compatibilidad de la acción administrativa con los actos normativos que la disciplinan, el efectivo alcance de resultados impuestos a la administración y, finalmente, el correcto funcionamiento de la máquina administrativa. Es decir, por medio del control interno hay una constante evaluación de la efectividad y respeto a las reglas de Derecho por parte de la Administración Pública.

Se trata, por lo tanto, de actividad que suscita notables conflictos de interés. Muchas veces, no es de interés del cuerpo político de la Administración Pública un escrutinio acerca de su efectividad (o, más

47 Se entiende esto, siguiendo lo planteado por Jestaeddt (2008, p. 939).

aún, de las políticas públicas por él desarrolladas), mucho menos del efectivo respeto a las normas que cubren la acción administrativa⁴⁸.

De lo contrario, es evidente que el control debe ser ejercido de forma independiente e imparcial. No puede haber, en relación al control, injerencias que limiten, direccionen o distorsionen las acciones de control, so pena de hacerlas completamente inocuas. El control tiene que ser garante de una Administración Pública técnica, imparcial, impersonal y volcada a la colectividad, de forma que no puede estar comprometido, *a priori*, con cualquier interés tendencioso en cualquier lado.

El cuadro actual de evolución del Derecho Administrativo, narrado en los tópicos precedentes, demuestra de forma clara, la necesidad de independencia de los órganos encargados de realizar el control interno de la Administración Pública.

Originalmente, la idea de vinculación de la Administración Pública a la ley parlamentaria prestaba a la solución de dos conflictos inherentes a la constitución del Estado: la legitimación democrática de la Administración Pública y la demarcación precisa de sus campos de actuación. En ese escenario, los mecanismos de control existentes en la estructura convencional de Administración Pública; principalmente, el control jerárquico eran suficientes. La razón para ello es muy simple: el actuar de la Administración Pública era previa y exhaustivamente previsto en la ley y, al realizar las acciones dentro de ese espacio legal, había legitimidad. Con ello, la transgresión a la ley implicaba, exclusiva y automáticamente, violación a la legitimidad y podría ser corregido sólo por los propios medios de la Administración Pública.

En el actual escenario, como ya se ha hecho en este estudio, la legitimidad democrática trasciende el simple cumplimiento de la ley parlamentaria, así como la relación entre Administración Pública y ley se vuelve mucho más abierta. Se reconoce, por lo tanto, un campo de voluntad propia de la Administración Pública, consistente en la capacidad de tomar decisiones discrecionales resultantes de la ponderación y de

48 Desde hace mucho, es común –no sólo en Brasil– que se utilicen medios de la Administración Pública para el desvío de recursos a ser utilizados en el proceso político, así como diversas son las experiencias en que se utiliza el aparato administrativo con desvío, para el alcance de fines sólo políticos, lo que ilustra de manera evidente el conflicto resultante de la actividad de control de la Administración Pública.

la ponderación de diversos intereses públicos que se plantean en el caso concreto y que encuentran guarida en el ordenamiento jurídico.

Como contrabalanceo al aumento del campo de libertad de la Administración Pública, hay que existir intensificación del control. Sin embargo, no sólo una intensificación en el sentido del aumento del campo de incidencia, sino también una intensificación relacionada con las características de quien ejerce el control. Si, actualmente, se utilizan los instrumentos de control presentes en las concepciones más convencionales de organización administrativa (basadas en relaciones de jerarquía y subordinación), habría una clara insuficiencia, por tal que emergerían enormes conflictos de interés dado el carácter muchas politizado de las decisiones tomadas, sobre todo considerando que cuanto más alta jerarquía de un agente público mayor será la influencia política que sufrirá, afectando la exención de su decisión.

En ese escenario, es imperativo reconocer que el control interno debe ser ejercido de forma independiente. La Administración Pública contemporánea está impregnada por un gran número de (sanos) conflictos de intereses, correspondiendo al controlador, de forma exenta e imparcial, identificar si se utilizaron los medios correctos para arbitrar tales conflictos.

El interés público tutelado por los órganos de control no debe rendir cuentas al poder político, sino a la sociedad (el controlador, en última instancia, es un defensor de la sociedad), lo que determina la necesidad de su independencia del poder central.

La forma en que la independencia de los órganos de control debe ser garantizada variará. Podría haber la constitución de un *órgano administrativo especial*, con autonomía e independencia aseguradas por ley, pero sin la constituida personalidad jurídica propia. O puede haber la creación de nueva persona jurídica, dotada de autonomía e independencia aseguradas por ley (Cassese, 2000, p. 195).

La forma en sí no importa. Es importante que los órganos de control sean formados por agentes independientes, bajo el liderazgo de jefes nombrados por mandatos e impasibles de destitución *ad nutum* por el Jefe del Poder Ejecutivo o cualquier otro agente político relevante. Así, es necesario que los agentes de control tengan asegurados fondos presupuestarios propios, no sujetos a contingencias discrecionales por

el poder central, suficientes para el desarrollo de las acciones de control que se les asignan.

Ante las consideraciones precedentes, se ve que el Estado policéntrico hoy existente predica la constitución de un centro de competencia autónomo e independiente para el ejercicio de la actividad de control, pues sólo de esta forma serán excluidos del control los conflictos de interés típicos de la influencia política existente sobre la Administración Pública.

Al fin y al cabo, el control independiente es una de las formas de garantizar que no haya solo democracia en la regulación del acceso al poder, sino también en la democracia en el ejercicio del poder. La actual forma de ejercicio del poder permite considerable influencia de concepciones políticas como forma de asegurar la democracia. Sin embargo, es necesario que haya una instancia independiente de influencias políticas para verificar si la Administración Pública es efectivamente permeable a las demandas de la sociedad (democrática en el ejercicio del poder) o si se dirige sólo a intereses políticos que, cuando mucho, alcanzan sólo parcelas de la población (democrática sólo en el acceso al poder, pero nada democrática en el ejercicio del poder).

5.1. Prueba de la Teoría del Control Interno en el Derecho Comparado

Una vez presentada la que nos parece ser la *teoría general del control interno de la Administración Pública* (aunque provenga de una voz aislada), nos corresponde hacer una pequeña prueba acerca de su aceptación por diversos ordenamientos jurídicos.

La finalidad buscada es verificar si, en la generalidad de los casos, la teoría propuesta encuentra alguna resonancia. Por tanto, no se busca proclamar una teoría que generaliza el control interno en los más diferentes sistemas, lo que evidentemente, sería imposible

Los sistemas elegidos para la comparación fueron seleccionados a partir de sistemas que guardan semejanzas (e incluso influencia) en relación al Derecho Administrativo Brasileño y sistemas que no se asemejan a Brasil.

5.1.1. Francia

El sistema francés de control interno de la Administración Pública está formado por diversos órganos. En consonancia con las lecciones de Bernard Stirn (2011), hay diversas entidades encargadas de promover la realización de derechos fundamentales que ejercen actividades de control de la Administración Pública, mitigando sus poderes frente a los particulares: por ejemplo, *Médiateur de la République*, *Commission nationale de l'informatique et des libertés* y *Commission d'accès aux documents administratifs* (p. 181).

Además, como señala Morand-Deville (2011), hay varios *corps d'inspection et de controle*, que desarrollan actividades de verificación y seguimiento de la Administración Pública, teniendo la capacidad, por lo tanto, de ejercer partes de la función pública de control (pp. 108-109).

En el caso de las entidades de promoción de derechos fundamentales, tienen su constitución formal como *autoridades independientes*, y se les otorga independencia y autonomía frente al poder central (Stirn, 2011, p. 1983-184). En el caso de las demás entidades encargadas de realizar inspecciones de las actividades ejercidas por la Administración Pública se da también la garantía de independencia de sus funcionarios de los demás cuadros de la Administración Pública, independientemente de su constitución como *autoridades independientes*. Como señala Morand-Deville (2011), de esta manera se ejerce una forma de control jurisdiccional (p. 109).

Ante estas consideraciones, es posible llegar a la conclusión de que el sistema francés de control interno de la Administración Pública está parcialmente adherido a la teoría general del control administrativo ya propuesta. En lo que se refiere a los aspectos finalistas, material y estructural, se tiene perfecta adherencia, ya que los órganos de control interno tienen la finalidad de garantizar el buen funcionamiento de la Administración Pública, la correcta observancia a las normas que le rigen la actuación, así como están dotados de independencia frente al poder central. Sólo en lo que se refiere al aspecto funcional que hay ligera divergencia, ya que la función no es centralizada en un mismo órgano, sino distribuida entre diversos. Sin embargo, es posible afirmar que la teoría ya propuesta se encuentra resonando en el sistema francés.

5.1.2. Alemania

En consonancia con el artículo 84, 3, de la Constitución Alemana, el Gobierno Federal tiene la capacidad de controlar la aplicación de ley federal por los estados alemanes de acuerdo con la vigencia de las normas federales aplicables. De acuerdo con el artículo 85, 4, del mismo texto constitucional, el Gobierno federal tiene la capacidad de controlar la legalidad y la finalidad de la aplicación del derecho federal por los Estados.

Por lo tanto, en ambos casos, existe claramente la previsión de mecanismos de control interno de la Administración Pública; es decir en la hipótesis del artículo 84, hay la competencia de los órganos responsables de las transferencias de recursos de hacer el control (Jarass y Pieroth, 2009, p. 880.) y en la hipótesis del artículo 85 hay una competencia genérica para cualquier órgano federal implicado de practicar el control (Jarass y Pieroth, 2009, p. 885).

Las formas de acción del control y los resultados del control interno son variadas, tanto en sus especies como en sus actividades, pudiendo dar lugar a medidas como exigencia de informaciones, suspensión de los efectos de ciertos actos, intervenciones, entre otras (Jestaedt, 2008, p. 939).

De un breve análisis del sistema alemán, se percibe que la teoría desarrollada en el presente estudio no encuentra perfecta adherencia en lo que concierne a la estructura.

La razón para tal afirmación deriva de las siguientes constataciones: (i) el control interno no es ni funcionalizado individualmente, ni autonomizado, y he aquí que emprendido por diversos órganos y entidades, y por medio de diversos mecanismos (Schmidt-Assmann, 2006, p. 233); y (ii) como consecuencia, el control interno no es ejercido de forma independiente, en el sentido propuesto en este estudio, sino que se ejerce dentro de una estructura jerarquizada.

No obstante, en lo que se refiere a los aspectos finalistas y materiales del control interno, hay una adherencia a la teoría propuesta. He aquí que forma parte del alcance del control la verificación del logro de *finalidades* y el respeto a la *legalidad*, tomando ésta en sentido amplio

Por último, es importante mencionar que las normas de proceso administrativo desempeñan un papel fundamental en la regulación del control interno de la Administración Pública, es por esto que rigen tanto reclamaciones de particulares contra acciones administrativas, como el camino a ser trillado por la Administración en el manejo del control de sus propios órganos.

5.1.3. Suiza

El sistema suizo es similar al alemán en lo que se refiere al control interno de la Administración Pública. El deber de la Administración de controlar sus actos es claramente reconocido por el sistema. Sin embargo, tal control es emprendido por los órganos superiores en relación a los inferiores, dentro de una estructura jerarquizada de la Administración Pública (Häfelin, Müller, y Uhlmann, 2006, p. 374.). También en el caso suizo, las normas de proceso administrativo desempeñan un papel importante en la regulación del control interno.

Como consecuencia, es posible teñir el mismo comentario presentado en relación al sistema alemán: hay adherencia a la teoría presentada en cuanto a los aspectos material y finalistas del control interno; pero no hay adherencia en lo referido a los aspectos funcional y estructural, por tanto no hay una función autónoma de control, tampoco un órgano especializado e independiente para emprenderla.

5.1.4. Reino Unido

El sistema de control interno de la Administración Pública en el Reino Unido es de los más interesantes. Como señala Alex Carrol (2013), actualmente, la defensa de derechos de particulares frente a la Administración Pública se hace con mayor frecuencia a través del sistema administrativo de control que por medio del sistema judicial (p. 641).

En el sistema en análisis, el control interno de la Administración Pública se divide en dos grandes grupos conforme a los respectivos objetivos del control. Existen los mecanismos de control presupuestario, financiero y de lisura en relación a la cosa pública y hay el mecanismo de control de legalidad en relación a los actos de la Administración Pública sobre los particulares.

El primero es manejado por la *Government Internal Audit Agency* (GIAA), una agencia ejecutiva vinculada al *Her Majesty's Treasury*. Como anota Paul Craig (2012), las agencias ejecutivas son entidades sin personalidad jurídica, vinculadas a los diferentes *departments* del Gobierno del Reino Unido. Por regla general, están sujetas a un poder jerárquico ejercido por el jefe de la respectiva cartera, pero hay diferentes tipos de organización, que pueden, incluso, prever un mayor nivel de independencia y autonomía (pp. 83-87). Exactamente, este es el caso de la GIAA, que goza de independencia en el ejercicio de sus funciones de auditoría.

Por otro lado, el control de legalidad de la acción administrativa frente a los particulares es realizado por diversos tribunals. En consonancia con los comentarios de Craig (2012), el término tribunals comprende una gama considerable de arreglos. Sin embargo, según el autor, un conjunto común de atribuciones particulariza los tribunals, a saber:

La capacidad de determinar decisiones finales y ejecutables, sujetas a la revisión de la Corte de Apelaciones; independencia de cualquier departamento del gobierno; conducción de audiencias de naturaleza judicial; dotación de expertise; obligatoriedad de fundamentar sus decisiones; y el suministro de recurso a la Alta Court sobre cuestiones legales (pp. 232-233, traducción nuestra) .

El actual diseño de los *tribunals* consta en el *Tribunals, Courts and Enforcement Act*, de 2007. Dicho diploma normativo se basó en un informe titulado *Legatt Report*, del año 2000, según el cual los *tribunals* deberían funcionar como un servicio puesto bajo la administración de una *executive agency*.

En cualquier caso, el sistema de los *tribunals* tendría que contar con total independencia de las autoridades del Gobierno cuyas decisiones se pusieran en cuestionamiento ante los tribunals (Craig, 2012, pp. 235-237).

En este escenario, los *tribunals* son órganos del Gobierno, dotados de completa independencia, que tienen como atribución proferir decisiones acerca de pretensiones de particulares contra la Administración Pública. Hay un gran número de *tribunals*, constituidos en función de las materias a ser discutidas. Por ejemplo: educación, salud, previsión,

tratamiento de extranjeros, etc. (Carrol, 2013, pp. 641-642.), lo que denota alto grado de especialización del control ejercido.

Ante estas consideraciones teóricas, se verifica que el sistema de control interno de la Administración Pública en el Reino Unido presenta una gran adherencia a la teoría que presentamos en el presente estudio.

Esto ocurre, pues, dicho sistema de control (a) es altamente funcionalizado, sea en lo que concierne a la legalidad de las acciones administrativas, demostrando adherencia al *aspecto funcional* demostrado más arriba; (b) tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de metas y objetivos impuestos por el ordenamiento jurídico a la Administración Pública, incluso en lo que se refiere a los aspectos procedimentales de diálogo con la población⁴⁹, demostrando adherencia al *aspecto finalista*; (c) materialmente, asegura la compatibilidad entre las acciones administrativas y el ordenamiento jurídico subyacente, demostrando adherencia al *aspecto material*; y (d) es ejercido de forma completamente independiente del resto de la Administración Pública, no habiendo ninguna injerencia jerárquica sobre la actividad del controlador, demostrando plena adherencia al aspecto estructural.

5.1.5. Brasil

El sistema brasileño de control interno de la Administración Pública viene siendo alterado con alguna frecuencia desde la edición de la Constitución Federal de 1988, con la finalidad de crear una organización administrativa funcional, responsiva y sujeta a un control eficaz. La última modificación se produjo por medio de la edición de la Medida Provisional nº726, de 12 de mayo de 2016, que sustituyó a la Contraloría General de la Unión por el Ministerio de Transparencia, Fiscalización y Control.

La idea de un sistema de control interno de la Administración Pública existe de manera sistematizada en el derecho positivo desde la edición del Decreto-Ley nº 200, de 25 de febrero de 1967, que creó la ley orgánica de la Administración Pública Federal.

49 Como bien señala Carrol (2013) es de incumbencia de los *tribunals* la realización de audiencias públicas (*public inquires*), destinadas a la obtención de datos e informaciones que puedan subsidiar decisiones que puedan tener gran repercusión sobre la sociedad (pp. 642- 643).

En el artículo 13 de dicho diploma, el control interno de la Administración Pública sería realizado por tres mecanismos específicos: (i) control jerárquico, (ii) control ejercido por órganos propios de cada sistema y (iii) control presupuestario por mecanismos de auditoría y contabilidad.

Con el advenimiento de la Constitución Federal de 1988, fue determinada por el artículo 74⁵⁰, la obligatoriedad de que los poderes ejecutivos de los tres niveles federativos de Brasil mantuvieran sistema de control interno de la Administración Pública, destinado a verificar el cumplimiento de metas, la legalidad y la eficiencia de los actos, el cumplimiento de las normas relativas a la contratación de operación de crédito y que fuera capaz de auxiliar la realización del control externo, notablemente aquel ejercido por los Tribunales de Cuentas, con base en el artículo 71 también de la Constitución Federal.

Hasta el advenimiento de la Ley Federal nº 10.683, de 28 de mayo de 2003, el control interno determinado por el artículo 74 de la Constitución Federal era desempeñado por diversos órganos integrantes de la Administración directa federal, principalmente por secretarías de control integrantes de la estructura de cada ministerio.

Con la edición de dicha ley, la actividad de control interno de la Administración Pública Federal pasó a ser centralizada en manos de la Contraloría General de la Unión (CGU), órgano federal con status de Ministerio.

50 Dispone la norma mencionada (in verbis): “Art. 74. Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial mantendrán, de forma integrada, sistema de control interno con la finalidad de: I - evaluar el cumplimiento de las metas previstas en el plan plurianual, la ejecución de los programas de gobierno y de los presupuestos de la Unión; II - comprobar la legalidad y evaluar los resultados, en cuanto a la eficacia y eficiencia, de la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial en los órganos y entidades de la administración federal, así como de la aplicación de recursos públicos por entidades de derecho privado; III - ejercer el control de las operaciones de crédito, avales y garantías, así como de los derechos y haberes de la Unión; IV - apoyar el control externo en el ejercicio de su misión institucional. § 1º Los responsables del control interno, al tomar conocimiento de cualquier irregularidad o ilegalidad, de ella darán conocimiento al Tribunal de Cuentas de la Unión, bajo pena de responsabilidad solidaria. § 2º Todo ciudadano, partido político, asociación o sindicato es parte legítima para, en la forma de la ley, denunciar irregularidades o ilegalidades ante el Tribunal de Cuentas de la Unión”.

En los términos del artículo 17 de la ley en comento, la CGU pasó a tener la competencia de “asistir directa e inmediatamente al Presidente de la República en el desempeño de sus atribuciones, en cuanto a los asuntos y providencias que, en el ámbito del Poder Ejecutivo, sean atinentes a la defensa del patrimonio público, al control interno, a la auditoría pública, a las actividades de oidoría general y al incremento de la transparencia de la gestión en el ámbito de la Administración Pública Federal”.

Recientemente, la CGU fue sustituida por el Ministerio de Transparencia, Fiscalización y Control, como ya resaltado. Substancialmente, las competencias del nuevo ministerio son las mismas que antes ya atribuidas a la CGU (hasta porque derivadas directamente de la Constitución Federal). Desde el punto de vista orgánico, las características de ambos órganos son las mismas: ministerios integrantes de la Administración Directa, sujetos al poder jerárquico del Presidente de la República, en consonancia con el artículo 84 de la Constitución Federal.

Es verdad que hay otros órganos de control interno de la Administración, como corregidoras, comisiones de ética, etc.; sin embargo, son órganos de gran especialización, con campo de actuación limitada. Sin duda, el control emprendido por el Ministerio de Transparencia, Fiscalización y Control es el más amplio.

Al analizarse el escenario brasileño, es posible afirmar que hay adherencia sólo parcial a la teoría presentada para el control interno de la Administración Pública. Esto se debe a las siguientes consideraciones: (i) en lo que se refiere al aspecto funcional del control, hay funcionalización y autonomización en la estructura del ministerio competente, que ejerce de manera centralizada el control tanto patrimonial, como de legalidad considerada en sentido más estricto; (ii) en lo que se refiere al aspecto finalista, las atribuciones de control son lo suficientemente amplias para asegurar que hay adherencia, sobre todo al tener en cuenta que los incisos I y II del artículo 74 de la Constitución Federal expresamente destaca el ejercicio del control de los *propósitos*, así como el control de la *legalidad*; (iii) en lo que se refiere al aspecto material, no nos parece también haber dudas de adherencia, por tal que el control –al menos en tesis– se desarrolla con base en la legalidad material (considerada ampliamente) y en la legalidad formal de las acciones administrativas; y (iv) en lo que se refiere al aspecto estructural, se ve que no hay ninguna adherencia, he aquí que el control interno es centralizado en un ministerio, subordinado jerár-

quicamente a la Presidencia de la República y, por lo tanto, no dotado de independencia.

De esta manera, incluso, nos parece que la falta de independencia del órgano de control es el punto más sensible de la estructura de control interno brasileña. En cierta medida, esa estructura subordina el control interno a intereses políticos, en la medida en que siempre habrá sujeción del controlador al poder central, de índole política, lo que perjudica sensiblemente la imparcialidad del control, principalmente en temas de gran sensibilidad como combate a la corrupción⁵¹, juicio de la corrección de la ejecución de políticas públicas y verificación del logro de metas.

6. CONCLUSIONES

El objetivo del presente estudio fue demostrar cómo el control interno de la Administración Pública ganó relevo en las últimas décadas. Las alteraciones verificadas en la sociedad, que implicaron considerables cambios en las configuraciones del Estado contemporáneo, no nos permiten permanecer aferrados a las mismas concepciones de estructura de la Administración Pública y de su relación con el control.

De la misma forma, la enorme complejidad de la acción administrativa, el aumento exponencial del poder atribuido a la Administración Pública y la capacidad creativa que se le atribuye de realizar el interés de la colectividad en el caso concreto ya no permiten imaginar una estructura de control calcada en el control externo, y en aquel desempeño en las estructuras jerarquizadas del aparato administrativo. Los intereses imbricados dentro de la Administración Pública y sus relaciones con la sociedad demandan una reformulación del pensamiento existente.

51 En ese campo, el mayor obstáculo que vemos a la plena aplicación de la Ley 12.846, del 1 de agosto de 2013, es exactamente el sistema de control interno brasileño. La referida ley contempla un conjunto de infracciones y sanciones aplicables a casos de corrupción, que deben aplicarse en el ámbito administrativo, con fuerte inspiración en lo *Bribery Act* del Reino Unido. Ocurre, sin embargo, que la falta de mecanismos de aislamiento de intereses políticos en la aplicación de la ley puede generar exactamente los efectos contrarios a los que se espera, ya que hay amplia apertura para manejo de competencias con desviación de poder.

Y es, precisamente, para traer alguna luz a las cuestiones hoy enfrentadas, que proponemos una teoría de fortalecimiento del control interno de la Administración Pública, con su funcionalización, autonomización e independencia en relación a los demás aparatos administrativos.

A partir de la aplicación de la teoría propuesta, a lo que nos parece, la Administración se encontraría en una situación mucho más favorable de responder a las demandas sociales que se le plantean y actuar de manera lícita, proba y eficiente, reduciendo la necesidad de la constante intervención del control externo verificado en diversas jurisdicciones.

En suma, pues, el control interno de la Administración Pública debe ser visto como una herramienta destinada a resolver un problema del Estado contemporáneo y no un problema del Estado contemporáneo, como todavía –increíblemente– pugna parte de la doctrina brasileña.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almeida, F. (2015). *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin.

Benvenuti, F. (1952). “Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo”, en *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, jan. /mar, tomo I.

Carrol, A. (2013). *Constitutional and Administrative Law*, 7a ed. Harlow: Pearson.

Cassagne, J. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 10ª ed. Buenos Aires: La Ley.

Cassese, S. (2000). *Le Basi del Diritto Amministrativo*, 9ª ed. Milán: Garzanti.

Chevallier, J. (2009). *O Estado Pós-Moderno Belo Horizonte: Fórum*, trad. Marçal Justen Filho.

Conti, J. y Carvalho, A. (2011). *Controle Interno na Administração Pública Brasileira: qualidade de gasto público e responsabilidade fiscal*, *Direito Público*, n.º. 37. Porto Alegre, janeiro-fevereiro.

Coutinho, D. (2015). “O Direito nas Políticas Públicas”, en: Sundfeld, C., Jurksaitis, G. (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.

Craig, P. (2012). *Administrative Law*, 7ª ed. Londres: Sweet & Maxwell.

D'alberti, M. (2012). *Lezioni di Diritto Amministrativo*. Turín: Giappichelli.

Di Pietro, Maria Sylvia. (2016). *Direito Administrativo*, 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

Döhler, M., Franzke, J. y Wegrich, K. (2015). *Der gut organisierte Staat*. Baden-Baden: Nomos.

Falcon, G. (2014). *Lineamenti di Diritto Pubblico*, 13ª ed. Padua: CEDAM.

Fracchia, F. (2014). “I Principi Costituzionali”, en *Manuale di Diritto Pubblico*. Nápoles: Editoriale Scientifica.

Garcia, M. da G. (2009). *Direito das Políticas Públicas*. Coimbra: Almedina.

Groß, Th. (2008). “Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit”, en Hoffmann-Riem, W., Schmidt-Assmann, E. y Voßkuhle, A. (org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I. München: C.H. Beck.

Häfelin, U., Müller, G. y Uhlmann, Fe. (2006). *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5ª ed.. Zürich: Schulthess.

Jarass, H. D. y Pleroth, B. (2009). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 10ª ed. München: C.H. Beck, 2009.

Jestaedt, M. (2008). “Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts”, en Hoffmannriem, W., Schmidt-Assmann, E. / Voßkuhle, A. (org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I. München: C.H. Beck.
Marques, F. de A. (2002). *Regulação Estatal e Interesse Público*. São Paulo: Malheiros.

Marques, F. de A. (2009). “Os Grandes Desafios do Controle da Administração Pública”, en Modesto, P. (coord.), *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum.

Maurer, H. (2011). *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18ª ed. München: C.H. Beck.

Medauar, O. (2003). *Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

Medauar, O. (2014). *Controle da Administração Pública*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Mello, C. (2012). *Curso de Direito Administrativos*, 29ª ed. São Paulo: Malheiros.

Morand-Deviller, J. (2011). *Droit Administratif*, 12ª ed. París: Montchrestien.

Moreira, V. (2003). *Administração Autónoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra, 1ª reimpresión.

Ortiz, G. (2011). “Sobre el concepto de Adminsitación Pública y el Derecho Administrativo”, en *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*. Madrid: Iustel.

Otero, P. (2013). *Manual de Direito Adminsitativo*, vol. I. Coimbra: Almedina. Schirato, V. (2015). “O Controle Interno da Administração Pública e seus Mecanismos”, en *Revista dos Tribunais*, vol. 956, año 104, julio de 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais.

Schirato, V. (2016). “Legalidade e Tipicidade no Exercício da Função Sancionadora pela Administração Pública”, en: Asociación Peruana de Derecho Administrativo (org.). *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable*. Lima: Thomson Reuters.

Schmidt-Assmann, E. (2006). *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2a ed. Heidelberg: Springer.

Sorace, D. (2012). *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, 6ª ed. Bologna: il Mulino.

Stirn, B. (2011). *Les Sources Constitutionnelles du Droit Administratif*, 7a ed. París: L.G.D.J.

Torricelli, S. (2013). *Libertà Economiche Europee e Regime del Provvedimento Amministrativo Nazionale*. Santarcangelo di Campagna: Maggioli.

Recibido: 13 de diciembre de 2018

Aceptado: 10 de abril de 2019

Vitor Rhein Schirato: Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP)

Correo electrónico: vrschirato@usp.br